



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca
in Diritto, Mercato e Persona
Ciclo XXIX
Anno di discussione 2017**

***LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEI
RAPPORTI DI IMPRESA***

**Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/01
Tesi di Dottorato di Daniela Sgambato, matricola 956058**

Coordinatore del Dottorato

Prof.ssa Carmelita Camardi

Tutore del Dottorando

Prof. Gianluca Sicchiero

Ad Alessio per aver capito i miei sacrifici.

SOMMARIO

Il contratto lungi dall'essere intangibile	V
CAPITOLO I	1
1. L'incidenza del tempo sui contratti dell'impresa.....	1
2. Le sopravvenienze codificate	11
2.1 Le origini e il fondamento dell'art. 1467 c.c.....	11
2.2 L'applicazione dell'art. 1467 c.c. al contratto preliminare	25
2.3 L'applicazione dell'art. 1467 c.c. al contratto normativo e all'accordo quadro.....	36
2.4 L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel preliminare unilaterale e nell'opzione.....	51
CAPITOLO II.....	66
1. Le sopravvenienze non codificate.....	66
1.1 La presupposizione.....	66
1.2 La vendita di partecipazioni sociali e la presupposizione	82
1.3 La clausola generale di buona fede: dalla presupposizione alla rinegoziazione.....	99
CAPITOLO III	108
1. La rinegoziazione del contratto e l'obbligo di rinegoziare: tesi e confutazione.....	108
2. <i>Relational e incomplete contracts</i>	130
CONCLUSIONI	150
L'intervento del giudice sul contratto non risolve i problemi dei rapporti di durata.....	150

BIBLIOGRAFIA	154
GIURISPRUDENZA.....	171

INTRODUZIONE

Il contratto lungi dall'essere intangibile

1. L'inquadramento

Nei rapporti che si protraggono nel tempo (c.d. *rapporti di durata*) una delle prestazioni - in ragione di circostanze insorte dopo la conclusione del contratto - può divenire eccessivamente onerosa ovvero inidonea a soddisfare l'interesse per cui è stata convenuta¹.

L'esame dei rimedi volti a neutralizzare tali sopravvenienze contrattuali intreccia fonti diverse:

- da un lato è necessario affrontare la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) e alcune previsioni legislative riferite a specifici tipi contrattuali;

- dall'altro è opportuno esaminare il contributo fornito dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale - attraverso il richiamo al generale principio di buona fede - alle problematiche non espressamente affrontate dal legislatore.

In un simile scenario, la seguente trattazione si pone l'obiettivo di tracciare i confini di un fenomeno così vasto da coinvolgere tutti i contratti caratterizzati da una percentuale - più o meno elevata - di imprevedibilità.

In particolare, si tenterà di capire se, al verificarsi di sopravvenienze, la continuazione del contratto (alternativa alla risoluzione) possa essere considerata una scelta efficiente per le parti e, in caso di risposta affermativa, di individuare uno strumento che consenta di adattare la relazione negoziale, nel rispetto della volontà dei contraenti.

2. Le sopravvenienze codificate

Oltre all'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta, il nostro codice civile si concentra nella parte riguardante i contratti in generale sull'incremento del costo della prestazione. Miratamente, l'art. 1467 c.c. attribuisce il diritto di chiedere la

¹ C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 235.

risoluzione del contratto alla parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, a causa di avvenimenti straordinari ed imprevedibili. La risoluzione non può, però, essere accolta se lo squilibrio di valore tra le prestazioni rientra nella normale alea del contratto.

La disciplina codificata delle sopravvenienze non si arresta a tale previsione, avendo il legislatore reagito al fenomeno anche apprestando rimedi diversi ritenuti, di volta in volta, opportuni con riferimento a singoli contratti.

Si pensi, ad esempio, al contratto d'appalto ed in particolare all'art. 1664 c.c., il quale, prevedendo l'adeguamento automatico del corrispettivo monetario, garantisce la conservazione del contratto e - secondo alcuni autori - dovrebbe assurgere a disciplina generale del rischio, per tutti i rapporti contrattuali caratterizzati da scambi integrativi².

Tecniche di reazione alle sopravvenienze di tipo conservativo sono, inoltre, riscontrabili nella vendita, nella locazione e nell'affitto.

Occorre, peraltro, osservare che l'incidenza degli eventi sopravvenuti assume rilevanza anche a seguito della conclusione di contratti "*non definitivi*".

L'esigenza di arginare il suddetto fenomeno è, infatti, essenziale nei vincoli preparatori, ossia in quei contratti (come il contratto preliminare e quello di opzione) che prevedono una discrasia tra il momento della conclusione dell'accordo e quello della produzione degli effetti.

3. Le sopravvenienze non codificate

La materia delle sopravvenienze è regolata anche da istituti che non trovano collocazione all'interno del codice civile. Tra questi si annoverano la presupposizione e la rinegoziazione, che affrontano il fenomeno delle variazioni contrattuali valorizzandone differenti punti di vista.

² Così V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 521 ss., che riprende la tesi proposta da M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 487.

Questi due strumenti di reazione alle sopravvenienze sono frutto dell'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina, che hanno cercato di fornire una risposta alla frustrazione dell'interesse perseguito dalle parti attraverso il contratto e alle alterazioni dell'equilibrio negoziale non contemplate dall'art. 1467 c.c..

In merito, peculiare attenzione deve essere rivolta all'analisi della turbativa dei beni che costituiscono l'oggetto mediato del contratto. Ad esempio, in mancanza di strumenti convenzionali, solo la presupposizione sembra tutelare le problematiche dell'azienda sociale, quale oggetto mediato del contratto di vendita di partecipazioni sociali³.

4. La buona fede

Come anticipato, affrontando le questioni di adattamento del programma negoziale è doveroso ricondurre il discorso anche alle potenzialità delle clausole generali, soffermandosi in particolare sulla buona fede, da sempre al centro del dibattito per la propria capacità di veicolare all'interno del contratto obblighi non espressamente previsti dalle parti. Questa clausola è, secondo l'opinione prevalente, l'appiglio normativo sia dell'istituto (ignoto al nostro codice di civile) della presupposizione sia delle teorie dottrinali sull'obbligo legale di rinegoziare il contratto.

5. La rinegoziazione

La rinegoziazione è stata definita come il congegno che permette di sostituire il dato obsoleto e non più funzionale a regolare il rapporto contrattuale, con un dato all'uopo più opportuno ed aggiornato⁴.

L'importanza della rinegoziazione è valorizzata da una parte della dottrina che la ritiene idonea a realizzare la volontà dei contraenti persino laddove sia

³ D. SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 395.

⁴ Cit. R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 723.

imposta dal giudice, in assenza di una clausola contrattuale che contempri l'impegno dei contraenti a rinegoziare il contratto⁵.

La medesima scienza giuridica si è interessata anche di apprestare una soluzione quando le parti non trovino un accordo in sede di rinegoziazione, autorizzando l'intervento autoritativo del giudice sul contratto. Su tale prerogativa - difficile da concepire nella realtà concreta - esistono posizioni differenti, una delle quali sottolinea come il ricorso al giudice accompagni necessariamente la stasi nell'esecuzione del contratto, determinando un pregiudizio oltre che per le stesse parti anche per i traffici commerciali⁶.

6. Le soluzioni degli altri ordinamenti

L'indagine non potrebbe dirsi esaustiva se si limitasse a considerare solamente quanto disciplinato dal nostro ordinamento.

Sono, infatti, le fonti *extra* statali ad affrontare il fenomeno dal punto di vista evolutivo, approntando (nelle raccolte normative degli studiosi e nelle fonti di *soft-law*) soluzioni caratterizzate da particolare pragmatismo.

Come noto, la prassi negoziale del commercio internazionale conosce, da tempo, le clausole di *hardship* volte ad uniformare la disciplina delle circostanze sopravvenute che abbiano alterato l'equilibrio originario. Nello specifico, i Principi Unidroit (artt. 6.2.2 e 6.2.3) ed i PDEC (art. 6:111) ampliano il ruolo del giudice in ogni fase di realizzazione del contratto.

Su un piano comparatistico, occorre osservare che la tendenza ad attribuire rilievo al mutamento delle circostanze del contratto non si è radicata in eguale misura in tutti gli ordinamenti. In particolare, il sistema giuridico inglese va annoverato tra quelle legislazioni restie ad abbandonare il principio della *sanctity of contract*⁷, ancorché non sia per nulla sconosciuto al suo diritto il fenomeno

⁵ A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 8.

⁶ A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 147.

⁷ E.C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 478.

dell'intervento giudiziale sul contratto (che opererebbe dietro le mentite spoglie degli *implied terms*⁸)⁹.

Alla luce di tale statuizione, rimane comunque emblematico il fatto che proprio nel sistema inglese si sia concretizzato il *leading case* più famoso in tema di *frustration of purpose*, il c.d. *Coronation Cases*¹⁰ (preso, tra l'altro, a modello dalle nostrane teorie della presupposizione).

In tutto ciò, particolare e specifica considerazione deve essere riconosciuta alle teorie dei contratti relazionali e a quelle dei contratti incompleti, sorte negli Stati Uniti¹¹. La tesi concernente i contratti incompleti, ad esempio, si muove dal presupposto che i rapporti di lungo periodo siano rapporti per i quali non è dato, né in via legale né in via negoziale, prevedere al momento della stipula le soluzioni più efficienti a tutte le possibili sopravvenienze.

⁸ Cit. S. MAZZAMUTO, *La vendita dei beni di consumo*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 895.

⁹ P.S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, pp. 37 ss..

¹⁰ Così V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 526.

¹¹ B.J. REITER e J. SWAN, *Studies in contract law, The allocation of risk in the analysis of mistake and frustration*, Toronto, 1980, pp. 182 ss..

CAPITOLO I

1. L'incidenza del tempo sui contratti dell'impresa

Se con il termine sopravvenienze si definisce un evento che influisce in modo imprevisto su un accordo negoziale in corso di esecuzione, il rispettivo fenomeno non può che riguardare tutti i rapporti destinati a spiegarsi nel tempo¹².

La necessità di farsi carico di variazioni che colpiscono sul lungo periodo un determinato legame è da sempre sentita nel nostro ordinamento e trova concretizzazione negli ambiti più disparati. Si pensi, a mero titolo di riflessione, alla dettagliata disciplina prevista al sopraggiungere dell'intollerabilità della convivenza, che scioglie la comunione spirituale e materiale fondata sul matrimonio, o alla disciplina di cui dall'art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, che consente agli *ex* coniugi di chiedere al giudice la revisione dell'assegno divorzile quando "*sopravvengano giustificati motivi*"¹³.

Ciò premesso, l'analisi che ci si accinge a svolgere concernerà esclusivamente i rapporti contrattuali, poiché questi ultimi - a causa della laconicità del legislatore - appaiono privi di una regolamentazione che individui in modo esaustivo le diverse variabili influenzanti l'operazione negoziale programmata.

Peraltro, specifica attenzione deve essere riservata ai rapporti giuridici legati all'organizzazione d'impresa, per i quali il problema delle sopravvenienze si presenta particolarmente drammatico. I contratti tra imprese sono, infatti, molto complessi poiché richiedono l'investimento d'ingenti risorse e l'allestimento di operazioni contrattuali articolate¹⁴.

¹² Si cfr. R. NICOLO', voce *Alea*, in *Enc. del dir.*, s.d., Milano, 1958, I, p. 1025.

¹³ "Il provvedimento di revisione dell'assegno divorzile - previsto dall'art. 9 della legge n. 898 del 1970 - postula non soltanto l'accertamento di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli *ex* coniugi, ma anche la idoneità di tale modifica a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni economiche di entrambe le parti" cit. Cass., 2 maggio 2007, n. 10133. Sull'argomento T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 396.

¹⁴ Si veda F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 13 - 14, il quale pone l'accento sulla distinzione tra contratti di durata e istantanei. La prima definizione di contratto di durata sarebbe riconducibile alla dottrina tedesca, si cfr. K. LAURENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen, 1970, p. 29.

Questa tematica richiama il dibattito giuridico sorto attorno alla nozione di contratto d'impresa come "*categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione*"¹⁵, la cui definizione sembra essere tutt'oggi difficile da ricostruire. In merito è precluso il richiamo all'epoca antecedente al codice del 1942, laddove vigeva la distinzione tra contratti civili e commerciali¹⁶, seppur venga delineandosi - sollecitata dall'economia globale e dalle relazioni internazionali - l'idea di una nuova *lex mercatoria*¹⁷.

Oggi la categoria dei contratti di impresa è menzionata con riferimento alla moderna ripartizione nata attorno allo scopo per il quale i contraenti concludono un determinato regolamento negoziale¹⁸. Ci si riferisce alla definizione di contratto di consumo fondata sulla contrapposizione tra consumatore - che opera per soddisfare un bisogno privato, personale o familiare - e professionista - che invece agisce per motivi professionali¹⁹. Partendo dalla definizione di contratto di consumo si è, infatti, giunti a forgiare la disciplina del c.d. "*terzo contratto*" tra imprese o "*business to business*" (richiamando la terminologia del commercio elettronico)²⁰.

Per essere precisi sono contratti "*dell'impresa*" non solo quelli stipulati dall'imprenditore con un altro imprenditore, ma anche gli stessi contratti tra

¹⁵ Cit. G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629, che ha per primo trattato il tema dei contratti d'impresa cercando di individuarne i caratteri distintivi.

¹⁶ Prima dell'unificazione realizzata con il codice civile del 1942 - attraverso la c.d. "*commercializzazione del diritto privato*" - in Italia convivevano il codice civile del 1845 e il codice del commercio del 1882. Risale al dato normativo di quest'ultimo la definizione di cui all'art. 54, che prevedeva: "*Se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragioni di esso soggetti alla legge commerciale*". Per approfondimenti, A. DAL MARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962 e V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993.

¹⁷ "*Il contratto si fa prassi, la prassi genera l'uso e l'uso crea la norma*" cit. V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1085.

¹⁸ G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Il contratto alieno*, Torino, 2008, p. 9.

¹⁹ La figura del consumatore è per la prima volta comparsa a livello europeo nella Direttiva 93/13, che all'art. 2 definisce consumatore "*qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale*" e professionista "*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce nel quadro della sua attività professionale, sia essa pubblica o privata*". In questi casi, è da tenere in considerazione che laddove il professionista sia anche imprenditore, il contratto costituisce pur sempre un contratto con l'impresa.

²⁰ I rapporti contrattuali "*business to business*" sono quelli in cui entrambi i contraenti agiscono per un fine che non può dirsi estraneo all'attività professionale svolta. "*Il terzo contratto denuncia, proprio con provocatoria articolazione numerica, l'impraticabilità, ai limiti dell'ipocrisia, di qualsivoglia teorizzazione del contratto in generale*" cit. R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in

imprenditore e consumatore (si pensi ad esempio agli innumerevoli accordi sottoscritti per adesione dai clienti), quelli con i lavoratori e persino, in taluni casi, quelli con la pubblica amministrazione²¹.

Tra quelli citati, si presentano, però, come particolarmente rischiosi proprio i contratti tra due o più imprese²² (“*business to business*”), potendo questi ultimi influenzare l’esistenza stessa dell’attività imprenditoriale²³.

Evocativa è, a tal proposito, l’autorevole opinione che paragona il rapporto tra due imprese a “*una flotta di barche ciascuna delle quali trasporta una risorsa necessaria all’altra e inutile senza questa*”²⁴, poiché mette in risalto la meticolosità con cui devono essere gestite le sopravvenienze in rapporti imprenditoriali di durata, in cui spesso l’esistenza di una relazione contrattuale condiziona quella di un’altra.

Appare, altresì, opportuno ricordare che la “*famiglia*” dei contratti di durata si è arricchita del c.d. “*contratto di rete*” per opera dell’art. 3 commi 4-ter e ss. del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito dalla legge 9 aprile 2009, n. 33 (e sue successive concretizzazioni)²⁵.

Danno e responsabilità, 2012, p. 1168. Si veda per approfondimenti G. GITTI, G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

²¹ Si ricorda che il nostro codice civile ha introdotto determinate regole considerando espressamente la categoria dei contratti d’impresa, si pensi all’insensibilità di questi contratti alle vicende personali dell’imprenditore, si cfr. l’art. 1330 c.c., secondo cui: “*La proposta o l’accettazione, quando è fatta dall’imprenditore nell’esercizio della sua impresa, non perde efficacia se l’imprenditore muore o diviene incapace prima della conclusione del contratto, salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che diversamente risulti dalla natura dell’affare o da altre circostanze*”.

²² I rapporti tra imprese richiedono cospicui e specifici investimenti per l’imprenditore, tra cui si rammentano i costi transattivi connessi alla formazione e conclusione dell’accordo.

²³ Mi sto riferendo al rischio per l’imprenditore. Poiché anche i contratti del consumatore o del lavoratore, quando si sviluppano nel tempo e, quindi, quando non sono contingenti ed istantanei, comportano a loro volta, come tutti i contratti di durata, un problema di sopravvenienze, che andrà per lo più a mettere in difficoltà la c.d. parte debole.

Si precisa che nella teoria economica rischio e incertezza non sono utilizzati come sinonimi: ricorre il rischio quando si conoscono le probabilità oggettive associate ai vari esiti possibili, ricorrere l’incertezza quando manchi la conoscenza di alcune di tali probabilità ovvero quando non siano definite, si veda F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921.

²⁴ Cit. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra impresa. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 4, p. 564.

²⁵ “*Se il contratto di rete è concepito come uno degli strumenti in grado di incrementare la competitività delle imprese sul mercato, a ricercare questa opportunità sono soprattutto le imprese collocate nella fascia monte della catena del valore: la grande maggioranza dei partecipanti ai contratti di rete è infatti rappresentata da fornitori di materiali, semilavorati, componenti o servizi, piuttosto che da produttori finali o, con distanza ancora più marcata, imprese di distribuzione*” cit. F. CAFAGGI, P. LAMICELI, G.D. MOSCO, *Il contratto di rete le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I Contratti*, 2013, pp. 805 ss..

Nel contratto di rete la durata è, invero, funzionale alla collaborazione strategica tra le imprese in cooperazione, da cui derivano investimenti specifici ed effetti di “lock in”²⁶. In ragione di queste caratteristiche, l’adozione di un contratto flessibile, comprensivo di clausole di gestione delle sopravvenienze, diviene “vitale” per le imprese coinvolte²⁷.

A prescindere dal caso specifico del contratto di rete, è generalmente utile per l’imprenditore predisporre clausole contrattuali elastiche ovvero subordinare il contratto all’avveramento di determinate condizioni o ancora introdurre specifiche garanzie nel testo negoziale, al fine di neutralizzare alcuni dei futuri rischi dell’operazione economica/imprenditoriale²⁸.

Nel settore imprenditoriale si propende, dunque, a munirsi di contratti “autosufficienti”, che siano in grado di far fronte alle future evenienze anche allo scopo di evitare il ricorso ai rimedi tradizionali del codice civile, incapaci (nella loro generalità) di rispondere alle esigenze concrete²⁹. Sicché, secondo un’autorevole dottrina: “Nessuno oggi scrive contratti pensando che la disciplina dei rapporti fra le parti sarà data, per il resto, dalla legge applicabile”³⁰.

²⁶ Per “lock in” s’intende il rapporto di dipendenza tra due imprese, tale che una di queste si trova nella condizione di non poter acquistare analoghi beni o servizi da un altro fornitore senza dover sostenere ingenti costi e rischi.

²⁷ Tesi sostenuta da F. CAFAGGI, P. LAMICELI, G.D. MOSCO, *Il contratto di rete le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I Contratti*, 2013, pp. 799 ss.. Efficace è anche la precisazione secondo cui: “In tali contratti emerge una comunanza d’interessi delle parti, interessi complementari e non antagonistici, in quanto spesso indirizzati alla realizzazione di un «obiettivo comune» sono contratti in cui la logica «associativa» si impone su quella «di scambio» al di là della circostanza che tali contratti siano o meno tecnicamente definibili come contratti associativi” cit. E. GUERINONI, *L’incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 7.

²⁸ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 4.

²⁹ V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in AA. VV., *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, a cura di Rizzo, Napoli, 1997, p. 303, riferendosi a contratti del turismo organizzato, specifica che: “Fanno parte dei c.d. nuovi contratti di impresa, contratti che hanno ad oggetto più servizi che beni materiali, e che hanno per caratteristica quella di essere disciplinati prevalentemente dall’autonomia dei privati”.

³⁰ Si riproduce la citazione per intero: “Nessuno oggi scrive contratti stendendo ex novo una serie di clausole che traducano gli accordi economici raggiunti dalle parti, e nessuno oggi scrive contratti pensando che la disciplina dei rapporti fra le parti sarà data, per il resto, dalla legge applicabile. Tale previsione rivela l’odierna predilezione ad avvalersi di formulari già preformati dagli studi legali e a stipulare un contratto “che non vuole essere regolato dalla legge” cit. G. DE NOVA, *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e clausole vietate*, in *Il contratto alieno*, Torino, 2008, pp. 63 - 64.

In realtà, la tendenza ad introdurre nel contratto meccanismi preventivi di gestione delle sopravvenienze è in aumento in tutti i settori. Gli accordi prematrimoniali ne sono un esempio di grande attualità anche perché, producendo i propri effetti in una realtà strettamente personale, si inseriscono nel c.d. processo di “contrattualizzazione delle relazioni familiari”³¹.

È doveroso, d’altro canto, notare che, pur essendovi un nesso fra l’organizzazione d’impresa e l’adozione di un modello negoziale il più possibile completo³², un eccessivo formalismo non è ugualmente in grado di soddisfare le esigenze del caso singolo, portando alla stipula di contratti destinati a non sopravvivere³³.

Il contratto tra imprese è, infatti, il prodotto di un difficile compromesso tra flessibilità e completezza: in primo luogo perché non tutto è prevedibile, in secondo luogo perché non tutto è negoziabile.

Si pensi solo ad alcuni dei fattori potenzialmente influenzabili dal trascorrere del tempo: il corrispettivo; gli investimenti specifici; la pianificazione del regolamento contrattuale; la componente fiduciaria tra le parti; la buona riuscita dell’operazione negoziale (in cui si inserisce il singolo contratto)³⁴.

Pertanto, soprattutto, quando la rottura del rapporto sia in grado di danneggiare gravemente la situazione economico/giuridica dei contraenti - per via dell’irreversibilità degli effetti già prodotti dal contratto o della

³¹ Con la sentenza Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, la Suprema Corte si è dimostrata possibilista in merito agli accordi prematrimoniali, sull’argomento si veda A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparata*, in *I Contratti*, 2013, p. 913.

³² F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 15, e G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1942, pp. 143 ss..

³³ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 17.

³⁴ Quest’ultimi sono, infatti, alcuni dei fattori su cui si fonda la volontà di chi intende concludere un contratto di durata. “Si dovrebbe comprendere fra gli elementi della determinazione delle prestazioni anche la determinazione del tempo” cit. G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno* in *Riv. dir. civ.*, 1913, pp. 471 ss..

M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 67, sostiene questa tesi e precisa: “[...] Il collegamento tra contratto e mercato ha consentito di affermare che l’essenza del fenomeno contrattuale non risiede né nella volontà del promittente, né nell’affidamento del promissario, ma in questi stessi elementi in quanto ulteriormente coordinati con plurime condizioni in grado di assicurare la razionalità dell’atto e, quindi, la sua utilità al fine del funzionamento del mercato”.

dipendenza/specializzazione delle imprese coinvolte³⁵ - vi è la tendenza della dottrina a richiamare il c.d. *favor contractus*, quale principio generale del nostro ordinamento, applicabile analogicamente ai contratti di lungo termine (ivi inclusi quelli tra imprese).

Una predilezione per la conservazione della relazione contrattuale sarebbe, invero, rinvenibile in alcune regole del codice civile. Si ricorda, in proposito, la disciplina dell'errore di calcolo, della riduzione ad equità per eccessiva onerosità sopravvenuta o per rescissione e della riduzione della controprestazione in caso di impossibilità parziale³⁶.

Invece, nella sezione del codice civile relativa ai contratti tipici, merita specifica menzione il contratto d'appalto, la cui disciplina appare interamente influenzata dal *favor contractus*³⁷, tanto che, il legislatore ha avuto cura di neutralizzare: (i) sia gli eventi imprevedibili, che hanno alterato i costi della prestazione (ii) sia le difficoltà di esecuzione non contemplate nell'accordo³⁸.

Più precisamente, analizzando l'art. 1664 c.c., si può notare come la norma vada ad estromettere il rimedio della risoluzione in favore della revisione del prezzo, ritenuta più confacente alle esigenze dell'appaltatore³⁹.

Preclude il ricorso al rimedio risolutorio - sostituito dalla riduzione ovvero dalla modifica ad equità - anche l'art. 1468 c.c., che regola l'eccessiva onerosità sopravvenuta per i contratti in cui una sola delle parti abbia assunto obbligazioni.

³⁵ Sulla settorializzazione del mercato si veda A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, III, p. 3.

³⁶ F. GALBUSERA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, VII, in *Risoluzione dei contratti*, *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, pp. 461 - 462; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Dir. civ.*, 2002, p. 72; E. GABRIELLI, *Contratto e contratti - Scritti*, Torino, 2011, pp. 265 ss..

³⁷ Il contratto d'appalto non è l'unico a prevedere la conservazione del rapporto si pensi ad esempio alla riduzione del prezzo, quando il bene venduto sia gravato da oneri o diritti di godimento di terzi.

³⁸ L'art. 1664 c.c. consente alle parti, al variare imprevedibile del costo dei materiali o della mano d'opera, superiore al decimo del prezzo convenuto, di chiedere una revisione dello stesso, per la differenza eccedente il decimo. L'articolo prevede, inoltre, un equo compenso per il manifestarsi di difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili non previste, tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore.

³⁹ T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 390.

Siffatta disposizione è stata inserita nel capo XIV del codice civile rubricato “*Della risoluzione del contratto*”, per mera attinenza al limitrofo art. 1467 c.c. che, invece, scioglie il vincolo contrattuale divenuto eccessivamente oneroso per i contratti con prestazioni corrispettive⁴⁰.

Pertanto, l’art. 1468 c.c., pur non contemplando la risoluzione, ha conferito coerenza al sistema, che altrimenti si sarebbe trovato privo di una risposta alle sopravvenienze che colpiscono i contratti con prestazioni di una sola parte.

Ciò detto, l’ostacolo a risolvere i contratti con obbligazioni di una sola parte non è, come sembrerebbe *prima facie*, da ricondurre alle logiche di conservazione del contratto, bensì all’impossibilità di procedere ad una stima comparata dell’eccessiva onerosità tra le prestazioni⁴¹. Questa ricostruzione trova conferma anche nella disciplina di alcuni negozi tipici a titolo gratuito. Ad esempio, il legislatore dimostra di non prediligere la continuazione del rapporto quando, in materia di donazione e comodato⁴², predispone strumenti di reazione specifica che consentano all’obbligato di revocare il vincolo contrattuale divenuto gravoso⁴³.

In conclusione, nei rapporti gratuiti e in generale in quelli con obbligazioni di una sola parte, l’ordinamento reagisce alle sopravvenienze attribuendo sempre

⁴⁰ Così P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, p. 160.

⁴¹ Così C.G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467 - 1469, Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 51. Sul punto, l’autore ha osservato che lo spirito di liberalità, coesistente alla donazione, non si può conciliare con il rimedio risolutorio, ma solo con una modifica della modalità di esecuzione, che riconduca il contratto ad equità. Terranova esclude, altresì, che la risoluzione possa applicarsi alla fideiussione, intesa come contratto unilaterale e tendenzialmente gratuito, perché se tale rimedio fosse consentito il contratto verrebbe meno, a tutto danno della parte che ha fatto credito al debitore principale confidando nella garanzia, senza possibilità di ripristino dello *status quo ante*.

⁴² Ci si riferisce all’art. 803, comma 1, secondo cui: “*Le donazioni, fatte da chi non aveva o ignorava di avere figli o discendenti al tempo della donazione, possono essere revocate per la sopravvenienza o l’esistenza di un figlio o discendente del donante*”, ovvero all’art. 1809, comma 2, in tema di comodato, secondo cui: “*Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata*”.

⁴³ Sull’eccessiva onerosità che colpisce i contratti gratuiti si è pronunciata anche la Cassazione che ha confermato l’impossibilità di procedere ad una quantificazione dell’onerosità per gli stessi. Secondo la Cassazione l’onere di tipo economico dei contratti gratuiti consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione ed il valore successivo, a differenza che nei negozi a titolo oneroso, in cui l’aggravio verte sulla sopravvenuta sproporzione tra i valori delle reciproche prestazioni, cfr. Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2897, questione approfondita anche da A. RICCIO, *Dell’eccessiva onerosità*, in *Libro IV delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 27.

preminenza, nel bilanciamento degli interessi, alla tutela dell'obbligato, in conformità alla *ratio* enunciata nell'art. 1371 c.c., in tema di interpretazione del contratto⁴⁴. Lo stesso deve dirsi, quindi, per l'art. 1468 c.c., che non mira alla conservazione del rapporto, ma solo ad attenuare l'aggravio economico per la parte che ha assunto le obbligazioni.

Nell'ambito di maggiorazioni economiche incidenti su un rapporto sinallagmatico, i relatori del codice civile - attraverso l'art. 1467 c.c. - hanno, invece, consegnato al contraente pregiudicato dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, il rimedio risolutorio, laddove lo stesso non sia paralizzato dall'offerta di riduzione ad equità della controparte.

D'altro canto, per i rapporti con obbligazioni di entrambi i contraenti è la previsione (richiamata dallo stesso art. 1467 c.c.) di una irretroattività della risoluzione - che, ai sensi dell'art. 1458 c.c., non produce effetti sulle prestazioni già eseguite - a fare da contrappeso, salvaguardando il programma negoziale già attuato durante lo svolgimento del contratto⁴⁵.

Al verificarsi di eventi sopravvenuti, il nostro ordinamento sembra, dunque, favorire in primo luogo lo scioglimento del contratto e solo in via di eccezione la conservazione dello stesso⁴⁶. Questa tendenza riguarda tutti i contratti, inclusi i rapporti di durata e di impresa (salvo i casi individuali come quello del contratto d'appalto).

Alla luce di ciò, se dovesse sopraggiungere una turbativa dell'equilibrio contrattuale, in quali ipotesi è consentito ad una parte di svincolarsi dal contratto o eventualmente di chiedere l'adattamento delle mutate condizioni?

⁴⁴ Il legislatore si preoccupa dell'aggravio della singola situazione dell'obbligato e non della variazione dell'equilibrio delle prestazioni che, come abbiamo visto, non può sussistere per i contratti con obbligazioni di una sola parte.

⁴⁵ Sul punto è efficace la pronuncia della Suprema Corte che ha applicato il principio consacrato nell'art. 1458 *"analogicamente anche nell'ipotesi in cui le diverse prestazioni di una pluralità di contratti ad esecuzione istantanea (nella specie: vendite) si ricollegano tutte ad un unico complesso rapporto"* cit. Cass., 7 novembre 1984, n. 5626, in *Arch. civ.*, 1984, p. 584. Si rinvia per approfondimenti al successivo Paragrafo 2.3.

⁴⁶ Lo scioglimento del rapporto è la regola non solo in tema di sopravvenienze, ma anche al verificarsi di altre problematiche, si pensi ad esempio all'annullamento per errore.

A tale domanda vedremo come una parte della dottrina, fedele alla rigida ed incondizionata applicazione del principio *pacta sunt servanda* - enunciato nel comma 1 dell'art. 1372 c.c.⁴⁷ - risponda che il regolamento negoziale è intangibile al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore. Una simile esegesi in tema di sopravvenienze consentirebbe di risolvere ovvero, in via residuale, di modificare equamente il contratto, solo nelle situazioni riconducibili agli eventi straordinari ed imprevedibili previsti dall'art. 1467 c.c., disinteressandosi del fatto che più il contratto si sviluppa nel tempo, più diviene prevedibile il verificarsi di eventi che ne possano intaccare i termini⁴⁸.

Al contrario, per altra dottrina l'espressione *pacta sunt servanda*, pur consacrando l'irrevocabilità del consenso, nulla statuisce in tema di sopravvenienze, agendo quest'ultime per rimuovere e riequilibrare un assetto di interessi diverso da quello che le parti hanno regolato nell'accordo contrattuale⁴⁹.

In questa prospettiva sembrano muoversi anche le pronunce giurisprudenziali sulla presupposizione⁵⁰, ove è possibile costatare - a dimostrazione dell'insussistenza della tassatività delle ipotesi di risoluzione del

⁴⁷ "Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge", così il comma 1 dell'art. 1372 c.c..

⁴⁸ F. GALBUSERA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, VII, in *Risoluzione dei contratti*, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato, p. 440.

"Ogni evento straordinario è genericamente prevedibile, nel senso che ognuno di noi può prevedere che nei prossimi giorni o nel prossimo secolo avverranno fatti straordinari. Se mancasse all'uomo questa facoltà di immaginazione, lo stesso legislatore non avrebbe potuto preconfigurare, nell'art. 1467, eventi straordinari siti nel futuro. Ma l'art. 1467 c.c. si riferisce evidentemente a previsioni dotate di un margine di certezza e di specificità maggiore" cit. G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 67.

⁴⁹ Si vedano M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, pp. 13 ss. e T. GALLETTO, voce *clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 389. Secondo quest'ultimo la regola *pacta sunt servanda* e quella *rebus sic stantibus* sono compatibili, poiché la seconda occorre solo nel caso in cui si è di fronte ad un contratto diverso da quello concluso.

⁵⁰ Si ricorda in particolare una pronuncia, la Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Giur. civ.*, 1987, I, p. 1494, che ha stabilito: "Il Giudice chiamato a decidere una controversia relativa ad un rapporto giuridico autonomo, che non trovi disciplina nell'ordinamento, deve fare ricorso ai principi generali dell'ordinamento stesso, a norma dell'art. 12 disp. prel.; tra questi principi generali nel campo dei rapporti patrimoniali vi è quello che si racchiude nell'espressione *rebus sic stantibus*, cui si ispira l'art. 1467 c.c., in forza del quale un rapporto giuridico patrimoniale, ove non altrimenti disciplinato, non può essere mantenuto in vita quando siano venute meno, in misura notevole, le condizioni di equilibrio nelle quali esso è sorto" sul punto si rinvia al preciso approfondimento di M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 17.

contratto - l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* e l'adesione ad un'interpretazione estensiva dell'art. 1467 c.c.⁵¹.

Quel che si vuole evidenziare - a conclusione di questa preliminare e propedeutica disamina - è che l'esigenza di attribuire rilievo agli eventi incidenti sul contratto, non limitatamente ai casi espressamente regolati, è tanto pressante da stemperare il dogma ottocentesco dell'intangibilità dell'impegno contrattuale⁵², anche laddove il dato letterale del codice sembra ribadire l'assunto⁵³.

⁵¹ F. MACIOCE, *La presupposizione*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, III, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa M. Bessone, Torino, 1991, p. 513. Si rinvia al successivo Capitolo II Paragrafo 1.1 in tema di presupposizione.

⁵² F. GALBUSERA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, VII, in *Risoluzione dei contratti, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, pp. 440 ss..

⁵³ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 8 -16.

2. Le sopravvenienze codificate

2.1 Le origini e il fondamento dell'art. 1467 c.c.

È il codice civile del 1942 ad aver introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, al fine di garantire - così come espresso nella Relazione allo stesso - la "*revisione dei contratti*" in ossequio "*alla nostra tradizione giuridica che, nel diritto comune, trova affermata la implicita soggezione alla clausola rebus sic stantibus di ogni rapporto convenzionale*"⁵⁴.

La Relazione al codice civile riconduce, quindi, l'eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c. alla clausola *rebus sic stantibus*, la cui origine, seppur non rintracciabile nelle fonti del diritto romano, si può far risalire ad un valore presente nella coscienza morale dell'antica Roma⁵⁵.

La clausola *rebus sic stantibus*, frutto di una lenta contaminazione di fondamenti originariamente morali, ha trovato applicazione nei rapporti contrattuali prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 come: "*Principio sottinteso al dettato contrattuale volto ad ancorare le obbligazioni assunte alla permanenza dello stato di fatto esistente al momento del loro sorgere per tutto il tempo dell'esecuzione*"⁵⁶.

⁵⁴ Si rinvia alla Relazione al codice civile del 16 marzo 1942 n. 665: "*In parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali per disciplinare l'influenza di eventi straordinari sui contratti in corso; ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione: la nostra pratica mercantile e gli usi da essa creati sono già nel senso di riconoscere efficacia risolutiva alla sopravvenuta onerosità della prestazione, per effetto degli avvenimenti di cui si è fatto cenno*". Si veda anche il progetto del codice del 1942 n. 266: "*Nei contratti ad esecuzione differita se, per il verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili al momento in cui il contratto fu concluso, la prestazione di una delle due parti è divenuta eccessivamente onerosa oltre i limiti dell'alea normale del contratto, la parte che deve la prestazione può chiedere la risoluzione del contratto se l'altra non preferisce mantenerlo i vita offrendo di modificare equamente le condizioni al fine di eliminare la sopravvenuta onerosità. Nei contratti in cui una sola parte è obbligata, questa, verificandosi la ipotesi prevista dal comma precedente può chiedere una riduzione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione*".

⁵⁵ Taluni passi di autorevoli autori come Cicerone e Seneca ne sono la prova, si veda M.T. CICERONE, lib. I, cap. 10, *De officiis* e L.A. SENECA, lib. IV, *De Beneficiis*, per approfondimenti si rinvia allo studio di G. OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 6.

⁵⁶ T. GALLETTO, *La clausola rebus sic stantibus*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, III, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa M. Bessone, Torino, p. 546. Per una breve analisi della storia e delle origini della clausola si vedano: M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 79; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *libro IV delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 1; R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013, pp. 57 ss..

Nessun accenno espresso alla clausola *rebus sic stantibus* era, però, riscontrabile nel codice del 1865, a cui la suddetta rimase formalmente estranea.

In mancanza di una disposizione espressa, fu l'art. 1124 - relativo al principio di equità e buona fede nell'esecuzione dei contratti - ad essere utilizzato dalla dottrina per giustificare la risoluzione ovvero la modifica del rapporto al verificarsi di circostanze sopravvenute⁵⁷.

Peraltro, nel tentativo di trovare un fondamento positivo alla clausola *rebus sic stantibus*, si svilupparono durante il XIX secolo ben tre diversi filoni di pensiero⁵⁸.

1) Per alcuni la clausola di cui si sta disquisendo doveva avere un fondamento di tipo oggettivo, rinvenibile nella volontà dei contraenti di mantenere l'equilibrio contrattuale tra prestazione e controprestazione, durante tutto il periodo di esecuzione del contratto a lungo termine⁵⁹.

2) Di contro, il fondamento soggettivo della clausola era ricondotto al presupposto che chi promette lo fa nella certezza soggettiva che vi sia una corrispondenza tra prefigurazione delle parti al momento della manifestazione di volontà e futura realtà. Pertanto, al sopraggiungere di un'alterazione di tale corrispondenza, si riconosceva al contraente pregiudicato il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto per errore⁶⁰.

3) Vi era, infine, una terza teoria più elaborata che ricollegava la clausola *rebus sic stantibus* alla causa negoziale, ogni volta che il fine del contratto non poteva

⁵⁷ In particolare, secondo giurisprudenza e dottrina, l'art. 1124 del codice 1865, prevedendo che i contratti dovevano essere eseguiti secondo buona fede, obbligava le parti non soltanto a quanto era nei medesimi espressamente convenuto, ma anche a tutte le conseguenze che potevano ricondursi secondo equità al contratto. Esclusi erano, quindi, solo gli sforzi eccessivi, non potendosi considerare ricompresi nella cornice contrattuale, si cfr. E. OSILIA, *La sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.* 1924, I, pp. 297 ss..

⁵⁸ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467 - 1469, Il Codice Civile*, in *Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1995, p. 11.

⁵⁹ Si cfr. P. COGLIOLO, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, 4° ed., I, Torino, 1914, pp. 417 ss. ed E. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Commentario del Codice civile - Dei Contratti in generale - IV, artt. 1425 - 1469 bis e leggi collegate*, 2011, pp. 606 ss..

⁶⁰ Si cfr. G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471.

essere raggiunto essendoci una divergenza fra la prestazione della parte obbligata e l'entità economica della controprestazione⁶¹.

Oggi, proprio in ragione delle difficoltà che si incontrano nel tentare di ricostruire i confini della clausola *rebus sic stantibus*, alcuni autori preferiscono evitare semplicemente di ricondurre le sopravvenienze contrattuali, così come previste dall'art. 1467 c.c., all'ancestrale clausola richiamata dalla Relazione al codice civile⁶².

È, all'opposto, di più facile individuazione l'origine dell'impossibilità sopravvenuta. Quest'ultima, sotto la vigenza del vecchio codice, era disciplinata dall'art. 1226 che escludeva la responsabilità del debitore al verificarsi di un fatto fortuito e di forza maggiore. Ciononostante, l'art. 1226 lasciava a carico del debitore tutti quegli accadimenti puramente economici che non fossero tali da comportare un azzeramento della prestazione⁶³.

Solo con lo scoppio dei primi conflitti bellici si sentì la necessità di introdurre strumenti che attribuissero espressa tutela anche al verificarsi di maggiorazioni economiche⁶⁴. Sicché, nel 1915 attraverso una legge speciale, il legislatore intervenne per proteggere il debitore dalle conseguenze derivanti dal deprezzamento monetario che fossero tali da rendere eccessivo lo sforzo richiesto al medesimo⁶⁵.

È stata, quindi, una legge contingente ad introdurre nel nostro ordinamento il primo espresso strumento di neutralizzazione delle sopravvenienze, dimostratosi in seguito irrinunciabile anche quando, al cessare della guerra, venne meno una delle principali cause di alterazione dei contratti locali⁶⁶.

⁶¹ Vedi G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, pp. 647 ss..

⁶² Si cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, p. 9 e Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, p. 587, n. 169.

⁶³ In sostanza l'impossibilità sopravvenuta non era utilizzata per i meri casi di eccessiva onerosità tanto che, come abbiamo visto, la dottrina preferiva leggere quest'ultima tra le righe dell'art. 1124 del codice previgente.

⁶⁴ D.lgs. it. 27 maggio 1915, n. 739: "A tutti gli effetti dell'art. 1226 c.c. la guerra è considerata causa di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la rende eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione".

⁶⁵ Si tratta del citato d.lgs. it. 27 maggio 1915, n. 739.

⁶⁶ La legge fu abrogata all'indomani del conflitto con il R.D.L. 2 maggio 1920, n. 663. Per approfondimenti P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, Torino 1917, p. 80

Tale riconoscimento non fu, però, così immediato tanto che al termine del conflitto bellico, con l'abrogazione della citata legge, dottrina e giurisprudenza negarono nel modo più assoluto l'ammissibilità tacita di uno strumento di neutralizzazione delle maggiorazioni economiche⁶⁷.

La diatriba cessò con l'introduzione nel codice civile del 1942 dell'art. 1467 c.c.⁶⁸.

L'art. 1467 c.c. - posto accanto alle ipotesi di inadempimento e di impossibilità sopravvenuta - è una fattispecie rigorosa, secondo cui: *“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”*⁶⁹.

La formulazione dell'articolo non è casuale: da un lato, il legislatore ha voluto consacrare la rilevanza delle sopravvenienze sui termini dell'operazione negoziale, dall'altro circoscrivere l'applicazione delle stesse alle sole ipotesi eccezionali⁷⁰.

La prudenza legislativa è riconducibile al risalente - e già accennato - conflitto tra il vincolo contrattuale che *“ha forza di legge tra le parti”* e la possibilità di

e P. BARBERIS, *La guerra nei rapporti di diritto privato contrattuale (commento ai decreti luogotenenziali 27 maggio, n. 739 e 30 maggio 1915, n. 764)*, in *Dir. comm.*, 1915, I, p. 359.

⁶⁷ G. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1975, p. 359.

⁶⁸ G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 54 ss..

⁶⁹ G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, p. 37: *“La rigorosa limitazione dell'efficacia della clausola ad eventi che non possono assolutamente farsi rientrare nelle rappresentazioni che ebbero le parti al tempo del contratto, esclude il pericolo di eccessi; ma garantisce contro tal pericolo anche la rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità, che per il nuovo codice non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma) o quando il contratto è essenzialmente o convenzionalmente aleatorio (art. 1469: vendita a termine di titoli di credito, rivendita)”*.

⁷⁰ Il legislatore ha attribuito rilievo ad alcuni rischi *“integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro valore”* Cit. R.

ammettere lo scioglimento dello stesso al sopraggiungere di variazioni⁷¹. Il legislatore proprio a rigore dei dogmi tradizionali si è, infatti, cautelato circoscrivendo entro limiti ragionevoli le sopravvenienze rilevanti per l'ordinamento⁷².

I riferimenti che seguono individuano le singole condizioni che consentono ad un contraente di avvalersi dell'art. 1467 c.c..

1) Il presupposto basilare dell'art. 1467 c.c. è collocato nella rubrica dello stesso, che lo limita ai soli contratti a prestazioni corrispettive. Tale aspetto, riscontrabile anche nelle altre azioni risolutorie⁷³ pone, come già anticipato, una sostanziale discrepanza tra l'art. 1467 e il successivo art. 1468, rubricato "*Contratto con obbligazioni di una sola parte*". L'art. 1468 è, invero, l'unico articolo all'interno del capo XIV a non avere alcuna attinenza con il rimedio risolutorio⁷⁴.

L'oggetto di tutela della norma è, dunque, il sinallagma, definibile come il legame tra prestazione e controprestazione, che deve esistere sia alla nascita del rapporto (sinallagma genetico) sia durante tutto il suo svolgimento (sinallagma funzionale)⁷⁵.

Ne consegue che i contratti a titolo gratuito ed i contratti associativi, essendo sforniti del requisito della corrispettività, devono dirsi esclusi dalla disciplina posta dall'art. 1467 c.c.⁷⁶.

SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 698.

⁷¹ G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 73 ss..

⁷² M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 7. Il fatto che la risposta codicistica alle alterazioni incidenti sull'economia contrattuale del contratto sembri più un'eccezione che una regola vera e propria non può, quindi, stupire, in questo senso si veda T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 386.

⁷³ Le azioni risolutorie sono tutte destinate a scongiurare i difetti che, verificandosi nella fase di esecuzione del contratto, infrangono la correlazione tra le prestazioni.

⁷⁴ P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, p. 160.

⁷⁵ Si cfr. A. BOSELLI, voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, pp. 331 ss. e C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 - 1469, *Il Codice Civile, Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, pp. 50 ss..

⁷⁶ Si segnala che vi sono alcuni autori che si scagliano contro questa tesi considerando l'eccessiva onerosità sopravvenuta adatta anche ai contratti associativi, così R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *I rimedi per le sopravvenienze, Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 10, 3° ed., Torino, 2008, p. 679. La tesi è sostenuta anche da V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 962, il quale in merito all'esclusione dei contratti associativi precisa che: "*L'esclusione secca non è giustificata*

2) Il primo elemento individuato dal testo della norma sull'eccessiva onerosità esige, invece, che il contratto si presenti ad esecuzione continuata, periodica o differita. Ciò poiché un rapporto può essere intaccato da sopravvenienze solo se decorre un lasso di tempo tra la sua conclusione e la sua esecuzione o sviluppo (c.d. *distantia temporis*).

Nei contratti a prestazione continuata l'esecuzione della prestazione è costante e progressiva, nei rapporti ad esecuzione periodica l'esecuzione è frazionata con intervalli tra una prestazione e l'altra, infine nei contratti ad esecuzione differita, quest'ultima è eseguita in momento successivo rispetto alla stipula⁷⁷.

3) L'art. 1467 c.c. richiede che l'onerosità sia oggettivamente eccessiva e che sia tale da superare i confini della normale alea. Il richiamo all'alea genera, altresì, un collegamento tra l'articolo in questione e l'art. 1469 c.c., che esclude dall'eccessiva onerosità i contratti "*etichettati*", per loro natura o per volontà delle parti, come aleatori⁷⁸.

Per la precisione, pur non essendo nella prassi sempre possibile distinguere eccessività e alea, al primo dei suddetti criteri è riconosciuta natura quantitativa, mentre all'alea normale è attribuita sia una natura quantitativa sia una natura qualitativa. L'alea normale è, infatti, definita come il rischio sopportabile dalle parti per ogni singolo tipo contrattuale⁷⁹.

[...] si dovrà distinguere se il rischio imprevedibile colpisce l'insieme delle prestazioni di tutti i soci in quanto destinate all'organizzazione sociale, allora si tratta di un rischio sociale che ciascun socio ha scelto di correre e deve sopportare; ma se invece colpisce in modo differenziato la prestazione del singolo socio, contro questo rischio eventuale non c'è ragione di negare i rimedi".

⁷⁷ P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, p. 161.

⁷⁸ Il codice civile non fornisce una definizione di contratto aleatorio che può essere inteso come un rapporto in cui la prestazione è collegata ad un fattore di rischio che diviene la causa dell'intero rapporto, si pensi al contratto di assicurazione.

⁷⁹ La nozione di alea è più contenuta rispetto a quella di rischio contrattuale, si veda E. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Commentario del Codice civile - Dei Contratti in generale - IV, artt. 1425 - 1469 bis e leggi collegate*, 2011, pp. 606 ss..

4) Infine, il fatto causativo dell'onerosità deve essere imprevedibile e straordinario nonché sopravvenuto dopo la stipula del contratto, ma prima della scadenza del termine per la sua esecuzione⁸⁰.

Se l'evento deve essere oggettivamente sopravvenuto, al contrario il giudizio di fatto sul carattere imprevedibile e straordinario dello stesso deve essere svolto con riferimento alla capacità di previsione dell'uomo medio.

Imprevedibilità e straordinarietà, pur apparendo sinonimi, richiedono di essere distinti: *"L'evento è straordinario quando è eccezionale, è imprevedibile quando non è dato rappresentarsene l'accadere alla stregua dalle comune capacità di previsione"*⁸¹.

In merito, non pochi problemi sono derivati dall'opportunità di classificare la svalutazione monetaria come elemento straordinario ed imprevedibile, seppur la stessa sia pacificamente inclusa dalla giurisprudenza tra le cause di risoluzione del contratto quando generi un'alterazione macroscopica del sinallagma⁸².

A livello processuale, non integrando l'art. 1467 c.c. un'ipotesi di risoluzione di diritto, l'ordinamento richiede, affinché operi, l'intervento di una sentenza favorevole.

Per quanto riguarda gli effetti della sentenza risolutiva non si può che rinviare alla disciplina sulla risoluzione per inadempimento e all'art. 1458 c.c., da cui discendono: (i) l'estinzione delle obbligazioni non ancora eseguite e (ii) l'irretroattività della risoluzione per le prestazioni che hanno già avuto esecuzione⁸³.

Al contrario, è opportuno esaminare accuratamente l'eventuale sentenza di accoglimento dell'offerta di *reductio ad aequitatem*, proposta dal convenuto e valutata dal magistrato come idonea a paralizzare la domanda di risoluzione attorea⁸⁴.

⁸⁰ Ne consegue che *"il soggetto che ha già adempiuto senza imbattersi in una sopravvenienza rilevante non potrà sollevare, in futuro, alcun problema derivante dell'aumento di valore della sua propria prestazione"* cit. R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 707.

⁸¹ Cit. A. CATAUDELLA, *I Contratti, Parte Generale*, Torino, 2014, p. 232.

⁸² Tra le altre si vedano: Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giust. civ. mass.*, 1984, 12; Cass., 2 dicembre 1986, n. 7119, in *Comm. trib. centr.* 1989, I, pp. 828 ss. e in *Bollettino trib.* 1990, pp. 1348 ss..

⁸³ P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, p. 171.

⁸⁴ Si parla del c.d. *"effetto estintivo dell'offerta"*, per approfondimenti si veda S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, pp. 127 ss.. Il potere di far valere l'offerta di equa modificazione del contratto è attribuito dal codice civile alla parte contro la quale è stata domandata la

Ciò in quanto sulla *ratio* dell'offerta di riduzione ad equità si è generato un vivace dibattito, che ha visto contrapporsi due orientamenti⁸⁵.

a) Un primo orientamento - volto a dimostrarne la natura sostanziale - equipara la richiesta di riduzione ad equità ad una dichiarazione di volontà negoziale rivolta alla controparte o, ove questa non la accetti, al giudicante⁸⁶, sottraendola così alle preclusioni processuali⁸⁷. In particolare si ritiene che, avendo una simile offerta lo scopo di evitare la risoluzione, non possa incontrare alcun limite nel processo (fermo restando il passaggio in giudicato)⁸⁸.

b) Un secondo orientamento sostiene, invece, che l'offerta di riconduzione ad equità del contratto abbia natura processuale⁸⁹.

risoluzione. Il contraente eccessivamente onorato può unicamente domandare la risoluzione. Si veda anche la monografia di F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, pp. 172 ss..

⁸⁵ F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, p. 109, ritiene che l'offerta non possa essere né un'eccezione né una riconvenzionale né una domanda del convenuto, ma una proposta di modificazione del contratto, alla quale la legge riconosce l'efficacia di modifica purché sia equa, anche senza accettazione dell'altra parte.

E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, pp. 132 ss., ha in seguito sviluppato la teoria del Carnelutti qualificando l'offerta come un negozio giuridico unilaterale.

⁸⁶ Cit. Cass., 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro it.*, 1954, I, p. 755.

⁸⁷ Per una ricostruzione esaustiva di tale orientamento si veda Cass., 16 aprile 1951, n. 431, in *Mass. giur. it.*, 1951, II, p. 320, secondo cui: "L'offerta non può considerarsi come una eccezione, ma deve configurarsi invece come una contro-domanda, non equiparabile neppure alla riconvenzionale, giacché non si basa sulla situazione giuridica preesistente, bensì sull'assunzione di nuove condizioni contrattuali e, in caso di rifiuto, si chiede al giudice di fungere da arbitratore per ristabilire l'equilibrio economico delle prestazioni. Questa funzione viene esercitata con l'accertamento dell'idoneità dell'offerta a ricondurre il contratto ad equità, qualora essa sia del tutto determinata nel suo contenuto, ovvero con la precisa determinazione delle nuove condizioni del contratto, qualora l'offerta sia formulata in termini tali da richiedere un adeguamento alla specie o comunque un'opera di concretizzazione. È ovvio, infatti, che l'offerta, se non può essere puramente generica, ben può riferirsi ad altri elementi che ne consentano agevolmente la determinazione. Ciò posto, deve ritenersi che una siffatta contro-domanda, che presuppone il fondamento di quella avversaria di risoluzione o di rescissione e che tende solo a paralizzarne gli effetti in virtù della creazione di un rapporto sostanziale nuovo, sia sottratta alle regole processuali sulle preclusioni. [...] L'offerta, come può essere fatta stragiudizialmente, così è sempre ammissibile nel corso del giudizio, anche in grado di appello, fino a che non sia formato il giudicato sulla rescissione e la risoluzione (esclusa, s'intende, la proponibilità della Cassazione per il particolare carattere del relativo procedimento)". Sul punto si veda anche Cass., 6 febbraio 1970, n. 257, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 562.

⁸⁸ A. BOSELLI, voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 337.

Questo primo orientamento si fonda sull'osservata possibilità di proporre l'offerta anche al di fuori della sede processuale.

⁸⁹ Per un'analisi dettagliata delle due tesi si rinvia a E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto*, relazione presentata al convegno internazionale "Il contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Basi per un codice latinoamericano tipo", svoltosi a Bogotá dal 3 al 6 settembre 2001, pp. 193 ss..

L'esponenda tesi - frutto della più recente evoluzione giurisprudenziale - scaturisce dalla constatazione che l'iniziativa di revisione, essendo rimessa ad apposita richiesta del convenuto nel corso del giudizio, assurgerebbe a tutti gli effetti a domanda processuale, con l'applicazione delle relative limitazioni e decadenze⁹⁰.

Si pensi all'art. 112 c.p.c., il quale imponendo al giudice di "*decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa*"⁹¹, limiterebbe - nel caso di specie - la decisione dello stesso all'alternativa tra l'accoglimento e il rigetto della somma offerta dal convenuto⁹².

Pertanto, secondo questa tesi il giudice non avrebbe alcun potere riduttivo e sarebbe costretto a rigettare la modifica offerta, laddove la stessa non sia tale da liberare l'attore dall'aggravio eccedente la normale alea del contratto⁹³.

Come disse Blaise Pascal, valutando "*questi due casi: se vincete, vincete tutto, se perdete non perdete nulla*"⁹⁴, onde evitare decadenze è consigliabile tenere per buona la tesi più restrittiva. Pertanto, la parte convenuta in giudizio per eccessiva onerosità sopravvenuta non dovrebbe limitarsi a formulare un'offerta, bensì chiedere in via subordinata che quest'ultima, quando non sia giudicata idonea dal giudice, sia determinata *per relationem* dal medesimo in corso di causa (ad esempio ricorrendo ad un consulente tecnico d'ufficio)⁹⁵ o secondo il proprio prudente apprezzamento⁹⁶.

⁹⁰ A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 139.

⁹¹ Per un approfondimento si consulti C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, di cui al Libro I del *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013.

⁹² Tra le altre: Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 662 ss..

⁹³ App. Roma, 15 giugno 1968, in *Foro Pad.*, 1969, p. 458.

⁹⁴ Cit. B. PASCAL, *Pensieri*, p. 223, ci si riferisce alla c.d. "*scommessa*" del matematico, fisico, filosofo e teologo francese così riassumibile: "*Scommettendo che Dio non esiste, non si vince nulla, ma si perde tutto (cioè il bene finito); al contrario, «scommettendo» che Dio esiste si vince tutto (cioè la beatitudine eterna ed infinita) e non si perde nulla; ed il fatto che la scommessa a favore di Dio è totalmente ed infinitamente propizia e vantaggiosa a coloro che la compiono, ciò significa che è fondata, e diventa dunque la scommessa stessa una prova di tale esistenza divina, e dunque la vittoria della scommessa è nella scommessa stessa, che in tal modo non è più scommessa, ma è già vittoria certa*" così P.A. ROVATTI, *Il paiolo bucato. La nostra condizione paradossale*, 1998, pp. 201 - 209.

⁹⁵ E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997, p. 17, riassumendo le pronunce giurisprudenziali sull'argomento precisa che è stata ammessa dalla giurisprudenza un'offerta generica (Cass., 16 aprile 1951, n. 431, in *Mass. giur. it.*, 1951, II, pp. 320 ss.) - nonostante la stessa dovrebbe essere concreta in tutti i suoi elementi (Cass., 14 ottobre 1947, n. 1607, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1947, XXVI, 2° quadrim., p. 347) - e che il giudice, ove richiesto dalle parti, può determinare giudizialmente l'entità dell'offerta sulla base di elementi oggettivi, accertabili in giudizio, senza con questo violare il principio

Cosicché se il giudice dovesse aderire al secondo orientamento, il convenuto dovrebbe quantomeno andare esente dal rischio di veder rigettata l'offerta dal punto di vista processuale. Al contrario, se il giudice dovesse aderire alla tesi che considera esente la domanda da decadenze processuali, il convenuto non avrebbe "niente da perdere".

Se il problema relativo alla formulazione dell'offerta del convenuto è stato almeno in parte circoscritto ricorrendo ad un espediente pragmatico, rimane da capire a quali parametri deve attenersi il giudice nel valutare la congruità della proposta⁹⁷.

Preliminarmente ed a scanso di equivoci, è doveroso precisare che il richiamo all'equità, riscontrabile nel dato letterale dell'art. 1467 c.c., non implica una pronuncia secondo equità ai sensi dell'art. 114 c.p.c., essendo questo giudizio, a tutti gli effetti, svolto secondo diritto e destinato a "ricondere ad equità l'economia del rapporto"⁹⁸.

In secondo luogo, è di tutta evidenza che la lacuna lasciata - coscientemente o meno - dal legislatore, in materia di parametri dell'eccessiva onerosità⁹⁹, sconti il rischio che si generi una certa arbitrarietà nelle decisioni giudiziarie¹⁰⁰.

dispositivo (Cass., 9 dicembre 1958, n. 3854, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 245). *Contra* S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, p. 262, il quale precisa che l'offerta generica deve intendersi l'offerta priva di criteri per determinare il tipo o il *quantum* delle modificazioni offerte (c.d.: offerta puramente generica) e non l'offerta che contiene l'indicazione dei criteri, essendo quest'ultima un'offerta a contenuto determinabile (c.d.: offerta specifica). Quest'ultimo, nella propria analisi, ritiene non convincenti gli argomenti della dottrina a favore dell'offerta puramente generica (nota 67) e contesta Gabrielli (nota 81), che in un primo scritto - *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 716 - aveva ritenuto necessaria un'offerta concreta e in seguito - nello scritto *Offerta di riduzione ad equità del contratto*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, 2003, p. 978 - ha cambiato idea, giustificando la tesi dell'offerta generica. Sul punto anche A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 138.

⁹⁶ Tra le altre, si veda: Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, cc. 564 ss.. con nota di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice* e in *Giust. civ.*, 1989, I, pp. 2564 ss..

⁹⁷ E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto*, relazione presentata al convegno internazionale "Il contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Basi per un codice latinoamericano tipo", svoltosi a Bogotá dal 3 al 6 settembre 2001, pp. 206 ss..

⁹⁸ Cit. Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, in *Giust. civ.*, 1976, I, pp. 1493 ss..

⁹⁹ Ovviamente nella valutazione del rapporto e della situazione il giudice deve prescindere dall'adozione di precetti morali o dalla considerazione degli interessi subiettivi dei contendenti e deve, invece, attenersi a criteri estimativi di carattere eminentemente tecnico, sul punto si veda G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, p. 203.

Tale scelta si presenta ancor più singolare, se si considerano gli indici guida introdotti per l'interprete in altre disposizioni codicistiche. Tra cui:

- (i) l'articolo 1664, comma 1, dell'appalto, per il quale è stato specificato un criterio aritmetico: *"Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo"*¹⁰¹;
- (ii) l'istituto della rescissione del contratto, laddove si richiede una lesione eccedente la *"metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto"*¹⁰².

Tra i due articoli, quello sulla rescissione è di particolare interesse poiché riproduce la struttura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁰³.

Si pensi al fatto che anche in materia di rescissione, il convenuto - contro il quale è domandata la risoluzione - può chiedere la modifica del contratto riportandolo ad equità¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Si cfr. P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 239 e in *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 183.

¹⁰¹ *"Il trovare una tale disposizione proprio in tema di appalto non stupisce; l'appalto è un tipico rapporto di durata che, proprio per il fatto di svolgersi normalmente nel tempo per un certo numero di anni, è particolarmente esposto al rischio di mutamenti anche notevoli tali da rendere non più profittevole la prosecuzione dei lavori. Si consideri ancora che l'esecuzione di un contratto di appalto implica normalmente la predisposizione di un apparato produttivo, spese, investimenti, a volte anche notevoli necessari per portare a compimento l'opera intrapresa. In queste condizioni, in presenza di una sopravvenienza tale da rendere eccessivamente onerosa la prosecuzione dei lavori alle condizioni pattuite, l'appaltatore si troverebbe nel triste dilemma di dover scegliere se chiedere la risoluzione del contratto e subire una perdita pari agli investimenti ed alle spese organizzative effettuate, oppure perseverare nell'esecuzione del contratto e sopportare i maggiori oneri dovuti all'aumento dei costi"* cit. P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 243.

¹⁰² Si cfr. il secondo comma dell'art. 1448 c.c..

¹⁰³ Così Cass., 16 aprile 1951, n. 431, *Mass. giur. it.*, 1951, II, p. 320, con commento di G. FORTUNATO, *Natura dell'offerta di reductio ad aequitatem e limiti per farla valere nel processo*.

¹⁰⁴ Per completezza si rammenta che un'offerta della parte che subisce l'azione è riscontrabile anche nella disciplina dell'annullamento del contratto per errore, si confronti l'art. 1432 c.c., relativo al mantenimento del contratto rettificato: *"La parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere"*.

Chiaro nel spiegare la differenza tra rescissione ed eccessiva onerosità sopravvenuta è P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, p. 160, di cui si riporta un inciso: *"Indubbiamente esistono a favore della tesi che tende ad assimilare i rimedi ex art. 1448 e 1467, elementi testuali offerti dalle"*

Nonostante ciò, il criterio della rescissione non può estendersi alle ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità, poiché dal punto di vista sostanziale la prima è alquanto dissimile dall'alterazione sopraggiunta nella fase funzionale del rapporto, ex art. 1467 c.c..

La proposta di modifica in un giudizio di rescissione deve essere, infatti, tale da condurre il rapporto rescindibile in una situazione di equivalenza delle prestazioni. Questo perché il legislatore, con la disciplina della rescissione, mira ad introdurre una proporzione tra prestazioni del contratto geneticamente inique, a causa dell'approfittamento di una parte in danno dell'altra¹⁰⁵.

Nell'articolo sulla rescissione sembra riecheggiare la giustizia commutativa o regolatrice divulgata da Aristotele, secondo il quale l'equità trova la sua garanzia più piena ed autentica in un giudice capace che toglie a colui che si è avvantaggiato con iniquità, per dare a chi ha perso¹⁰⁶.

Non stupisce, dunque, la rappresentazione della rescissione come ipotesi eccezionale (avvalorata dall'aggravio di un termine di prescrizione di solo un anno dalla conclusione del contratto) attraverso la quale l'ordinamento ha prestato rilievo alla proporzione dei valori scambiati, notoriamente di competenza delle parti¹⁰⁷.

Diversamente, in presenza di un'eccessiva onerosità sopravvenuta il giudice deve ricorrere ad un parametro che permetta di ripristinare la funzione voluta dalle

norme stesse sulla rescissione per lesione e sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, quali la previsione dell'offerta di reductio ad aequitatem contenuta negli art. 1450 e 1467 comma 3 e l'esclusione dell'applicazione di entrambi i rimedi ai contratti aleatori (art. 1448 comma 4 e 1469). Ma tali caratteri comuni non sono sufficienti a ricondurre le due azioni ad una medesima ratio (la reazione contro gli squilibri contrattuali) riducendone la differenziazione solo al momento temporale dell'intervento (originario e successivo). Né, infine, individuando come fondamento dell'art. 1467 (norma cardine dell'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta) l'intervento legislativo contro le alterazioni del sinallagma che provocano la rottura dell'equilibrio del singolo contratto così come le parti lo hanno concepito e voluto al momento della stipulazione, si viene a spezzare una supposta unità di ratio con l'art. 1468 (norma che riguarda i contatti con obbligazioni di una sola parte, in cui, per la sua stessa struttura, non si pongono problemi di equilibrio di prestazioni contrapposte), perché tale unità non esiste [...]"

¹⁰⁵ Per approfondimenti si rinvia a G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temi*, Torino, 1949, p. 54 e a B. CARPINO, *La rescissione del contratto, art. 1447-1467, Il codice civile Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, Milano, 2000.

¹⁰⁶ Si confronti ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, libro V.

¹⁰⁷ "L'offerta non svolge una efficacia impeditiva degli effetti delle sentenze di rescissione e di risoluzione, bensì evita la rescissione o la risoluzione nel senso che fa sorgere il dovere del giudice di non pronunciare la rescissione o la risoluzione" cit. S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, p. 34.

parti con la conclusione del contratto e che riconduca la situazione, esistente al momento della pronuncia, entro la normale alea¹⁰⁸.

Ad oggi, la quantificazione di tale parametro è da ritenersi esclusivamente rimessa alla valutazione discrezionale del giudice del processo.

Da notare è, da ultimo, la scelta del legislatore di vincolare il processo relativo ad un'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta ad una rigida e predeterminata dialettica delle parti, tanto che non è consentito al debitore onerato della maggiorazione economica di optare per la conservazione del contratto, pur potendo avere anche quest'ultimo un legittimo interesse a ricondurre il rapporto ad equità, piuttosto che a risolverlo¹⁰⁹.

Proprio al fine di contrastare questa rigida ripartizione dei ruoli, in presenza di rapporti di durata, alcuni autori hanno suggerito un'interpretazione estensiva dei poteri del giudice che si allinei alla *ratio* della conservazione del contratto¹¹⁰. Invero, appare doveroso anticipare che è proprio l'offerta - così come disciplinata dal comma 3, dell'art. 1467 c.c. - ad avere fondato il convincimento dell'esistenza di un

¹⁰⁸ L'indagine del giudice deve essere condotta attendendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico, che siano in grado di riportare il contratto esattamente all'equilibrio *quo ante*, così Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 944. Per quanto riguarda il momento in cui deve essere commisurata la congruità dell'offerta, al fine di produrre le modifiche del rapporto, si vedano: Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 362, con nota di P. MARINO, *Preliminare, eccessiva onerosità sopravvenuta, offerta di riduzione ad equità; contra* Cass., 8 giugno 1982, n. 3464, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, in *Giust. civ. mass.*, 1982, p. 1267. Sul punto si precisa che il superamento della tesi che considerava rilevante il momento in cui l'obbligazione è sorta è avvenuto con l'inquadramento dell'istituto dell'offerta di riduzione ad equità nella categoria dei debiti di valore, così E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997, p. 28.

Riassumendo l'eccessiva onerosità va individuata con riferimento al momento dell'adempimento ovvero a quello successivo, differito per fatto o colpa della controparte, e non già con riferimento al tempo della pronuncia, al contrario l'adeguatezza dell'offerta di modifica del contratto va effettuata con riferimento al momento della pronuncia, il giudice dovrà, quindi, tenere conto anche della svalutazione monetaria sino a quel giorno, si veda C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 - 1469, *Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 102.

¹⁰⁹ Si ricorda che tale potere è precluso anche al giudice in difetto di apposita domanda della parte contro cui viene azionata l'eccessiva onerosità sopravvenuta, si veda F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 266.

¹¹⁰ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 289: "Al di là, perciò, delle affermazioni di principio, tese a rievocare l'assai poco significativa concezione secondo la quale le modificazioni del contratto rientrano nella sfera sovrana dell'autonomia dei contraenti, dovrà ammettersi che, nella disciplina dei rapporti ad esecuzione protratta nel tempo, il giudice possa, non accertare la congruità dell'offerta (più correttamente, l'equità della condizione del contratto così come sarebbero modificate), bensì provvedere, su richiesta della parte legittimata, alla modificazione del contratto".

obbligo di rinegoziare il contratto anche ed indipendentemente dalla ricorrenza dei requisiti individuati nella citata previsione codicistica¹¹¹.

A più parti è, quindi, sembrato plausibile generalizzare il potere di revisione del magistrato oltre i limitati confini dell'art. 1467 c.c. che *“rende il contratto risolvibile, ma non lo risolve”*¹¹².

Lasciando gli approfondimenti sull'obbligo di rinegoziare il contratto al successivo Capitolo III ad esso dedicato, dopo aver analizzato l'offerta di riduzione ad equità di cui all'art. 1467 c.c., possiamo osservare che: (i) l'adeguamento di un contratto, che ha subito un oggettivo aggravio di una delle prestazioni, seppur contemplato dalla norma che codifica gli eventi straordinari e imprevedibili, è rimesso alla richiesta unilaterale della parte convenuta; (ii) nel giudizio sull'eccessiva onerosità sopravvenuta il giudice non può autonomamente riscrivere il rapporto¹¹³.

¹¹¹ Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 312, *contra* G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 809, secondo cui la possibilità di intervento sul merito del contratto resta limitata ai soli casi in cui è prevista, o quando siano state inserite o volute clausole di rinegoziazione che rimettano la rideterminazione direttamente al terzo o in caso di disaccordo dei contraenti e P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, pp. 539 ss., secondo il quale l'intervento del giudice non può rinvenirsi nell'art. 1467 c.c. perché in tale ipotesi il giudice si limita a valutare la congruità dell'offerta.

¹¹² Cit. R. SACCO, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. SACCO), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 718. Si veda anche P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 243.

¹¹³ Si cfr. M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 216; F. GALBUSERA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, VII, in *Risoluzione dei contratti, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, p. 452; in giurisprudenza: Cass., 14 ottobre 1947, n. 1607, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1947, XXVI, 2° quadrim., p. 347.

Un'ultima questione rimasta aperta è se l'eccessiva onerosità possa essere fatta valere in via d'eccezione per neutralizzare la richiesta di adempimento o di risarcimento dei danni avanzata da parte attrice. Siffatta questione assume una particolare valenza, in caso di risposta negativa, che comporterebbe l'automatica esclusione della proponibilità della difesa in appello, ai sensi dell'art. 345 c.p.c.. Non vi è una risposta certa, seppur dal punto di vista pratico una simile possibilità sia da escludersi, essendo consentito chiedere solo in via riconvenzionale la risoluzione del contratto. Sull'argomento P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 242. Per gli orientamenti volti ad escludere la proponibilità di tale rimedio in via d'eccezione, si veda Cass., 26 ottobre 2004, n. 20744, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

2.2 L'applicazione dell'art. 1467 c.c. al contratto preliminare

Se il fattore temporale è il *leit motiv* dell'intera trattazione, nel presente Paragrafo esso diviene oggetto di analisi per quel che attiene la decisione dei contraenti - rapportabile alla necessità ovvero alla strategia - di posticipare l'assunzione di taluni impegni¹¹⁴.

Alcune difficoltà, concomitanti alla costruzione di un rapporto contrattuale, possono, infatti, essere arginate ricorrendo a contratti - talvolta anche a mere clausole - che consentono di "prendere tempo". Se si pensa all'applicazione pratica di un siffatto accorgimento nell'ambito degli investimenti imprenditoriali, si potrà comprenderne l'utilità, consistente ad esempio: (i) nello studiare adeguatamente gli assetti proprietari della società controparte; (ii) nel valutare i fattori di rischio; (iii) nel procedere all'espletamento di un'adeguata *due diligence*; ovvero semplicemente (iv) nel reperire il finanziamento necessario a realizzare l'operazione negoziale voluta¹¹⁵.

Possiamo, dunque, concepire i vincoli preliminari come dispositivi di allocazione delle risorse, idonei a far fronte alle difficoltà di predisporre contratti fin da subito esaustivi, soprattutto laddove si operi nella trama di operazioni imprenditoriali o societarie¹¹⁶.

Nell'analisi delle convenzioni prodromiche è, in primo luogo, doveroso soffermarsi sul contratto preliminare¹¹⁷, essendo quest'ultimo la più diffusa tra quelle figure negoziali o pre-negoziali, unilaterali o bilaterali, preordinate alla formazione di un futuro contratto¹¹⁸.

¹¹⁴ Nel Paragrafo concernente i contratti di durata si è, infatti, appurato il ruolo da protagonista riservato al tempo nei rapporti giuridici legati all'organizzazione d'impresa.

¹¹⁵ E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, p. XII.

¹¹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 615, precisa che il preliminare può pacificamente applicarsi anche ai contratti associativi, essendo diffusi nella prassi i preliminari di società e di consorzio.

¹¹⁷ F. MESSINEO, voce *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, p. 175.

¹¹⁸ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467 - 1469, Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 94.

Occorre muoversi dalle peculiarità del preliminare¹¹⁹, per arrivare a comprendere come anche questo vincolo - autonomamente e prima della conclusione del contratto definitivo - possa essere colpito da fenomeni avulsi dalla volontà dei contraenti e in grado incidere sul valore e sulla funzionalità delle prestazioni contrattuali¹²⁰.

La sequenza preliminare-definitivo è tra le più affascinanti, avendo fatto la prima apparizione sulla scena del mercato, quando era ancora sconosciuta alle elaborazioni dei dotti¹²¹. Tale considerazione, combinata con il vasto consenso raccolto dal preliminare tra gli operatori del mercato, è la dimostrazione di come - al presentarsi di determinate occorrenze - la pratica degli affari fornisca risposte

¹¹⁹ La stessa definizione di contratto preliminare, seppur non espressamente riscontrabile nella disciplina codicistica, ne conferma la natura autonoma e scindibile dal correlato contratto definitivo. Il preliminare bilaterale è definito come il contratto mediante il quale le parti si obbligano a concludere in futuro un ulteriore contratto già interamente determinato nei suoi elementi essenziali, si veda L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, poi trasfuso in voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 2, 3, Milano, 1902, pp. 68 ss..

R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 268, precisa che per contratto preliminare si intende: "Il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare, in futuro, un altro contratto, chiamato - per contrapposizione - definitivo". Il preliminare va distinto dal contratto in cui le parti vogliono fin da subito la produzione di effetti definitivi, ma si promettono reciprocamente di riprodurre il consenso in un secondo momento nonché dalla minuta o puntuazione che appartiene alla fase non vincolante della trattativa.

Si vedano A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 12 e V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 613, che evidenzia come la figura sia data per scontata nel codice civile. Al preliminare vengono, infatti, dedicate norme sparse qua e là, per regolarne singoli profili: la forma (art. 1351), uno specifico rimedio contro l'inadempimento (art. 2932) e la trascrizione (art. 2645 bis).

¹²⁰ Molte decisioni giurisprudenziali hanno valorizzato la necessità di restituire certezza anche ai vincoli "non definitivi" intaccati da alterazioni imprevedute. Con la sentenza Cass., 8 giugno 1982, n. 3464, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, in *Giust. civ. mass.*, 1982, p. 1267, si ammette la compatibilità della previsione di cui all'art. 1467 c.c. con il preliminare di vendita, effettuando una valutazione dell'eccessiva onerosità con riferimento al momento stabilito per l'adempimento della prestazione del contraente che chiede la risoluzione, ovvero a quello successivo in cui l'adempimento stesso risulti differito per fatto e colpa della controparte. Tra le tante decisioni si vedano: Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 1, 362; Cass., 22 novembre 1985, n. 5785, 1985, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 285; Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, c. 564 e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2564; Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. en. elet.*, 1991, p. 523; Cass., 21 febbraio 1994, n. 1649, in *Giust. civ. mass.*, 1994, p. 185.

¹²¹ R. SACCO, *Il contratto preliminare, Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 10, 3° ed., Torino, 2008, p. 514. Il contratto preliminare è nato in Germania, dove non ha avuto la medesima diffusione che ha avuto in Italia, complice il fatto che l'ordinamento tedesco in caso di mancata attuazione del preliminare consente di ricorrere ad una mera sentenza di condanna, così E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 350 e A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 26.

concrete più velocemente non solo del legislatore, ma anche di dottrina e giurisprudenza.

Come già accennato, la scissione dell'attività giuridica in due fasi permette di onorare esigenze pratiche di particolare rilevanza¹²², che trovano diversa applicazione a seconda del tipo contrattuale¹²³. Ad esempio, attraverso il preliminare di una vendita immobiliare, il promittente acquirente può prenotare l'acquisto rinviandone gli effetti reali, cosicché *"un'eventuale contestazione lo trovi legittimato passivo ad un'azione di adempimento, piuttosto che legittimato attivo di un'azione di risoluzione"*¹²⁴.

Riepilogando, le parti hanno interesse a stipulare un contratto preliminare, ove vogliano cogliere l'attimo favorevole fissandone subito solo gli elementi oggettivamente essenziali, che saranno completati in un secondo momento con la conclusione del negozio definitivo¹²⁵.

¹²² E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 3, ricostruisce le motivazioni che possono spingere un soggetto a concludere un contratto preliminare, ossia quando: (i) il contenuto dell'accordo non può essere determinato in tutti i suoi elementi, ma le parti intendano vincolarsi; (ii) una parte non è in grado di adempiere immediatamente; (iii) la conclusione del definitivo dipende dal rilascio di un'autorizzazione.

C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., p. 182, osserva come ci sia un ricorso frequente al preliminare nelle vendite immobiliari, ove le parti costituiscono immediatamente un vincolo obbligatorio sull'alienazione di un bene, con effetti analoghi a quelli della vendita obbligatoria, riservando ad un successivo atto la creazione del titolo costitutivo dell'effetto reale. Il preliminare, in questo settore, offre tra l'altro il vantaggio di non addossare alle parti gli oneri fiscali di un'operazione che non è ancora matura per l'adempimento. L'autore precisa, inoltre, che la validità dell'impegno preliminare è esclusa solo per quei negozi che esigono una libertà nella decisione attuale del soggetto, come i negozi familiari, il testamento, la donazione. In particolare, il vincolo preliminare contrasta irrimediabilmente con la causa liberale della donazione, che non può costituire un atto giuridicamente dovuto.

¹²³ E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 4, sostiene che la contrattazione preliminare può ritenersi estranea al concetto di contratto tipico, non potendosi contrapporre il preliminare ai tipi di contratto normativamente previsti. Invero, il preliminare costituisce uno schema neutro, nel quale possono essere provvisoriamente trasfusi contenuti dei più diversi tipi contrattuali.

¹²⁴ Cit. R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto preliminare, II, Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 10, 3° ed., Torino, 2008, p. 514.

¹²⁵ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 54. Anche A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, pp. 401 ss., precisa a sua volta, in modo esaustivo, quali potrebbero essere i motivi che spingono le parti a concludere un preliminare.

L'operatività del meccanismo preliminare-definitivo¹²⁶ è stata perfezionata dalla legge, che l'ha reso ancor più appetibile, attraverso previsioni inserite nel codice civile o in leggi speciali, come:

- 1) la sostituzione del consenso mancante per la conclusione del contratto definitivo, con la sentenza di cui all'art. 2932 c.c.¹²⁷;
- 2) la possibilità di trascrivere il preliminare, intervenuta con legge 28 febbraio 1997, n. 30 (cfr. art. 2645 *bis* c.c.);
- 3) la previsione di cui all'art. 2775 *bis* c.c., relativa al credito per la mancata esecuzione di contratti preliminari, e quella di cui al successivo art. 2825 *bis* c.c., concernente l'ipoteca sul bene oggetto di un contratto preliminare;
- 4) la tutela in sede fallimentare prevista dal comma 5, art. 72, legge fallimentare, secondo cui: *“Qualora l'immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis codice civile e il curatore, [...], scelga lo scioglimento del contratto, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775 bis codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento”*.

Peculiare valore deve, altresì, essere attribuito alla possibilità di rifiutare legittimamente l'adempimento del definitivo quando un contraente venga a conoscenza di circostanze prima ignote ovvero quando si verifichi un mutamento di quelle precedentemente conosciute¹²⁸.

¹²⁶ G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 11.

¹²⁷ Si cfr. G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, I, *Diritto Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 10, ove il rimedio è definito coraggioso, felice e necessario.

¹²⁸ Numerosi sono i casi in giurisprudenza in cui è considerato legittimo il rifiuto a stipulare il definitivo anche se azionato chiedendo la risoluzione del preliminare. Si veda ad esempio la decisione: Cass., 11 febbraio 2000, n. 1525, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 303, che ha ritenuto legittimo il rifiuto a concludere il contratto definitivo di acquisto di un immobile sul quale era stata trascritta un'ordinanza di acquisizione del patrimonio comunale, perché abusivo, benché nel corso della causa fosse sopraggiunto il condono.

In tema di vincoli di inedificabilità, rilevanti ai fini della presupposizione, si veda la sentenza Cass., 17 dicembre 1991, n. 13578, in *Mass. giur. it.*, 1991, rinviando la questione al Capitolo II, Paragrafo 1.1 della presente trattazione. Con riferimento ai vincoli di inedificabilità, si rinvia ad A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 410, il quale ritiene che il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (il cui art. 46 prescrive la nullità degli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione, lo scioglimento di diritti reali relativi ad edifici, ove dai suddetti atti non risultino gli estremi del permesso di costruire

In questo caso, qualora non vi fossero i presupposti per giustificare un rifiuto a concludere il contratto definitivo, l'altra parte (contro cui il rifiuto viene fatto valere) potrà sempre chiedere al giudice l'esecuzione in forma specifica del medesimo, attraverso una sentenza che ne produca gli effetti, *ex art. 2932 c.c.*.

A questo punto occorre capire quali poteri siano riconosciuti in questa sede al giudicante e se quest'ultimo possa procedere alla modifica dell'oggetto del contratto, dando esecuzione ad un accordo non totalmente corrispondente al preliminare¹²⁹. Nel fare ciò, pensiamo ad esempio alla diffusa ipotesi in cui il rifiuto a stipulare il contratto definitivo sia giustificato da vizi riscontrati nella cosa venduta.

o del permesso in sanatoria) e le altre nullità, già previste dalle legge 28 febbraio 1985, n. 47, siano applicabili anche al preliminare quando la costruzione abusiva non sia suscettibile di sanatoria. La giurisprudenza maggioritaria si è, tuttavia, mostrata contraria a riconoscere l'applicazione di tali norme ai contratti preliminari non essendo dotati di effetti reali, tra le altre si vedano: Cass., 19 dicembre 2013, n. 28456, in *Giust. civ. mass.*, 2013; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Foro it.*, 2002, I, c. 366; Cass., 28 marzo 1997, n. 2776, *Mass. Foro it.*, 1997 e Cass., 2 aprile 1996, n. 3028, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2036, da ultimo Cass., 9 maggio 2016, n. 9318, in www.iusexplorer.it. *Contra* tale opinione si confronti: Cass., 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Diritto & Giustizia*, 2013 e in *Imm. e propr.*, 2013, p. 12, che estende, l'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, anche al preliminare poiché avrebbe ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa. Nello stesso senso anche Cass., 17 dicembre 2013, n. 28194, in *Diritto e Giustizia online*, 2013.

¹²⁹ L'integrazione del contratto preliminare è in generale consentita purché essa non turbi l'economia del contratto e non incida sull'oggetto o sulla causa prefigurata nello stesso, per approfondimenti E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 370.

Sul rapporto tra sopravvenienze e sentenza costitutiva si veda Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661, *Giur. it.*, 2001, p. 1824, di cui in particolare si ricordano i fatti giudiziari che portarono al ricorso in Cassazione: il tribunale di primo grado respinse una domanda tendente alla risoluzione per inadempimento del contratto preliminare, dichiarandolo risolto per eccessiva onerosità sopravvenuta. La sentenza venne impugnata da parte soccombente ed, in via incidentale, da parte vincitrice che ripropose la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento del promittente acquirente. La Corte d'Appello di Palermo (in accoglimento dell'impugnazione principale e respinta quella incidentale) trasferì la proprietà del vano, oggetto di contestazione, al promittente acquirente subordinando detto trasferimento al versamento, da parte di quest'ultimo, della somma di lire 250.000.000 e consentendo allo stesso di sospendere il pagamento del residuo prezzo sino alla liberazione, da effettuarsi a cura e spese del promittente venditore, delle garanzie reali gravanti sul bene. La sentenza fu impugnata con ricorso in Cassazione dalla parte venditrice, senza buon esito. La Cassazione confermò, infatti, la sentenza d'Appello non ravvisando i presupposti dell'eccessiva onerosità e ribadendo il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui: *"In sede di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, è legittimo un intervento del giudice volto a riequilibrare il sinallagma funzionale alterato dalla presenza di oneri o vincoli sul bene non conosciuti dalla parte. Più in particolare [...] in materia di contratto preliminare di vendita immobiliare, l'inadempimento del promittente all'obbligo di provvedere alla cancellazione di pregresse ipoteche, ovvero la sopravvenienza di trascrizioni o iscrizioni implicanti pericolo di evizione, non osta a che il promissario possa chiedere l'esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c."*.

Orbene, nonostante alcune titubanze iniziali¹³⁰, la Cassazione ha riconosciuto, al giudice il potere di integrare l'oggetto del preliminare evitando, però, di consegnare al terzo imparziale uno strumento in grado di frustare l'autonomia contrattuale¹³¹.

Il giudice è stato, infatti, autorizzato a modificare l'accordo solo in presenza di difformità relative al valore del bene, non sostanziali e non incidenti sull'effettiva utilizzabilità dello stesso¹³². La *ratio* è (anche in questo caso) quella di conservare il contratto senza però introdurre elementi totalmente nuovi e non corrispondenti all'interesse perseguito dalle parti.

I limiti al potere di intervento del giudice sul contratto, saranno adeguatamente approfonditi nel Capitolo finale del presente scritto, ritorniamo, quindi, sull'argomento principe, ossia sull'applicazione dell'art. 1467 c.c. al preliminare, poiché *“proprio il preliminare costituisce terreno elettivo per il funzionamento di tale disciplina”*¹³³.

¹³⁰ Sul punto A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, pp. 205 ss., ritengono che la crescente rilevanza economica del fenomeno della contrattazione preliminare abbia indotto la giurisprudenza a cambiare idea: *“Se, oggi, si può fundamentalmente affermare che la maggioranza degli acquisti immobiliari avviene attraverso il ricorso alla fase intermedia della stipulazione preliminare, costituirebbe un'indubbia anomalia del sistema il ritenere che la parte acquirente non possa nella sostanza beneficiare dei rimedi previsti per la vendita definitiva, dato che alla conclusione immediata di quest'ultima non si addiuvano quasi sempre per volontà di parte venditrice di conservare il diritto reale sul bene o per rispettiva intenzione di cautelarsi da possibili gravi inadempimenti nella realizzazione del bene stesso”* cit. p. 2230.

¹³¹ Così di A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 420, quest'ultimo esclude l'applicabilità delle regole sulla garanzia della vendita al preliminare, in quanto inadeguate e superflue. E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, 2011, pp. 377 ss., precisa che l'azione di riduzione del prezzo non deve essere considerata un rimedio specifico del contratto di compravendita, potendo trovare applicazione generale nei contratti a prestazioni corrispettive, come mezzo di salvaguardia dell'equilibrio delle prestazioni.

¹³² Cass., 31 luglio 2012, n. 13739, in *Dir. giustizia*, 2012: *“In presenza di difformità non sostanziali e non incidenti sull'effettiva utilizzabilità del bene ma soltanto sul relativo valore, il promissario acquirente non resta soggetto alla sola alternativa della risoluzione del contratto o dell'accettazione senza riserve della cosa viziata o difforme, ma può esperire l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo a norma dell'art. 2932 cod. civ., chiedendo cumulativamente e contestualmente l'eliminazione delle accertate difformità o la riduzione del prezzo. Dunque, l'azione di esecuzione specifica del contratto a norma dell'art. 2932 cod. civ. e l'actio quanti minoris ben possono cumularsi ed essere, quindi, proposte con il medesimo atto”*. Sono conformi le seguenti sentenze: Cass., 26 gennaio 2010, n. 1562, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 1, p. 99; Cass., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3383, in *Diritto e Giustizia online*, 2007, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 2, in *Obbl. e contr.*, 2007, 6, p. 550; Cass., sez. II, 8 ottobre 2001, n. 12323, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 1720.

¹³³ Cit. G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006, p. 494.

Innanzitutto, il preliminare ben si accosta al tema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta poiché presuppone un lasso di tempo, più o meno ampio, prima di che si giunga alla conclusione del definitivo. Del resto, se prima dell'intervento del definitivo la prestazione del promittente non può dirsi attuata, con la conclusione di quest'ultimo si realizza ed esaurisce la funzione stessa del vincolo preliminare¹³⁴.

Disponendo per il futuro, il contratto preliminare potrebbe identificarsi con la categoria dei contratti ad esecuzione differita e giustificare un'applicazione dell'art. 1467 c.c.¹³⁵ a prescindere dall'onerosità del definitivo che, il più delle volte, si configura come un contratto istantaneo¹³⁶.

Un limite alla possibilità di avvalersi del rimedio di cui all'art. 1467 c.c. può, però, dipendere dal fatto che spesso i contraenti ricorrono al preliminare proprio al fine di controllare le sopravvenienze in una prima fase del rapporto, anche introducendo nel testo specifici meccanismi di protezione (*i.e.* clausole di recesso o di indennizzo)¹³⁷. In questo caso la risoluzione codicistica può essere chiesta solo per il verificarsi di sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili non neutralizzate dalle previsioni del preliminare¹³⁸.

Pensiamo ad un aumento dei prezzi eccessivo o ad una svalutazione monetaria eccezionale, non rientrante nell'alea normale del tipo contrattuale¹³⁹.

¹³⁴ E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 78 e A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Libro IV delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 91.

¹³⁵ Così A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009, p. 421 e A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, p. 244.

In giurisprudenza Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. en. elet.*, 1991, p. 523: "La risoluzione per eccessiva onerosità è ipotizzabile anche per il contratto preliminare, che ben può ricondursi allo schema ed al meccanismo del contratto ad esecuzione differita, sia pure sulla base del giudizio che, date le peculiarità tipiche del particolare tipo di contratto e la sua connessione con il contratto definitivo - con il quale, anche per la prevista coercibilità, concorre a realizzare la fattispecie traslativa - non può prescindere dalla considerazione e valutazione del regolamento fissato per l'adempimento delle prestazioni corrispettive previste dal contratto definitivo".

¹³⁶ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 - 1469, *Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 97 e A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, p. 244.

¹³⁷ Cit. E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 6.

¹³⁸ Non è possibile affermare in astratto quali eventi posso essere considerati imprevedibili o straordinari, così G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006, p. 496.

¹³⁹ Una Cassazione del 1980 ha ritenuto eccessiva la svalutazione passata dal 7% al 21%: "Invero, agli effetti dell'eccessiva onerosità di un contratto preliminare di vendita di beni immobili, il giudice di merito deve considerare comparativamente sia il valore dei beni anzidetti sia quello della prestazione corrispettiva, tenendo conto, a quest'ultimo riguardo, della svalutazione monetaria che, nell'arco di tempo previsto dal contratto - e

Il preliminare non è, quindi, del tutto immune alle sopravvenienze idonee ad azionare il meccanismo previsto dall'art. 1467 c.c..

In proposito, anche la tesi che vorrebbe ricondurre la valutazione dell'eccessiva onerosità al valore delle prestazioni del solo definitivo, escludendola implicitamente con riguardo al preliminare, deve ritenersi superata e smentita dalle pronunce giurisprudenziali¹⁴⁰. Questa desueta concezione reputava immune dal rimedio di cui all'art. 1467 c.c. il contratto strumentale al definitivo, poiché ritenuto privo di un carattere economico.

All'opposto, il preliminare - pur essendo un contratto prodromico al definitivo, con il quale le parti si obbligano a stipulare un secondo contratto - ha già enunciati i termini del sinallagma contrattuale potenzialmente intaccabili da sopravvenienze¹⁴¹.

successivamente prorogato come nel caso di specie, dalle parti - per la stipulazione del contratto definitivo, abbia diminuito il valore intrinseco del prezzo ancora dovuto [...]" cit. Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1343. Nel medesimo senso si muovono le decisioni che hanno attribuito rilievo all'aumento considerevole dei prezzi nel periodo tra gli anni 1973 e 1975, si confronti in proposito Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559, in *Riv. not.*, 1996, p. 601.

¹⁴⁰ Tale tesi è riconducibile ad A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, pp. 376 ss. e a G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 170.

Contra in giurisprudenza: Cass., 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 163; Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. ener. elet.*, 1991, p. 523; Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 944; Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 362; Cass., 8 giugno 1982, n. 3464, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, in *Giust. civ. mass.*, 1982, p. 1267; Cass., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 918. In dottrina, tra gli altri: E. PEREGO, *I vincoli preliminari ed il contratto*, Milano, 1974, p. 228; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, p. 133; A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, p. 24. Si aggiunga R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 704, secondo cui: "Le osservazioni ora riportate non convincono. Perché mai assoggettare il promittente danneggiato dalla sopravvenienza all'azione di cui all'art. 2932, e concedergli un'azione a parte per la risoluzione?".

E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 15, evidenzia, infine, come sia deficitaria la tesi che riconduce la valutazione dell'eccessività alle sole prestazioni del definitivo: "Non vi è alcuna coincidenza logica, né giuridica, tra contratto preliminare e definitivo, i contratti si distinguono sia come tipi di atto, sia con riguardo agli effetti che producono".

¹⁴¹ Sul punto R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *I rimedi sinallagmatici, Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 10, 3° ed., Torino, 2008, p. 678 - 679, afferma: "L'onerosità non si deve né si può misurare dal costo intrinseco della prestazione [...] ma dal disvalore delle conseguenze patrimoniali che essa comporta: il valore delle conseguenze dell'atto strumentale dipende dal valore delle conseguenze del definitivo", nello stesso senso anche A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 151. In adesione a tale pensiero si vedano in giurisprudenza: Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. ener. elet.*, 1991, p. 523; Cass., 8 giugno 1982, n. 3464, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, in *Giust. civ. mass.*, 1982, p. 1267; Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1343; Cass., 27 settembre 1991, n. 10139, in *Giust. civ. mass.*, 1991, p. 1412, che letteralmente prevede: "La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ipotizzabile anche per il contratto preliminare in relazione alle

Pertanto, al sopraggiungere - dopo la definizione del preliminare e prima della manifestazione di volontà definitiva - di un fatto che incida, in modo straordinario e imprevedibile, sull'equilibrio economico delle prestazioni che confluiranno nel definitivo, sarà possibile per la parte gravata dall'onerosità avvalersi della risoluzione *ex art. 1467 c.c.*¹⁴².

Ciò è confermato anche dal fatto che la valutazione dell'eccessiva onerosità deve essere eseguita con riguardo al termine fissato per la conclusione del definitivo, seppur si segnalino decisioni che fanno riferimento alla situazione esistente al momento della pronuncia¹⁴³.

Da ultimo si osservi che, se è incontestabile la risoluzione del preliminare in cui entrambe le prestazioni non abbiano già trovato esecuzione, in giurisprudenza si è giunti a negare tale possibilità laddove si assuma colpita da sopravvenienze la prestazione che sia stata, in gran parte o integralmente, eseguita¹⁴⁴. È, quindi, a

prestazioni che le parti hanno previsto quale contenuto del definitivo". La possibilità di esperire l'azione risolutoria per inadempimento parziale del preliminare, ove il contratto definitivo non esaurisca l'intero contenuto del preliminare, senza che gli ulteriori diritti e obblighi di quest'ultimo vengano meno *per relationem*, conferma l'autonomia dei due rapporti giuridici, così Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Foro it.* 1988, I, p. 1606.

¹⁴² Cit. E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, p. 22. Sul punto anche V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 622, la quale in breve precisa che: "Vizi e sopravvenienze che, ancor prima del definitivo, colpiscono o mettono a rischio la prestazione dedotta in questo, deludono direttamente l'interesse contrattuale della parte del preliminare, che questa prestazione attende (sia pure tramite il definitivo). E dunque fanno scattare in suo favore, contro il preliminare, i corrispondenti rimedi contrattuali". In tutti questi casi - come meglio approfondito nel Capitolo III - il rimedio applicabile dal giudice è esclusivamente quello della risoluzione, non essendo plausibile procedere ad un adeguamento dei valori mutati, in difetto di specifica offerta equitativa della parte contro cui venga fatta valere la risoluzione o di una precisa clausola di rinegoziazione appositamente inserita nel contratto preliminare così G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006, p. 495. Si veda in particolare la decisione del Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67

¹⁴³ Si confronti G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006, p. 495.

Per le sentenze che fanno riferimento al momento della domanda si vedano: Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 944; Cass., 8 giugno 1982, n. 3464, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, in *Giust. civ. mass.*, 1982, p. 1267, al contrario tra le sentenze che fanno riferimento al momento della conclusione del preliminare si vedano: Cass., 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 163, e Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1343.

¹⁴⁴ Cass., 14 dicembre 1982, n. 6858, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 41, secondo cui: "La risoluzione per eccessiva onerosità non può essere chiesta dalla parte che ha già adempiuto la propria obbligazione". Si veda anche Cass., 3 maggio 1955, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1955, p. 446, ove si precisa: "Se è vero che l'eccessiva onerosità di una prestazione va concepita come alterazione dell'equilibrio tra le prestazioni, tale alterazione può dedursi soltanto allorché entrambe le prestazioni siano da adempiere e non quando una di esse - cioè quella pecuniaria - sia stata già adempiuta in un momento in cui rappresentava l'equivalente economico della controprestazione".

maggior ragione, considerato irrisolvibile il contratto preliminare ad effetti anticipati per entrambe le parti¹⁴⁵.

Al contrario, nel caso in cui sia stato effettuato solo un pagamento parziale e relativo ad una modesta porzione del corrispettivo, la valutazione della turbativa dell'equilibrio, consacrato dalle parti nel contratto, deve essere circoscritta alla parte di prezzo non ancora corrisposta¹⁴⁶.

In breve e conclusivamente, al verificarsi di mutamenti di valore delle prestazioni di un preliminare, la parte svantaggiata avrà facoltà di liberarsi dall'obbligo *de contrahendo* ricorrendo al rimedio di cui all'art. 1467 c.c., fuorché non sia quella che con il proprio comportamento abbia ritardato l'esecuzione del contratto, permettendo che si verificasse la sopravvenienza¹⁴⁷. Di tutta risposta la controparte dell'accordo preliminare - oltre a poter paralizzare l'azione risolutiva domandando la riconduzione del contratto ad equità¹⁴⁸ - è legittimata, nel caso in cui non ritenga integrati i presupposti di cui all'art. 1467 c.c., a fare valere il proprio diritto all'esecuzione in forma specifica del definitivo.

Una simile dialettica, instaurata nel medesimo giudizio, non sembra comportare particolari problemi processuali, realizzando una piena esplicazione del

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., p. 186, evidenzia come rientri nel normale atteggiarsi del fenomeno nella pratica negoziale che il promittente acquirente anticipi una parte del prezzo o che il promittente alienante anticipi la consegna del bene. Il preliminare non potrebbe, invece, prevedere l'integrale attuazione del rapporto finale, ponendosi in tal caso esso stesso come definitivo.

¹⁴⁵ Cass., 13 giugno 1997, n. 5349, in *Rep. Giust. civ.*, 1997, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 288, ha statuito: "Se le obbligazioni sinallagmatiche del contratto definitivo di compravendita - pagamento del prezzo e consegna del bene - sono state anticipate al momento della stipula del contratto preliminare, non può chiedersi la risoluzione di questo per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), poiché questa norma non è applicabile se l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale delle predette prestazioni è successivo al loro adempimento". Si veda anche A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Libro IV delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 96.

¹⁴⁶ Cass., 9 luglio 1980, n. 166, in *Giur. civ. mass.*, 1980, p. 1.

¹⁴⁷ *Contra* alcuni autori come A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento del contratto ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giur. completa cass. civ.*, 1948, II, p. 775, ritengono il rimedio esperibile anche dalla parte che ha per sua colpa differito l'adempimento.

¹⁴⁸ In tal caso la congruenza della proposta di modifica è da valutarsi con riferimento al momento della pronuncia, così G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, *Effetti*, Milano, 2006, p. 497.

contraddittorio¹⁴⁹. Tuttavia, deve essere oggetto di vaglio anche l'eventualità che la domanda di risoluzione del preliminare sia proposta in una sede processuale differente rispetto all'instaurato o instaurando procedimento di esecuzione in forma specifica¹⁵⁰. Siffatta ipotesi è stata espressamente affrontata dalla giurisprudenza che ha escluso la pregiudizialità/dipendenza tra i due giudizi non comminando la sospensione di cui all'art. 295 c.p.c.¹⁵¹.

¹⁴⁹ I contraenti potrebbero anche decidere di mantenere il rapporto rinunciando all'effetto risolutorio, così G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006, p. 497.

¹⁵⁰ E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, pp. 336 e 337.

¹⁵¹ "Non sussiste un rapporto di pregiudizialità, tale da giustificare la sospensione necessaria del processo ex art. 295 c.p.c., fra il giudizio di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto preliminare e quello di risoluzione per inadempimento dello stesso contratto e l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il definitivo, non costituendo l'accertamento della fondatezza della prima domanda di risoluzione un antecedente logico indispensabile per la pronuncia sulla seconda" cit. Cass., 6 novembre 1993, n. 10989, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 140.

2.3 L'applicazione dell'art. 1467 c.c. al contratto normativo e all'accordo quadro

Tratti comuni al contratto preliminare sono riscontrabili nel contratto normativo o programmatico¹⁵².

Seppur la nozione di contratto normativo (non prevista nel codice civile) appaia tutt'oggi controversa - tanto che "nonostante la denominazione" non tutti gli riconoscono natura contrattuale¹⁵³ - quest'ultimo può definirsi come un'operazione attraverso la quale le parti predispongono anticipatamente il contenuto di contratti che in futuro potranno (e non necessariamente dovranno) essere stipulati tra le stesse parti (c.d. contratto normativo bilaterale) ovvero tra ciascuna di esse e terzi (c.d. contratto normativo unilaterale)¹⁵⁴.

Dalla formulazione se ne deduce che il contratto normativo si differenzia dal preliminare poiché, pur creando un vincolo sul contenuto, non obbliga le parti a stipulare il futuro contratto, che rimane un'eventualità¹⁵⁵. Invero, nessun contraente di un accordo normativo può costringere l'altro a concludere l'accordo particolare,

¹⁵² Il contratto normativo è un regolamento contrattuale che determina il contenuto di una serie di contratti futuri ed eventuali. La natura del contratto normativo è controversa, ma ha perso rilevanza a seguito dell'intervento di Castronovo. Quest'ultimo ha, infatti, ritenuto che l'esistenza di un rapporto contrattuale prescindendo dall'assunzione convenzionale di obblighi primari di prestazione e riferendosi, in modo specifico, al rapporto di intermediazione bancaria ha precisato: "Il contratto scritto, una volta stipulato rimane a disciplinare il rapporto tra intermediario e cliente per tutte le successive operazioni rientranti nell'attività di intermediazione mobiliare" cit. C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, I, pp. 314 e 315. Sull'argomento si rinvia ad A. ALBANESE e M.L. D'ETTORRE, *Il contratto normativo*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, pp. 164 e ss..

¹⁵³ F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo*, *Enc. Dir.*, X, 1962, pp. 117 ss.: "Vogliamo dire che è ragione di equivoco, chiamare con il nome di «contratto normativo», un istituto, il quale deve poggiare indubbiamente sopra un elemento volontario, ma che, privo com'è, di funzione dispositiva, non ha affatto la sostanza del contratto" "nonostante il nome (contratto) - che la specificazione «normativo» certo non oblitera - si abbia da fare, non con un contratto, ma con qualche cosa di, almeno parzialmente diverso, e che, pertanto, sarebbe preferibile qualificare altrimenti". Quest'ultimo preferisce adottare il termine convenzione normativa piuttosto che contratto normativo. Si veda anche Cass., 18 dicembre 1973, n. 1706, in *Giur. it.*, 1974, 1, p. 771.

¹⁵⁴ A. ALBANESE e M.L. D'ETTORRE, *Il contratto normativo*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, p. 179 e G. GUGLIEMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 50. Il contratto normativo si distingue dalla minuta che, essendo volta a fissare alcuni punti raggiunti nella trattativa, ha una valenza probatoria.

¹⁵⁵ Sulle differenze tra contratto preliminare e contratto normativo si veda Cass., 22 giugno 1968, n. 2096, *Giur. it.*, 1969, p. 2212.

invocando l'art. 2932 c.c. al fine di ottenere una sentenza che produca gli effetti del medesimo.

A ciò si aggiunga, che se il contratto preliminare esaurisce la sua funzione al momento della stipula del definitivo, al contrario il contratto normativo continua ad essere operativo anche dopo la conclusione degli accordi successivi, dal contenuto predeterminato¹⁵⁶.

Il contratto normativo richiede autonoma nota, trovando un amplissimo impiego nel settore imprenditoriale¹⁵⁷. Per essere precisi, si tratta di uno schema che consente:

(i) per quanto concerne i contratti normativi bilaterali (o interni) di evitare inutili ritardi nelle trattative, creando uniformità nella disciplina concordata tra le parti. Si pensi alle imprese che avvalendosi di produzioni o commercializzazioni in serie intendono predisporre un regolamento unitario, non essendo necessario discutere di volta in volta il contenuto dei singoli contratti che andranno a concludere¹⁵⁸;

(ii) per quanto riguarda i contratti normativi unilaterali (o esterni), di predeterminare l'applicazione di regole nei rapporti con i terzi¹⁵⁹.

¹⁵⁶ G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 218, individua altre differenze tra cui il fatto che i contratti normativi non soggiacciono ai vincoli di forma individuati all'art. 1351 c.c. per il preliminare.

¹⁵⁷ "L'uomo, guidato dallo spirito di previdenza, acuito dalle esigenze di vita moderna (esigenze che a settanta anni di distanza si sono ulteriormente accentuate, n.d.a.), tende sempre più a volgere il pensiero, oltre che agli attuali suoi rapporti economico-giuridici, a quelli che potrà essere indotto ad instaurare nell'avvenire. A tale tendenza sono, evidentemente, da ricondurre tutte le convenzioni con cui si fissa comunque il contenuto di futuri negozi. Queste convenzioni, che hanno appunto per oggetto la disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri, vanno sotto il nome di «contratti normativi». La loro funzione è, dunque, una funzione preventiva: le parti vogliono crearsi l'assicurazione che, se un giorno si dovranno porre in essere determinati negozi, questi avranno un certo contenuto" cit. L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, Padova, 1937, p. 53.

¹⁵⁸ G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, pp. 1 e ss..

"I contratti normativi sono contratti su contratti futuri. Ma non sono gli unici: regolano contratti futuri anche i contratti d'opzione; i contratti preliminari; i contratti che vietano futuri contratti, come i patti di esclusiva e di non alienare" cit. V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 498.

¹⁵⁹ G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, pp. 160 e ss., l'esistenza di un contratto normativo unilaterale è giuridicamente irrilevante per i terzi che concludono il contratto con una delle parti vincolate, pertanto essi non potranno pretendere l'osservanza delle regole di cui al contratto normativo e l'eventuale mancanza di queste regole non inciderà sulla validità del loro negozio. Secondo l'autore l'obbligazione discendente - per le parti di un contratto normativo unilaterale - di non allontanarsi dalla disciplina concordata nei confronti dei terzi, può assumere natura positiva o negativa a seconda del singolo caso.

In conformità a quest'ultima ripartizione, si osserva che - nonostante permanga il dubbio sulla natura giuridica del contratto normativo (nonché sulla possibilità per quest'ultimo di generare obbligazioni) - la più attenta dottrina ha riconosciuto quantomeno all'accordo normativo unilaterale la qualifica di contratto in senso proprio¹⁶⁰.

Tra l'altro, all'accordo normativo unilaterale è ricondotto il contratto di consorzio, con cui le imprese consorziate si obbligano reciprocamente a pattuire determinate condizioni nei contratti conclusi con i terzi¹⁶¹.

Nella pratica la *joint venture* è stata definita come contratto plurilaterale normativo¹⁶², che dà luogo ad un'organizzazione di disciplina giuridica, destinata ad operare nei rapporti tra le parti e nei rapporti tra le parti e i terzi¹⁶³.

La diatriba sorta attorno alla definizione di contratto normativo non può dirsi sopita neppure alla luce delle pronunce giurisprudenziali. Nota è, in merito, la recente qualificazione come contratto normativo (o quadro) della concessione di

¹⁶⁰ G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, pp. 99 ss., nega la natura di contratto al c.d. contratto normativo bilaterale individuale: "Un contratto si perfeziona soltanto se le parti raggiungano l'accordo su tutti i punti che almeno una di esse chiede vengano a far parte del contenuto del contratto stesso" ma "nella stessa nozione di contratto normativo bilaterale è implicita la riserva di alcuni punti". L'autore riconosce, tuttavia, al contratto normativo unilaterale: (i) la capacità di far sorgere delle obbligazioni in capo a ciascuna delle parti, seppur subordinate alla conclusione di uno o più contratti con i terzi (cfr. p. 167) e (ii) la natura di rapporto giuridico contrattuale, basandosi anche sull'osservazione che è lo stesso legislatore a definire come contratto l'accordo tra i consociati di cui all'art. 2602 c.c. (quale esempio di contratto normativo individuale, cfr. p. 175).

Il contratto normativo può anche essere collettivo, quando una delle parti è rappresentata da un ente collettivo che concorda con un altro soggetto (sia esso collettivo o individuale) le clausole da inserire nei contratti stipulati dai propri associati.

¹⁶¹ Si cfr. l'articolo 2602 c.c.: "Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Il contratto di cui al precedente comma è regolato dalle norme seguenti, salvo le diverse disposizioni delle leggi speciali".

¹⁶² "Con il termine *joint venture* vengono indicate le varie e diverse forme di associazione temporanea tra due o più imprese finalizzate all'esercizio di un'attività economica in un settore di interesse comune, siano esse rivolte all'esecuzione di un'opera complessa, ovvero limitate alla prestazione di particolari servizi o al compimento di un singolo affare" così G. VETTORELLO, *Il contratto di subfornitura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, 2, Torino, 1995, p. 1349. Sul punto si veda anche F.M. GIULIANI, *Le joint ventures nell'ordinamento giuridico italiano: topiche privatistiche e fiscali*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 350 ss..

¹⁶³ A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981, p. 11. Il contratto normativo nei casi citati darebbe luogo ad un'organizzazione secondo F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo*, *Enc. Dir.*, X, 1962, p. 122. A riguardo si veda anche F. GALGANO, *Il contratto plurilaterale*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2010, pp. 301 ss., che cita la Cass., 24 dicembre 1975, n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 780, per la definizione di *joint venture*, quale: "Contratto associativo atipico distinto dal contratto di società, con il quale le parti pongono in essere un vincolo soltanto interno".

vendita in esclusiva: “Essa consiste, sul piano strutturale, in un contratto-quadro o contratto normativo, da cui deriva l’obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita ovvero l’obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti, alle condizioni fissate dall’accordo iniziale”¹⁶⁴.

Da una lettura superficiale delle massime sul tema si potrebbe, dunque, pensare che la giurisprudenza abbia riconosciuto natura contrattuale all’accordo normativo di concessione di vendita in esclusiva.

In realtà, la qualifica contrattuale di tale rapporto è ancorata all’obbligazione di concludere futuri contratti, che non caratterizza il contratto normativo, ma solo l’accordo quadro.

La Suprema Corte - classificando come contratto normativo le operazioni che prevedono un obbligo di stipulare futuri contratti - ha, quindi, assimilato figure negoziali diverse, giungendo in concreto a disconoscere un’esistenza autonoma del contratto normativo¹⁶⁵.

Si è, da altra parte, osservato che la controversia sulla natura contrattuale dell’accordo normativo esaurisce il suo rilievo in una prospettiva più che altro dogmatica e classificatoria, dato che l’accordo normativo genera comunque un vincolo, seppur atipico e condizionato alla conclusione dei futuri contratti¹⁶⁶.

Aderendo a tale ricostruzione dottrinale sarebbero, quindi, applicabili al rapporto in esame, in via analogica, alcune norme del codice civile relative alla parte generale del contratto¹⁶⁷. Pertanto, a titolo esemplificativo, nel caso in cui un contraente rifiuti ingiustificatamente di stipulare il contratto attuativo alle

¹⁶⁴ Si cfr: Cass., 22 ottobre 2002, n. 14891, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2479; Cass., 22 febbraio 1999, n. 1469, in *Giur. it.*, 1999, p.1655 e in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1811; Cass., 28 agosto 1995, n. 9035, in *Dir. Fall.* 1996, II, p. 851; Cass., 19 febbraio 2010, n. 3990, in *Guida dir.*, 2010, 11, p. 75 e in *Giust. civ. mass.*, 2010, 2, p. 239; Cass., 11 giugno 2009, n. 13568, in *Mass. giur. it.*, 2009; Trib. Modena, 14 giugno 2012, in *Contratti*, 2012, 10, p. 825.

In tema di concessione di vendita di autoveicoli con riferimento all’obbligo di inserire, a pena di inefficacia, nei singoli contratti la clausola di riserva di proprietà genericamente inserita nel contratto quadro si rinvia a Cass., 7 aprile 2005, n. 7275, in *Mass. Foro it.*, 2005, c. 606.

¹⁶⁵ La giurisprudenza sembra ammettere che ogni volta che c’è un contratto quadro c’è al suo interno anche un accordo normativo, ma non ci consente di capire se possa un accordo normativo sussistere anche senza essere inserito in un accordo quadro.

¹⁶⁶ F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo*, *Enc. Dir.*, X, 1962, p. 123.

¹⁶⁷ Così F. D’ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 63.

condizioni prestabilite dal contratto normativo bilaterale, l'altra parte sarà legittimata a chiedere quantomeno il risarcimento dei danni per violazione della buona fede nello svolgimento delle trattative, *ex art. 1337 c.c.*¹⁶⁸.

In questa ipotesi, stante l'attitudine dell'accordo normativo a perdurare nel tempo, un rifiuto a rispettare i vincoli discendenti dal medesimo potrebbe anche essere giustificato dal fatto che si siano verificate delle sopravvenienze¹⁶⁹.

Se così fosse sarebbe possibile richiamare la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta per sottrarsi al vincolo? E qualora la risposta a tale domanda fosse affermativa, sarebbe logico ricorrere a tale istituto?

A differenza del richiamo in precedenza fatto all'art. 1337 c.c., l'applicazione dell'art. 1467 c.c. all'accordo normativo bilaterale, presuppone di aderire preliminarmente (o quantomeno di sottintenderla) alla tesi che riconosce natura contrattuale al rapporto oggetto di disamina e, in secondo luogo, di capire se il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sia compatibile con lo stesso.

Potrebbe - in astratto - richiamarsi la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, nel caso in cui il contratto normativo prevedesse un vincolo di contenuto suscettibile di alterazione economica (ad esempio relativo un determinato corrispettivo¹⁷⁰) divenuto eccessivamente gravoso¹⁷¹.

¹⁶⁸ Si vedano: Cass., Sez. U., 22 luglio 1966, n. 1987, *Giur. comm.*, 1966, I, p. 1896; Cass., Sez. U., 28 ottobre 1966, n. 2688, *Giur. comm.*, 1967, I, p. 18.

Si ricorda anche l'orientamento che ritiene che il contratto normativo - avendo ad oggetto la disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri dei quali fissa preventivamente il contenuto - non comporti il sorgere di un rapporto da cui scaturiscono immediatamente diritti ed obblighi per i contraenti, ma detti norme intese a regolare il rapporto, nel caso in cui le parti intendano crearlo, Cass., 18 dicembre 1973, n. 1706, in *Giur. it.*, 1974, I, p. 771.

¹⁶⁹ F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo*, *Enc. Dir.*, X, 1962, p. 122 precisa che il contratto normativo dà luogo ad un sinallagma funzionale ad esecuzione continuata e periodica.

¹⁷⁰ G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 101, l'autore nonostante arrivi a negare la natura contrattuale del contratto normativo, ne riconosce l'elemento della patrimonialità "*dato il campo, squisitamente economico in cui l'istituto in esame opera*".

Il Trib. Napoli, 6 ottobre 1984, in *Resp. civ. e prev.*, 1986, pp. 350 e ss., ha ritenuto che il contratto di abbonamento, relativo alle operazioni di riparazione e manutenzioni di immobili con l'impegno di applicare per tali attività lo sconto del 20 per cento sui prezzi di listino, costituisca una ipotesi di contratto normativo.

¹⁷¹ Il rimedio della risoluzione potrebbe in seguito essere fatto valere anche per i contratti attuativi (sia tra le parti stesse, sia nei confronti dei terzi, ove si trattasse di contratto normativo unilaterale) in corso di esecuzione, riprodotti dell'obbligazione alterata. Si veda Cass., Sez. U., 28 ottobre 1966, n. 2688, *Giur. comm.*, 1967, I, p. 18.

Tuttavia, non è facile individuare nella prassi contratti normativi bilaterali che - senza ricadere nell'accezione più ampia dell'accordo quadro - siano nel contempo contrassegnati da un valore economico ed anche sinallagmatici¹⁷².

A ciò si aggiunga, la già ricordata facoltà delle parti di evitare consensualmente la conclusione dei contratti particolari¹⁷³. Del resto quando si stipula un contratto normativo bilaterale *“la decisione se concludere o no il contratto particolare ed utilizzare tale strumento per formarne il contenuto deve ancora essere presa da ciascuna parte. Essa è subordinata ad una duplice valutazione positiva, comune a tutte le parti, e cioè non soltanto ad un giudizio affermativo in ordine all'utilità di stipulare un contratto, ma anche in relazione all'utilizzazione, come (parte del) contenuto del medesimo, delle clausole concordate nell'accordo preparatorio”*¹⁷⁴.

Anche solo facendo riferimento a queste prime indicazioni la disciplina dell'art. 1467 c.c. sembra rimanere sullo sfondo per il contratto normativo.

Torniamo, quindi, al caso concreto, se si considera percorribile per la parte penalizzata dal sopraggiungere dell'eccessiva onerosità, l'alternativa di rifiutare legittimamente la riproduzione delle condizioni non più vantaggiose - individuate nel contratto normativo bilaterale (anche chiedendo alla controparte di modificare lo

Al contrario, se l'eccessiva onerosità colpisse unicamente il negozio particolare, resterebbe limitata a questo non implicando effetti sul contratto normativo, cfr. Trib. Roma, 6 febbraio 1960, in *Temi romana*, 1960, p. 545. Sulla rescissione degli accordi normativi (e dei contratti dagli stessi disciplinati) si veda L. GUGLIELMUCCI, *Considerazioni sulla rescissione dei contratti preparatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, p. 69.

¹⁷² Basti pensare al citato contratto di consorzio - battezzato dalla dottrina come un accordo normativo unilaterale avente natura di vero contratto - il quale, essendo un contratto associativo, non può possedere il requisito della sinallagmaticità. Ai contratti associativi manca il requisito della sinallagmaticità, poiché: *“Ciò che ciascuna parte conferisce o paga rappresenta un sacrificio economico, rispetto a cui il correlativo vantaggio di entrare a fare parte della società o dell'associazione non costituisce una controprestazione diretta ed immediata delle altre parti: anche queste ultime infatti, affrontano un sacrificio ed ottengono un vantaggio analogo, che risultano rispettivamente ed in ogni caso rivolti all'ente e da esso provenienti in funzione dello scopo comune del contratto”* cit. C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, 2011, p. 403.

Si scagliano contro l'esclusione dei contratti associativi dai contratti, cui può invece applicarsi il rimedio dell'eccessiva onerosità, sia R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *I rimedi per le sopravvenienze, Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 10, 3° ed., Torino, 2008, p. 679, sia V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 962. Sul tema anche F. GALGANO, *Il contratto plurilaterale*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2010, pp. 301 ss., il quale osserva: *“La nozione di contratto con comunione di scopo ha il merito di aver reso possibile la collocazione dei fenomeni associativi nell'ambito del diritto dei contratti”*.

¹⁷³ F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 64.

¹⁷⁴ Cit. G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 110.

stesso) - chiaramente quest'ultima agirà in tal senso¹⁷⁵. La pretesa dell'altro contraente di eseguire un accordo nel rispetto di condizioni di mercato che sono *medio tempore* mutate è, infatti, contraria al principio di buona fede e, quindi, non si paleserà il rischio per la parte onerata di subire una condanna al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.*¹⁷⁶.

Si pensi, all'esempio concreto del contratto di castelletto di sconto bancario¹⁷⁷, ossia al contratto tra banca e cliente, diretto a fissare il contenuto di futuri contratti di sconto ed a determinare il "*limite massimo di fido oltre il quale la banca stessa non prenderà in considerazione altre proposte di sconto*"¹⁷⁸. Una simile operazione negoziale, costituisce un'ipotesi di contratto normativo bilaterale, che consente alla banca di rifiutare lo sconto non solo alla presenza di titoli privi dei richiesti requisiti, ma anche laddove intervenga un mutamento delle circostanze considerevole, che faccia ragionevolmente venire meno la decisione presa dall'istituto di credito¹⁷⁹.

Leggermente diverso è il caso in cui l'eccessiva onerosità colpisca un contratto normativo di tipo unilaterale, la cui natura contrattuale sembra più certa, ma al quale sono per lo più ricondotte ipotesi prive del requisito della corrispettività delle prestazioni. Si tratta di norma di rapporti associativi¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Cfr. G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 154, il rifiuto dovrà dirsi arbitrario quando sia privo di idonea giustificazione e potrà certo consentire all'altra parte di chiedere il risarcimento del danno per interruzione colposa della trattativa ai sensi dell'art. 1337 c.c., infatti, durante le trattative le parti non sono legate da un contratto, ma in relazione al rapporto che si è venuto a creare si esige un certo comportamento da parte delle stesse.

¹⁷⁶ Così F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 64, si veda anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 892.

¹⁷⁷ Il castelletto di sconto è l'accordo con il quale la banca si impegna, entro il limite e per il periodo di tempo convenuto, a scontare a favore di un determinato soggetto gli effetti che lo stesso presenterà. Si tratta di una figura negoziale, dalla qualificazione controversa, generalmente inserita in un contratto di apertura di credito. L. PICARDI, *Castelletto di sconto e apertura di credito in conto corrente: collegamento e autonomia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 59.

¹⁷⁸ M. PORZIO, *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, II, Milano, 1978, pp. 507 ss..

¹⁷⁹ La particolare flessibilità di questo strumento nei rapporti tra banca e il cliente ne giustifica la preferenza rispetto al contratto preliminare.

¹⁸⁰ G. DI ROSA, *La joint venture*, in *Contratti di collaborazione*, a cura di Sirena, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 16, Torino, 2011, p. 1105, dichiara: "*In altri termini, caratteristica dei contratti plurilaterali (con comunione di scopo) appare che le prestazioni non sono oggetto di scambio reciproco, bensì parallele*".

In siffatta ipotesi, la parte gravata dall'eccessiva onerosità potrebbe avere interesse (qualora ve ne fossero i presupposti) a ricorrere alla risoluzione *ex art.* 1467 c.c., al fine di svincolarsi dall'obbligo di contenuto nei rapporti con terzi, a cui la stessa non intenda rinunciare¹⁸¹.

Senonché, anche per il contratto normativo unilaterale, si deve constatare che la parte appesantita dall'onerosità - piuttosto che intentare una gravosa ed incerta causa di risoluzione - potrebbe preferire concludere il contratto (a cui non intende rinunciare) con il terzo, discostandosi dal vincolo derivante dall'accordo normativo, anche a costo di subire una condanna al risarcimento del danno o un'eventuale sanzione di fonte contrattuale (si pensi ad una clausola penale a garanzia dell'osservanza del contenuto disciplinatorio)¹⁸².

Alla luce delle brevi osservazioni esposte, il ricorso all'eccessiva onerosità per il contratto normativo (ammessa e non concessa l'applicazione di tale disciplina in mancanza di un correlato obbligo *de contrahendo*) appare in ogni caso superfluo, residuale ed antieconomico, tanto che questa flessibile costruzione (contrattuale o meno) si mostra, in più circostanze, da sé un espediente confacente alla gestione delle sopravvenienze del rapporto.

Meritevole di attenzione è, anche, il contratto quadro o di coordinamento, essendo altrettanto diffuso nella prassi e caratterizzato da elementi che lo rendono affine sia al contratto preliminare sia a quello normativo. Il contratto quadro, oltre a predisporre il contenuto dei successivi contratti, comporta l'obbligo di conclusione dei medesimi, continuando a produrre i propri effetti fino al raggiungimento dei limiti quantitativi o al termine di scadenza¹⁸³.

¹⁸¹ Si ricorda che un rifiuto a concludere il contratto particolare non costituisce inadempimento del contratto normativo unilaterale, essendo peculiare di tale operazione negoziale.

¹⁸² F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 64.

¹⁸³ L'autonomia del contratto quadro è riconosciuta da V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, *Studi onore di Scorza*, 1940, pp. 721 e ss. e in *Riv. dir. com.*, 1940, II, pp. 21 ss., e da R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pp. 267 - 268. Quest'ultimo definisce contratti quadro i contratti di distribuzione: "In forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione, l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte: obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto, a condizioni predeterminate, dei prodotti da rivendere".

Parte della dottrina proprio per la comunanza di elementi con altre fattispecie contrattuali, non riconosce un'autonoma esistenza al contratto quadro, incasellandolo forzosamente ed ambiguamente nella disciplina del preliminare, che non sopravvive al definitivo, o nella disciplina del contratto normativo, che non impone alcun obbligo *de contrahendo*¹⁸⁴.

Francamente, si può pensare che l'accostamento tra contratto normativo e accordo quadro sia dovuto al fatto che il contratto normativo, autonomamente considerato, non riesce a rispettare la nozione di contratto in senso stretto e che in un accordo quadro è praticamente sempre ricompreso un accordo normativo¹⁸⁵.

Oltre che ricorrendo ad un accordo quadro, esigenza di vincolare i contraenti, ora per allora, potrebbe essere perseguita anche avvalendosi di un unico contratto che si protrae nel tempo, in una serie di prestazioni periodiche o successive. Si pensi ad esempio a un mandato cui seguono le relative istruzioni.

¹⁸⁴ Tale tendenza è anche dalla giurisprudenza basti solo osservare la massima dianzi riprodotta sulla concessione di vendita. Cfr. C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, p. 322, nota 20 e S. MAIORCA, *Normativo (contratto)*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, XII, 1995, p. 213, *contra* D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionvertrag, Vorrecthoertrag*, 1965, Berlin-Tubingen, p. 117.

Negli Stati Uniti, il contratto normativo e l'accordo quadro potrebbero essere considerati *umbrella agreement*: "What differentiates umbrella agreements from other contractual agreements is, therefore, not the time horizon of the contractual arrangement but its function; and the function of an umbrella agreement is to supply clauses that can be used in a defined set of transactions" cit. S. MOUZAS, K. BLOIS, *Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*, Paper presented at 24th IMP Conference, Uppsala, Sweden, 2008, p. 9.

Si veda, invece, con specifico riferimento ai contratti aperti il testo di M.P. GERGEN, *The Use of Open Terms in Contract*, *Colum. L. Rev.*, 1992, 92, p. 997, secondo cui: "Yet contracts with open terms are attractive despite their defects, because they align individual risk and joint risk at the time of contracting better than do contracts with fixed performance terms".

¹⁸⁵ Si pensi al contratto di conto corrente (al quale è attribuita la qualifica di contratto normativo, avendo la funzione di regolare i rapporti che verranno ad instaurarsi in futuro tra i contraenti): se è pur vero che il servizio di cassa in favore del cliente - proprio del conto corrente - potrebbe in astratto essere assunto del tutto indipendentemente dall'esistenza di un deposito o di un'apertura di credito, è parimenti innegabile che le banche non siano disposte ad aprire un conto corrente se il cliente non versa denaro o se non è concessa un'apertura di credito, sul punto V. FARINA, *La ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 11, pp. 777 ss..

Si pensi, inoltre, al contratto di sconto, inteso per alcuni come un mezzo di attuazione (o esecuzione) di un principale contratto di apertura di credito, nella cui struttura esso finisce in buona parte per confluire, perdendone la propria autonomia.

Tale modalità operativa si differenzia, però, dall'accordo quadro, poiché in quest'ultimo sono definiti solo i principali elementi negoziali, mentre gli altri troveranno determinazione nei successivi singoli contratti¹⁸⁶.

Analizziamo, dunque, le differenze tra il contratto ad esecuzione ripartita e l'accordo quadro, con riferimento all'ipotesi in cui ciascuno di essi sia colpito da eventi sopravvenuti.

Se in un contratto ad esecuzione ripartita e periodica dovessero subentrare turbative di valore - tali da giustificare il ricorso all'eccessiva onerosità sopravvenuta - la risoluzione produrrà effetti sull'intero rapporto, ad eccezione degli atti che abbiano già trovato esecuzione, come previsto dall'art. 1458 c.c.¹⁸⁷.

L'art. 1458 c.c. riconosce, infatti, un effetto retroattivo (tra le parti) alla risoluzione del contratto, salvo che per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

¹⁸⁶ Per comprendere meglio questa ripartizione potrebbe essere interessante riprendere il dibattito attinente alle caratteristiche strutturali dell'operazione negoziale di prestazione di un servizio di investimento, in relazione alla quale si registrano due diversi orientamenti interpretativi: "il primo è quello secondo cui l'operazione d'investimento si sostanzierebbe nella conclusione di un unico contratto di mandato, costituito dalla convenzione generale di negoziazione, mentre i singoli ordini di acquisto sarebbero semplici istruzioni o direttive impartite dal mandante al mandatario ex art. 1711 c.c.; il secondo, preferibile, è quello secondo cui l'operazione negoziale di investimento si articolerebbe nella conclusione di un previo accordo generale fra l'intermediario e il cliente - appunto, il «contratto quadro» - e di successivi autonomi contratti di compravendita di strumenti finanziari, esecutivi dello stesso. Scendendo maggiormente nel dettaglio, il contratto quadro è, secondo tale ricostruzione, un accordo con il quale «le parti programmano future (e non ancora definite) operazioni contrattuali di investimento, regolandone preventivamente le condizioni», il quale deve essere nettamente distinto dalle singole operazioni di investimento [...]» cit. A. CAMEDDA, *L'attività di consulenza finanziaria tra autonomia e propedeuticità ai contratti di investimento (una questione in tema di responsabilità civile dell'intermediario finanziario)*, in *Resp. civ. e prev.*, f. 6, 2012, p. 2045.

¹⁸⁷ Si segnala una recente sentenza con la quale la Corte ha applicato la risoluzione parziale del contratto ad un particolare caso di contratto istantaneo con prestazioni distinte e frazionabili, parzialmente eseguito: "La risoluzione parziale del contratto, esplicitamente prevista dall'art. 1458 c.c. in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, deve ritenersi possibile anche nell'ipotesi di contratto ad esecuzione istantanea, quando l'oggetto di esso sia rappresentato non da una sola prestazione, caratterizzata da una sua unicità e non frazionabile, ma da più cose aventi una distinta individualità, il che si verifica allorché ciascuna di esse, separata dal tutto, mantenga una propria autonomia economico-funzionale che la renda definibile come un bene a sé stante e come possibile oggetto di diritti o di autonoma negoziazione" cit. Cass., 2 luglio 2013, n. 16556, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

Con riferimento all'accordo quadro troverà, invece, applicazione il principio *simul stabunt, simul cadent*¹⁸⁸, per cui la risoluzione per eccessiva onerosità, oltre a travolgere il contratto quadro, scioglierà pure i contratti attuativi *“concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia”*¹⁸⁹.

Senonché, anche nell'ipotesi di accordo quadro potrebbero porsi dei limiti all'estensione retroattiva dell'effetto risolutivo. La Suprema Corte ha, infatti, esteso l'irretroattività della risoluzione, prevista per i contratti ad esecuzione continuata e periodica *“analogicamente anche nell'ipotesi in cui le diverse prestazioni di una pluralità di contratti ad esecuzione istantanea (nella specie: vendite) si ricollegano tutte ad un unico complesso rapporto”*¹⁹⁰.

In particolare, la Cassazione ha equiparato un accordo quadro di rivendita autorizzata e le singole vendite successive (allo stesso collegate), ad unico ampio rapporto di durata, in considerazione del quale le vendite attuative già concluse seguirebbero la sorte stabilita dall'art. 1458 c.c. per le prestazioni già eseguite¹⁹¹.

¹⁸⁸ Una applicazione significativa degli effetti della risoluzione sui contratti collegati è stata prevista dal legislatore europeo nella direttiva 2008/48, in tema di credito al consumo, trasposta poi nella legislazione interna, secondo cui nei contratti di credito collegati la risoluzione del contratto di fornitura per inadempimento del venditore/prestatore fa sorgere, in capo al consumatore, il diritto di richiedere anche la risoluzione del contratto di finanziamento collegato.

¹⁸⁹ Cit. Cass., 18 settembre 2012, n. 15640, in *Diritto e Giustizia* online, 2012: *“In particolare, ove si tratti di una pluralità di negozi connessi, il collegamento deve ritenersi occasionale quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo causalmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicché la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano. Il collegamento è invece funzionale quando i diversi e distinti negozi, cui le parti danno vita nell'esercizio della loro autonomia negoziale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia”*. Il collegamento negoziale sussiste, quindi, quando una pluralità di negozi distinti per struttura, sono unilateralmente o bilateralmente dipendenti, sicché la nullità, l'annullamento e la risoluzione dell'uno si ripercuote sugli altri causandone la caducazione per il medesimo titolo, così G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 1. Estende l'obbligo di rinegoziare - di cui parleremo nel successivo Capitolo III - anche ai contratti collegati il Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117. Nell'ipotesi dei contratti collegati la rinegoziazione riguarderebbe l'insieme dei contratti facenti parti della medesima operazione negoziale e inscindibilmente legati da un nesso teleologico.

¹⁹⁰ Cass., 7 novembre 1984, n. 5626, in *Arch. civ.*, 1984, p. 584.

¹⁹¹ La medesima *ratio* è stata in seguito utilizzata da una decisione del Tribunale di Bari per estendere la tesi dell'obbligo di negoziare (propria dei contratti di durata) alle ipotesi di contratti collegati, cfr. F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, commento all'ordinanza Trib. Bari, 31 luglio

La statuizione della Suprema Corte appare ragionevole se si considera che i contratti istantanei, che hanno trovato attuazione prima del verificarsi dell'evento sopravvenuto (e quindi quando la convenzione quadro era valida), sono oramai totalmente immuni ed indifferenti all'alterazione di valore incidente sull'equilibrio dell'accordo quadro¹⁹².

A completamento del presente Paragrafo relativo all'accordo quadro, è utile porre l'attenzione sull'ampio ricorso operato nella prassi bancaria a tale strumento.

Le banche si avvalgono di accordi quadro in operazioni per lo più di durata, riguardo alle quali appare verosimile che il decorso del tempo incida sull'andamento dei parametri economici di riferimento¹⁹³. Il largo utilizzo di un simile strumento extracodistico sembra confermare l'inadeguatezza del codice civile a regolare la realtà attuale del rapporto banca-cliente¹⁹⁴.

Anche in questo settore l'applicazione all'art. 1467 c.c., pur essendo ipotizzabile, sembra avere una portata ridotta. Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e le autorità di settore hanno, infatti, precisamente regolato molte delle sopravvenienze riferibili ai contratti bancari¹⁹⁵.

Esemplare, al riguardo, è il riconoscimento da parte dell'ordinamento del potere per l'istituto bancario di variare unilateralmente le condizioni contrattuali¹⁹⁶.

2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 120. Con riferimento all'obbligo di rinegoziare si rinvia al Capitolo III.

¹⁹² La massima riprodotta costituisce un precedente isolato. La fattispecie aveva ad oggetto un rapporto continuativo di rivendita autorizzata di prodotti chirurgico-sanitari, in esecuzione del quale le parti avevano stipulato diversi contratti di compravendita degli articoli di volta in volta occorrenti, risolto il contratto, la rivenditrice autorizzata aveva fatto valere il collegamento, con alcune vendite eseguite alcuni giorni prima della risoluzione, al fine di ripetere il prezzo versato. Critico sulla sentenza citata è G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 40.

¹⁹³ Cit. A. NERVI, *La trasparenza bancaria*, in *L'attività delle banche* a cura di A. Urbani, 2010, p. 42.

¹⁹⁴ L. PICARDI, *Castelletto di sconto e apertura di credito in conto corrente: collegamento e autonomia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 59.

¹⁹⁵ La clausola di *ius variandi*, costituisce oggettivamente uno strumento di adeguamento del contratto a circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione o a un mutato assetto di interessi; nella prassi bancaria le banche procedono a variazioni secondo valutazioni solo in parte oggettive, tenendo conto, altresì, di aspetti non propriamente contingenti, bensì legati a esigenze gestionali e alle condizioni soggettive dei contraenti, così A. SCARPELLO, *Jus variandi e strumenti di tutela del contraente*, relazione al V congresso giuridico per l'aggiornamento forense, Roma, 12 marzo 2010.

¹⁹⁶ L'esigenza di modificare unilateralmente i tassi d'interesse e le altre condizioni economiche individuate nel contratto è stata accolta dal legislatore, che ha dato una risposta positiva alle istanze del ceto bancario individuando precise tutele per il cliente, onde evitare che quest'ultimo si trovasse

Sul punto si rileva che si sta “*facendo strada*” l’idea - accolta anche da alcune decisioni dell’Arbitro Bancario Finanziario¹⁹⁷ - che sarebbero le sopravvenienze imprevedibili (e non rientranti nell’alea propria del contratto) a giustificare lo *ius variandi* della banca¹⁹⁸. In altre parole, secondo questa tesi l’art. 1467 c.c. non sarebbe altro che un’ipotesi costitutiva dello *ius variandi* bancario¹⁹⁹. Si viene così ad aprire un ponte tra la disciplina bancaria e quella codicistica dell’eccessiva onerosità sopravvenuta.

A onor del vero, è possibile concepire lo *ius variandi*²⁰⁰, rinvenibile nelle clausole di pressoché tutti i contratti bancari, come specifico strumento utilizzato dalla banca per gestire (tendenzialmente a proprio vantaggio) le sopravvenienze²⁰¹.

vincolato ad un rapporto caratterizzato da condizioni economiche diverse da quelle inizialmente previste.

La facoltà riconosciuta all’istituto di credito deve essere originariamente pattuita nel contratto. Si osservi, in proposito, che nell’art. 118 t.u.b. (così come riformulato dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141) il legislatore distingue i contratti a tempo indeterminato (dove la facoltà di variazione è più estesa) da quelli a tempo determinato (ove la stessa può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi a oggetto i tassi di interesse, cfr. art. 118, comma 1). Per l’esercizio dello *ius variandi* deve sussistere un giustificato motivo e bisogna che la banca effettui una comunicazione al cliente, al quale viene riconosciuto il diritto di recedere dal contratto. Ugualmente, la disciplina in questione è applicabile ai contratti aventi ad oggetto servizi di pagamento, così come previsto dall’art. 126 *sexies*, comma 2, t.u.b.. Confrontando i due articoli sembra potersi ricavare che il nuovo testo dell’art. 118 è costruito in termini di un vero e proprio diritto potestativo dello *ius variandi*, rispetto all’art. 126 *sexies* che regola una sequenza procedimentale assai diversa per i servizi di pagamento, meglio riconducibile all’interno di un meccanismo di modifica convenzionale, così M. GAMBINI, *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2012, p. 415.

¹⁹⁷ ABF Milano, n. 98/2010 (Est. Lucchini Guastalla) e ABF Milano, n. 249/2010 (Est. Sciarione Alibrandi).

¹⁹⁸ A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in *Ius variandi bancario, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura A.A. Dolmetta e A. Sciarione Alibrandi, Milano, 2012, p. 44, dubbioso su siffatta ricostruzione dogmatica di A. SCIARRIONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi, oltre la trasparenza?*, Atti del Convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, p. 76.

¹⁹⁹ A. SCIARRIONE ALIBRANDI e G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in *Ius variandi bancario, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura di A.A. Dolmetta e A. Sciarione Alibrandi, Milano, 2012, p. 88, riassumono come segue l’orientamento che riconduce lo *ius variandi* all’art. 1467 c.c.: “Il giustificato motivo consiste in un fatto successivo alla conclusione del contratto, che, nella sostanza, altera (quantomeno nel suo valore economico) l’assetto degli interessi dei contraenti così come programmato dal contratto stesso, senza che l’alterazione fosse prevedibile al tempo dell’atto - se diversa dall’inadempimento o dal deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore - né il fatto imputabile al contraente a favore del quale sia previsto il *ius variandi*”.

²⁰⁰ Un’importante regola grammaticale impone di anteporre a *ius variandi* l’articolo determinativo “il”. Tuttavia la fonetica declina senz’altro l’articolo “lo” così è introdotto il libro a cura di A.A. DOLMETTA e A. SCIARRIONE ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, in *Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012.

Quest'ultimo, pur essendo rimesso alla decisione dei contraenti (più che altro a quella della banca) incontra precisi limiti nella legge. Si tratta, quindi, di un dispositivo di gestione delle sopravvenienze che si colloca un gradino più in basso degli strumenti di tipo pattizio e un gradino più in alto di quelli normativi (come l'art. 1467 c.c.).

Tra gli esempi di contratti bancari concepiti come accordo quadro, oltre al contratto di investimento²⁰², sulla cui articolazione ancora si discute²⁰³, si deve annoverare il contratto tipico di apertura di credito.

L'apertura di credito costituisce, nella pratica, il più diffuso strumento di credito a breve termine "col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un certo periodo di tempo o a tempo indeterminato" (art. 1842 c.c.). Rispetto a questo nucleo essenziale e tipico, i singoli atti di utilizzazione del cliente non possono essere qualificati come atti esecutivi, bensì come contratti autonomi collegati, in relazione ai quali l'apertura di credito funge da contratto quadro²⁰⁴.

²⁰¹ L'istituto dello *ius variandi* attribuisce ad un contraente la facoltà di modificare l'assetto del rapporto originariamente pattuito. L'ordinamento delega il controllo dell'economia del rapporto ad una sola parte in quanto con ogni probabilità questa parte - per *status*, capacità, informazioni - è meglio in grado dell'altra di monitorare costantemente la funzionalità del contratto, così R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 128.

²⁰² Si parla "contratto quadro" riferendosi al contratto a monte degli ordini nelle operazioni di investimento, e che "funge per così dire da reticolo di base nel quale si inseriscono i singoli rapporti operativi (di prestazione) ogni volta che siano voluti dalle parti" cit. C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, I, pp. 314 e 315. Castronovo si riferisce al contratto quadro d'investimento chiamandolo "contratto scritto" ed evocando la rozza espressione dell'art. 6, lett. c) della legge 2 gennaio 1991, n. 1.

²⁰³ Sulla natura del contratto di investimento si veda tra gli altri B. BERARDICURTI, *I contratti di investimento e l'efficacia adesiva delle "Sentenze Rordorf"*, in *Giur. it.*, 2014, 10, p. 2165, secondo cui il contratto di investimento mostra evidentemente una natura trifasica, articolandosi: (i) nella stipulazione di un contratto quadro; (ii) nella fase intermedia, caratterizzata da flusso informativo che l'intermediario fornisce, ed acquisisce, dal cliente al fine di consentire a quest'ultimo di formare compiutamente la propria volontà di acquisto di uno specifico titolo; ed infine (ii) nell'esecuzione dell'ordine conferito al cliente da parte dell'intermediario.

²⁰⁴ Cit. L. BARBIERA, G. GENTILE, *Diritto della banca e dei contratti bancari*, Padova, 2003, p. 231. A favore di tale orientamento anche V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, *Studi onore di Scorza*, 1940, pp. 721 e ss. e in *Riv. dir. com.*, 1940, II, pp. 21 ss..

A supplemento di quanto detto si osservi che l'apertura di credito - essendo un contratto oneroso, non aleatorio²⁰⁵ e a prestazioni corrispettive²⁰⁶ - ben potrebbe, per le variazioni che non trovino conforto nei rimedi del testo unico bancario, essere risolto ai sensi dell'art. 1467 c.c..

²⁰⁵ Il contratto di apertura di credito non è aleatorio perché le parti conoscono in anticipo le condizioni applicabili al rapporto.

²⁰⁶ Il contratto di apertura di credito è a prestazioni corrispettive perché la banca si obbliga a mettere a disposizione le somme e il cliente a corrispondere gli interessi, così C.G. CORVESE, *L'apertura di credito*, in *L'attività delle banche* a cura di A. Urbani, 2010, pp. 125 ss..

2.4 L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel preliminare unilaterale e nell'opzione

Al fine di rendere completa l'indagine iniziata nel precedente Paragrafo 2.2 sul contratto preliminare, non è possibile disinteressarsi dei casi in cui le sopravvenienze colpiscono il preliminare unilaterale²⁰⁷.

Come saggiamente evidenziato dalla dottrina, la funzione del contratto preliminare, con obblighi a carico di una sola parte, differisce da quella del preliminare con vincolo per entrambi i contraenti²⁰⁸.

Miratamente, la conclusione di un preliminare unilaterale consente solo all'avente diritto di rimandare la propria decisione, in ordine alla conclusione del definitivo, fino all'ultimo giorno utile per l'esercizio del diritto - eventualmente speculando sulle fluttuazioni del mercato - e di ricorrere, qualora fosse necessario, all'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*²⁰⁹.

L'assenza di contropartita per la parte vincolata alla conclusione del contratto costituisce la principale peculiarità del contratto preliminare unilaterale. Quest'ultima dovrebbe, in ogni caso, avere un interesse alla stipulazione di un simile rapporto, ad esempio di tipo promozionale, reclamistico o tutelativo della scelta consapevole della controparte²¹⁰.

Da un punto di vista formale, il vincolo unilaterale si perfeziona in difetto di tempestivo rifiuto del destinatario, ai sensi del comma 2, dell'art. 1333 c.c..

²⁰⁷ A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 345.

²⁰⁸ Il preliminare unilaterale è l'accordo con il quale una sola parte si obbliga a prestare il consenso al definitivo.

²⁰⁹ G. GABRIELLI, *Contratto preliminare (Sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1993, p. 152 ss. e R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 271. Si veda anche G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006, pp. 391 e ss..

²¹⁰ R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 279, osserva che un preliminare unilaterale privo di una giustificazione, diversa dal mero intento liberale, per essere valido dovrebbe avere la forma della donazione. G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 65, invece, sostiene che la giustificazione al preliminare unilaterale può essere la corresponsione da parte del destinatario della promessa di un premio, ossia una promessa pecuniaria posta a carico della parte non vincolata alla manifestazione di volontà, che non modifica la caratteristica dell'unilateralità sostanziale del preliminare, poiché: "Il premio è una prestazione eventuale, che non ha la funzione del corrispettivo, non rientrando nelle funzioni necessarie del tipo legale".

Ricostruito per sommi capi lo scheletro del preliminare unilaterale, l'analisi delle sopravvenienze che possono colpirlo sembrerebbe evocare la singolare formulazione di cui all'art. 1468 c.c., secondo cui: *"In un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità"*.

Il citato dettato normativo precluderebbe, dunque, la risoluzione di un preliminare unilaterale per eccessiva onerosità sopravvenuta, offrendo alla parte colpita un mero adeguamento riduttivo o esecutivo²¹¹.

Tale deduzione, seppur avvalorata da una parte della dottrina, non può ad ogni buon conto trascurare le prerogative del preliminare unilaterale.

Invero, il preliminare unilaterale è un'operazione negoziale con cui si pone a carico di una sola parte l'obbligazione di stipulare il successivo contratto definitivo, che è, però, nella maggior parte dei casi, a prestazioni corrispettive²¹².

In virtù di una simile considerazione - combinata con gli esiti raggiunti nel precedente Paragrafo 2.2 che impongono di misurare l'eccessiva onerosità sopravvenuta con riferimento all'equilibrio del contratto definitivo i cui termini sono già enunciati nel preliminare²¹³ - l'unica soluzione percorribile, ove si tratti di un preliminare unilaterale relativo ad un definitivo con obbligazioni per entrambe le parti, appare la risoluzione, liberatoria dell'obbligo *de contrahendo*, di cui all'art. 1467 c.c. (e non, quindi, l'adeguamento di cui al successivo art. 1468 c.c.)²¹⁴.

Viceversa, è corretto invocare la *reductio ad aequitatem*, di cui all'art. 1468 c.c., per il preliminare che obblighi alla stipulazione di un definitivo unilaterale, la cui prestabilita obbligazione sia divenuta, ancor prima della conclusione del contratto definitivo, straordinariamente ed imprevedibilmente gravosa.

A scanso di equivoci, si ribadisce che l'eventuale modifica equitativa del rapporto, ai sensi dell'art. 1468 c.c., non incide sull'obbligazione di tenere vincolata

²¹¹ Così G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 77, secondo cui del vincolo unilaterale può essere chiesta solo la *reductio ad aequitatem* ai sensi dell'art. 1468 c.c.

²¹² Si veda anche la tesi di R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 704.

²¹³ Per chiarezza si riporta quanto precisato nel Paragrafo 2.2.

una sola parte, bensì su tale obbligo rapportato alla prestazione (divenuta eccessivamente onerosa) che troverà attuazione nel definitivo.

Per completezza è necessario, altresì, richiamare l'opinione più netta di chi - considerando confacente al preliminare con una sola obbligazione unicamente la risoluzione - rammenta che gli ambiti di applicazione degli artt. 1467 e 1468 c.c. non sarebbero *“separati da quella profonda barriera che la loro lettera potrebbe far pensare”*²¹⁵.

Il contratto preliminare unilaterale non è l'unico in cui si presenta come dubbia l'applicazione dell'art. 1468 c.c.; un altro esempio è il contratto di opzione²¹⁶, almeno nell'ipotesi in cui al diritto di opzione non corrisponda una remunerazione, che farebbe diversamente ricadere il contratto nella disciplina dell'art. 1467 c.c.²¹⁷.

A fronte della diffusa applicazione nella prassi, l'analisi del contratto di opzione richiede una trattazione specifica. All'opposto, non saranno oggetto di

²¹⁴ E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, p. 231.

²¹⁵ Cit. R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 704, secondo cui: *“Se il preliminare unilaterale dipende da un contratto a prestazioni corrispettive, esso potrebbe essere rettificato o risolto, e in quest'ultimo caso il creditore che subisce la risoluzione ripeterebbe il prezzo pagato. Ma la difficoltà inizia quando il contratto preliminare sia esso unilaterale. La riduzione della prestazione negoziale dedotta nel preliminare non riparerrebbe al pregiudizio. Il rimedio deve incidere sulle prestazioni dedotte nel definitivo, altrimenti non raggiunge lo scopo”*.

Si veda, in merito, Cass., 10 agosto 1953, n. 2694, in *Foro it.*, 1954, I, p. 1276, la quale nell'accordare la risoluzione di un preliminare di compravendita per onerosità sopravvenuta, verificatasi quando la proposta irrevocabile era in attesa di accettazione, ha esteso tale soluzione ai casi in cui l'onerosità intervenga dopo la formazione del preliminare unilaterale e prima dell'accettazione da parte del promissario acquirente.

²¹⁶ La sentenza Cass., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1626, distingue il contratto preliminare unilaterale dalla proposta irrevocabile e dall'opzione, evidenziando come il primo per il perfezionamento del definitivo richieda una successiva manifestazione di volontà, al contrario dell'opzione e della proposta irrevocabile che richiedono una dichiarazione unilaterale dalla parte favorita. Utile a comprendere le differenze è anche Cass., 26 marzo 1997, n. 2692, in *Mass. Foro it.*, 1997, p. 469: *“Il contratto preliminare unilaterale è un contratto in sé perfetto e autonomo, ancorché con obbligazioni a carico di una sola parte, rispetto al contratto definitivo, mentre l'opzione non è che uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e, successivamente, l'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto: accordo questo la cui identificabilità è rimessa al giudice di merito, che deve far riferimento al comune intento negoziale”*.

²¹⁷ In proposito, si precisa che non pochi sono gli autori che fondano la differenza tra opzione e proposta irrevocabile sul necessario corrispettivo richiesto dalla prima. Siffatta tesi è riscontrabile anche nella giurisprudenza, in particolare: App. Milano, 11 marzo 1997, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 805 ss., in *Giur. it.*, 1998, p. 488 e in *Riv. not.*, 1997, II, pp. 1493 ss., ove si riconosce la nullità dell'attribuzione del diritto di opzione avvenuta senza la specificazione di alcun diritto che la giustifichi e la renda meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

illustrazione né la proposta unilaterale né il patto di riscatto, trattandosi di mere frazioni di un contratto principale che di regola subiscono la sorte del medesimo²¹⁸.

Con la costituzione di un diritto di opzione si crea, per un certo periodo di tempo, un vincolo del proponente alla propria proposta (considerata irrevocabile per gli effetti dell'art. 1329 c.c.) che lascia, invece, libero l'altro contraente di addivenire alla conclusione del contratto con la semplice dichiarazione di accettazione²¹⁹.

L'opzione configura, quindi, un contratto preparatorio che nel traffico giuridico assume multiformi varietà. L'opzione può essere ad esempio prevista da un contratto *ad hoc* oppure essere inserita in un contratto già vigente tra le parti²²⁰.

²¹⁸ Per la precisione la giurisprudenza in taluni casi ha ammesso risoluzione della proposta irrevocabile per eccessiva onerosità sopravvenuta: Cass., 20 marzo 1952, n. 739, in *Giur. completa Cass. civ.* 1952, 1, p. 611; Cass., 19 aprile 1958, n. 1300, in *Rep. giust. civ.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 570.

Si vedano in merito: R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 705, secondo cui: "La giurisprudenza riconosce la rimediabilità della proposta unilaterale divenuta onerosa; ma per non ammettere la contestazione di una semplice proposta, differisce il rimedio alla fase successiva alla conclusione del contratto. Vale a dire: l'oblato avrebbe diritto di concludere il contratto; e l'offerente avrebbe diritto di risolverlo"; F. CARRESI, *Il contratto*, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XII, 2, Milano, 1987, p. 763, secondo cui: "Sarebbe antieconomico imporre al proponente l'onere di promuovere un giudizio per sciogliersi da un vincolo (che, oltre ad essere strumentale, è anche per sua natura provvisorio) quando potrebbe cautelarsi in maniera adeguata comunicando all'oblato, l'esistenza delle circostanze che, nel caso in cui il contratto si formasse, lo legittimerebbe ad agire o per la sua risoluzione o per il suo annullamento". La tesi è sposata anche da App. Bari, 7 marzo 1946, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, p. 133. Si cfr. anche E. PEREGO, *I vincoli preparatori e il contratto*, Milano, 1974, p. 27.

Interessante sull'argomento è la trattazione di F. REALMONTE, *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996, p. XIII, ove l'autore cerca di ricostruire i rapporti giuridici preparatori, evidenziando la tendenza europea ad estendere l'area dei rapporti obbligatori senza obbligo primario di prestazione.

Si sottolinea che la differenza tra proposta irrevocabile ed opzione è netta almeno dal punto di vista classificatorio, essendo la prima una proposta e la seconda un contratto. Pertanto, la dichiarazione nell'opzione rimane ferma per il generale principio di vincolatività del contratto. Diversa è inoltre la disciplina relativa al termine. La proposta irrevocabile senza termine ha natura di proposta semplice, al contrario in presenza di un'opzione senza l'indicazione di un termine ci si potrà avvalere della disciplina *ex art. 1183, comma 2, c.c.*, sul punto si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., pp. 262 ss.. La distinzione tra i due istituti viene, invece, fondata da R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 322, nella causa onerosa dell'opzione.

²¹⁹ Si veda A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmondo, Milano, 1996, p. 61.

La scadenza dell'opzione può essere articolata secondo il modello europeo, che consente di esercitarla solo a scadenza o secondo il modello americano che consente di esercitare il diritto di opzione durante tutto il periodo precedente alla scadenza, di conseguenza, in qualsiasi momento si può decidere (a seconda del tipo di opzione, *call* o *put*) di acquistare o vendere.

²²⁰ "Il patto d'opzione può accedere a qualsiasi contratto, il che vuol dire che può essere stipulato nell'iter formativo di qualsiasi contratto; può costituire un contratto autonomo sotto qualsiasi punto di vista, può

La distinzione tra preliminare unilaterale ed opzione non è sempre facile da individuare²²¹, ciononostante può osservarsi che:

(i) con il primo il promittente assume un obbligo di stipulare il definitivo successivamente alla dichiarazione favorevole di controparte. Il definitivo richiede, quindi, una nuova manifestazione di volontà (di entrambi i contraenti, se il definitivo è a prestazioni corrispettive) che potrà essere ottenuta attraverso l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c., nel caso in cui l'obbligato si rifiuti di prestarla;

(ii) ricorrendo ad un contratto di opzione, invece, il concedente assume una posizione di soggezione in correlazione al diritto potestativo dell'opzionario. In questa ipotesi è la mera dichiarazione unilaterale del beneficiario a determinare la conclusione del rapporto finale²²².

Un altro problema rimasto aperto, in materia di opzione, è la sua corrispettività.

costruire una clausola di un contratto tipico trasformandone la formazione rispetto a quella ordinaria, può infine formare oggetto di una clausola di un contratto già perfetto e riguardante una futura attività contrattuale tra le stesse parti" cit. G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2° ed., Milano, 1991, p. 88.

Si vedano anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., pp. 261 ss. e F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, pp. 114 e ss..

²²¹ Un'autorevole dottrina (G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 308), oramai superata, riconduceva il contratto preliminare unilaterale all'opzione (definendolo come un patto di opzione avente ad oggetto un preliminare bilaterale), seppur quest'ultima sia maggiormente vantaggiosa.

E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, p. 36, precisa che l'effetto tipico di ciascuna fattispecie è diverso: l'opzione permette la conclusione del contratto finale con l'esercizio positivo del diritto di opzione stesso, il preliminare genera un diritto alla conclusione del definitivo.

²²² Così G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 186.

Si cfr. anche V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, pp. 157 ss. e C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., p. 186, il quale nell'enunciare i caratteri distintivi si sofferma sulle regole interpretative che devono individuare l'interesse concretamente perseguito dalle parti. Pertanto, in sede di interpretazione dovrà escludersi che si tratti di preliminare se il dichiarante assume un obbligo in ordine al contratto solo se la parte avrà deciso positivamente, configurandosi in tal caso un'opzione o una proposta irrevocabile di un preliminare o di un definitivo. Per la distinzione si ripercorre la sentenza Cass., 26 marzo 1997, n. 2692, in *Mass. Foro it.*, 1997, p. 469: "Il contratto preliminare unilaterale è un contratto in sé perfetto e autonomo, ancorché con obbligazioni a carico di una sola parte, rispetto al contratto definitivo, mentre l'opzione non è che uno degli elementi di un fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente a oggetto l'irrevocabilità della proposta e, successivamente, dall'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto".

Infatti, nonostante giurisprudenza e dottrina maggioritaria riconoscano la validità di un'opzione gratuita o priva di causa onerosa²²³, è riscontrabile sul punto una decisione della Corte di Appello di Milano, secondo cui l'opzione può validamente sorgere solo quando *“trovi una contropartita in analoghi impegni - a carattere preliminare o preparatorio - posti a carico della parte nei cui confronti viene fatta la proposta, ovvero venga pattuito per essa un corrispettivo in denaro (c.d. premio)”*²²⁴.

Va da sé che nella prassi sia spesso pattuito un corrispettivo proprio per attribuire una causa all'opzione²²⁵. Nondimeno, ove il corrispettivo non sia previsto in modo espresso, il diritto di opzione potrà essere giustificato da un sacrificio non immediatamente quantificabile, ma pur individuabile nella più ampia operazione contrattuale in cui è inquadrato²²⁶.

²²³ Tra gli autori a favore dell'opzione gratuita si segnala: A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 491. In giurisprudenza: Cass., 6 aprile 1981, n. 1944, Cass., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2272; Trib. Bari, 23 giugno 2009, in *Contratti*, 2010, p. 149 e in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Contratto in generale*, n. 369 e Trib. Milano, 3 ottobre 2013, n. 12213, in *Redaz. Giuffrè*, 2013 e in <http://www.giurisprudenzadelleimprese.it>.

²²⁴ Cit. App. Milano, 11 marzo 1997, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 805 ss., in *Giur. it.*, 1998, p. 488 e in *Riv. not.*, 1997, II, pp. 1493 ss. che a sua volta richiama altre due sentenze della Cassazione (le quali di fatto riguardano contratti con effetti traslativi definiti): (i) Cass., 21 luglio 1965, n. 1299, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1412 e (ii) Cass., 20 novembre 1992, n. 24101, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1506. Quest'ultima in particolare afferma che: *“Nei contratti a prestazioni corrispettive il difetto di equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni e, a maggior ragione, il difetto tout court della pattuizione di un corrispettivo o comunque della ragione della prestazione prevista comporta l'assoluta mancanza di causa”*.

Sulla questione si veda G. LOMBARDI, *E' valida l'opzione c.d. "gratuita"? - il commento*, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 805 ss. e M. VENTRICINI, *Il contratto d'opzione: le problematiche, l'ammissibilità della mancata previsione di un corrispettivo e il rapporto con l'art. 1333 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2005, 7 - 8, p. 298. Successivamente questa tesi è stata confutata dalla stessa Corte d'Appello di Milano (App. Milano, 27 luglio 2011, n. 2280, in *I Contratti*, 2011, p. 1085, con nota di A. PAGANINI, *L'opzione e le figure affini: gratuità o onerosità dell'opzione*) secondo cui: *“Anche a voler prescindere dal rilievo che nella fattispecie in esame l'opzione si inserisce in una complessa operazione economica dalla quale entrambe le parti (appellante e appellato) traggono cospicui vantaggi patrimoniali, va detto che l'opzione, quale figura contrattuale tipica, è dotata di causa meritevole di tutela legale, né si caratterizza come negozio necessariamente od essenzialmente oneroso, ben potendosi ipotizzare tale contratto come a titolo gratuito col quale come noto una sola parte riceve e l'altra sopporta un sacrificio, rimanendo tuttavia estraneo ogni spirito di liberalità in capo a quest'ultima”*.

Si cfr. A. PAGANINI, *L'opzione e le figure affini: gratuità o onerosità dell'opzione*, commento ad App. Milano, 27 luglio 2011, n. 2280, in *I Contratti*, 2011, pp. 1085 ss..

²²⁵ Fonda l'opzione su una causa onerosa R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 322.

²²⁶ P. DIVIZIA, *Patto di opzione con onerosità non apparente. Rielaborazione del concetto di opzione senza corrispettivo nell'ottica notarile*, in *Vita Not.*, 2009, 3, p. 1709. Sul punto anche F.C. FOLLIERI e G. RUSSO, *L'ammissibilità dell'opzione gratuita. Una questione ancora aperta*, in *I Contratti*, 2015, p. 304.

Si veda, inoltre la decisione del Trib. Milano, 24 aprile 2006, in *Giur. it.*, 11, 2006, p. 2093, che statuisce: *“L'opzione di vendita di un pacchetto azionario (c.d. "put"), da esercitarsi per un tempo determinato e un prezzo minimo prefissato, non è gratuita, nonostante la mancata pattuizione di un premio, in quanto collegata ad altra*

Quanto all'applicazione concreta, il contratto d'opzione trova una delle sue migliori applicazioni "nelle mani" dell'imprenditore, consentendo a quest'ultimo di organizzare e pianificare investimenti e relazioni commerciali, con riguardo a disponibilità finanziarie odierne, ma anche future²²⁷. A titolo esemplificativo, si pensi all'utilità che può trarre l'imprenditore nello stipulare un contratto di affitto di azienda, accompagnato da un diritto di opzione d'acquisto della stessa in proprio favore, esercitabile quando abbia avuto modo di constatare "sul campo" i possibili rischi dell'investimento.

Come evidenziato, data la somiglianza del contratto di opzione con altri istituti giuridici è possibile raggiungere il risultato concretizzabile con l'ausilio dell'opzione anche attraverso la stipulazione di un contratto preliminare, di una proposta irrevocabile, di un patto di riscatto e persino avvalendosi di una condizione²²⁸. L'opzione sembra, però, essere lo strumento più immediato e flessibile per vincolare una parte e rimettere all'altra, quando e se gli parrà conveniente, la conclusione di un contratto²²⁹.

A ciò si aggiunga, che è con l'opzione che la coniugazione tempo-rischio raggiunge una delle sue migliori espressioni, giacché, come recentemente ricordato dal Tribunale di Milano, l'opzione è "una fattispecie a formazione progressiva della

opzione d'acquisto di quel pacchetto (c.d. "call"), intercorsa tra gli stessi contraenti, da esercitarsi al medesimo prezzo, nel periodo di tempo immediatamente precedente".

²²⁷ E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, p. XIV, nota 1, individua alcune ipotesi "in cui l'opzione si manifesta come strumento utile a soddisfare le diverse esigenze imprenditoriali, si pensi ad un contratto condizionato di affitto di un esercizio commerciale ed a una collegata opzione con cui il conduttore si garantisce la conclusione di un contratto di fornitura di merci o servizi ad un prezzo determinato [...]".

²²⁸ La sentenza Cass., 25 febbraio 1998, n. 2017, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2809, ha affrontato le difficoltà che spesso riscontrano le corti nell'individuare quale vincolo preliminare le parti abbiano inteso inserire nel contratto. Nel caso in esame la Suprema Corte aveva ritenuto che: "Con la clausola contrattuale che attribuisce al destinatario di un'offerta di vendita di beni la facoltà di rinunciare all'acquisto per eccesso del prezzo richiesto rispetto a quello di mercato si configura un'opzione (relativa alla compravendita) a suo favore e non l'attribuzione di un diritto di recesso", confondendo di fatto gli istituti.

A proposito di elementi che possono essere confusi, si ricorda che tra i requisiti che distinguono l'istituto dell'opzione dal recesso, assume particolare rilevanza il fatto che il recesso consente ad una parte di liberarsi di un contratto già vigente e vincolante seppur non ancora eseguito; nella distinzione tra opzione e condizione, assume invece particolare rilevanza il fatto che solo quest'ultima produce effetti retroattivi.

²²⁹ "Dalla costatazione della natura bilaterale dell'opzione, infatti, si è tratta la convinzione che essa debba necessariamente contenere, completo, il regolamento finale di interessi, con la riserva che esso è già vincolante per una delle parti, mentre l'altra ha la facoltà di scegliere se renderlo vincolante anche per se stessa, o meno" cit. F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 114.

volontà contrattuale inizialmente costituita da un accordo avente per oggetto la irrevocabilità della proposta del promittente e, in seguito, dalla eventuale accettazione del promissario, che - saldandosi immediatamente con la proposta irrevocabile precedente - perfeziona il negozio giuridico”²³⁰.

Tuttavia, è plausibile che il rinvio di un impegno ad un momento successivo assuma un connotato negativo per una delle parti, pensiamo: (i) ad un’opzione di acquisto, nella quale sia già predeterminato il prezzo del bene, divenuto totalmente sproporzionato rispetto al valore assunto dallo stesso al momento del perfezionamento della compravendita²³¹; (ii) ovvero, come sovente accade nell’ambito delle vendite di partecipazioni sociali²³², alla modifica irreparabile del c.d. “*bene di secondo grado*” (riguardante la situazione patrimoniale della società) che lasci la parte minacciata dall’obbligo di acquisto (a seguito dell’esercizio di un’opzione di vendita *put* del soggetto oblatore) nel rischio di divenire vincolativamente proprietaria di un’impresa in totale dissesto²³³.

²³⁰ Trib. Milano, 3 ottobre 2013, n. 12213, in *Redaz. Giuffrè*, 2013 e in www.giurisprudenzadelleimprese.it, si veda anche la sentenza del Trib. Milano, Sez. Impr., 30 gennaio 2014, n. 1419, in *Le Società*, p. 927 e in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

²³¹ In ordine al prezzo di un’opzione relativa alla vendita di partecipazioni sociali si rinvia a V. SANGIOVANNI, *Contratto di opzione su azioni e nozione di contratto “finanziario”*, in *Giur. merito*, 1, 2013, pp. 49 ss.: “*Con la previsione di un prezzo fisso nel contratto di opzione è altamente probabile che la partecipazione venga successivamente compravenduta a un prezzo «sbagliato», nel senso di maggiore o minore rispetto al suo valore di mercato. Per evitare l’arricchimento di una delle parti a svantaggio dell’altra è usuale che il contratto di opzione contenga solo una formula con la quale si può calcolare il futuro prezzo della compravendita. Tale meccanismo deve essere il più neutrale e preciso possibile, per ridurre il rischio di contestazioni fra i contrattanti. E’, inoltre, consigliabile prevedere un sistema di arbitraggio in caso di disaccordo fra le parti, con il quale si rimette a un terzo la valutazione della partecipazione*”. L’autore consiglia, altresì, di introdurre un divieto di alienazione della partecipazione in pendenza di termine, onde evitare che il diritto di opzione venga frustrato.

²³² Si veda anche F. GALGANO, *Il contratto plurilaterale*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2010, p. 203: “*Il patto di opzione può avere da oggetto la sottoscrizione di partecipazioni azionarie. Così è nel caso dei warrants, emessi dalla società per azioni, che attribuiscono il diritto di sottoscrivere azioni in occasione di futuri aumenti di capitali; oppure nel caso delle stock options, emesse dalle medesime società a favore dei propri amministratori o managers, attributive anch’esse del diritto di sottoscrivere azioni di nuova emissione*”. Si ricorda che la pattuizione di un’opzione *put*, che preveda la fissazione del prezzo di vendita della partecipazione sociale pari a quello originariamente sborsato per il suo acquisto, ha generato in dottrina e giurisprudenza un cospicuo dibattito sulla compatibilità della stessa con la norma imperativa recante il divieto del patto leonino, risolvendosi di fatto in una esclusione dalla partecipazione alle perdite in favore del socio titolare del diritto di cessione.

²³³ Il caso è tutt’altro che ipotetico, essendo molto probabile che nel lasso di tempo intercorrente tra la pattuizione dell’opzione e il suo esercizio, il valore degli *asset* sottostanti alle partecipazioni modifichino il proprio valore. Come non ricordare il famoso caso Fiat-General Motors (M. PRESCIUTTI CINTI, *Il piano di risanamento Fiat*, in *Quaderni Luiss Guido Carli*, Novembre, 2002; L.

Un'opzione di acquisto di tipo strutturale è rinvenibile al termine del contratto di *leasing*²³⁴, che negli ultimi anni ha avuto una sensibile diffusione nel settore fotovoltaico²³⁵. Nella pratica l'istituto finanziario autorizzato mette a disposizione l'impianto fotovoltaico (di cui diviene proprietario per consentire l'operazione) ad un utilizzatore il quale, in cambio del godimento dell'impianto, dovrà procedere al pagamento: (i) di un prima quota (c.d. "*maxi-rata*") alla firma del contratto, a copertura dei costi fissi per l'acquisto dell'impianto da parte dalla banca; (ii) di una serie di rate periodiche per l'utilizzo (secondo un preciso piano di ammortamento). Ad una certa scadenza l'utilizzatore potrà, inoltre, esercitare un'opzione di acquisto finale ad un valore stabilito, inferiore al prezzo di mercato.

Il *leasing* traslativo è uno strumento di ripartizione del rischio tra finanziatore ed utilizzatore, che consente a quest'ultimo di gestire l'impianto,

POLITO, *L'alleanza Fiat-GM e la fusione Daimler-Chrysler nella prospettiva della globalizzazione dei mercati e ruolo dell'informazione*, in *Quaderni Luiss Guido Carli*, Novembre, 2002) ove nell'ambito di un *Master Agreement* era stata pattuita a favore di Fiat un'opzione *put*, con la quale quest'ultima si riservava il diritto di alienare a GM il restante 80% di Fiat Auto. Nel frattempo il *rating* di Fiat Auto venne declassato da Standars & Poor e GM iniziò ad avanzare i primi dubbi sulla validità della *put option*. La vicenda si chiuse con una serie di offerte di GM affinché Fiat rinunciassero all'opzione, che culminarono nella corresponsione di 1,55 miliardi di euro di GM alla Fiat al fine di risolvere l'accordo e cancellare l'opzione. Si veda E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, p. XXXV e pp. 266 ss..

²³⁴ Sull'argomento si veda A. NERVI, *Il leasing*, in *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, 2010, pp. 245 ss. Il *leasing* è una operazione contrattuale che coinvolge tre distinti soggetti: l'utilizzatore che necessita di procurarsi il godimento di un determinato bene pur non avendo la disponibilità economica per acquistarlo direttamente, il fornitore che produce o vende il bene che intende ottenere l'utilizzatore, il concedente che acquista il bene dal secondo e lo mette a disposizione del primo sotto forma di *leasing*. Il concedente, in particolare, attribuirà all'utilizzatore il godimento sul bene, a fronte del pagamento di un canone periodico per un dato periodo di tempo, corrispondente alla durata del contratto. Al termine del contratto l'utilizzatore potrà: (i) restituire il bene ed estinguere il rapporto; (ii) rinnovare il *leasing*; (iii) esercitare l'opzione di acquisto del bene versando il prezzo stabilito.

Tra i diritti di opzione previsti dal codice civile si ricorda l'art. 2441 c.c., che riconosce al socio azionista, il potere di sottoscrivere secondo il valore nominale le azioni che saranno emesse in corrispondenza di aumenti di capitale deliberati dall'assemblea in proporzione al numero di azioni già da lui possedute. Sul punto si veda V. SALAFIA, *Natura giuridica del diritto di opzione nelle società di capitali*, *Le Società*, n. 8, 2007, pp. 921 ss..

²³⁵ Il motivo della diffusione del *leasing* nel settore del fotovoltaico è riconducibile agli incentivi messi a disposizione dello Stato per la produzione di energia: chi installa un impianto fotovoltaico riceve una tariffa incentivante per ogni kWh prodotto e immesso in rete dall'impianto stesso. Gli importi sono concessi dal GSE (Gestore Servizi Energetici) che è una società per azioni gestita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Se prima del 2014 le tariffe si calcolavano con riferimento a tutta l'energia prodotta dall'impianto, oggi il calcolo si basa sulla somma della tariffa omnicomprensiva (energia immessa in rete) più il premio per l'autoconsumo (energia consumata subito). Gli incentivi statali per l'installazione di un impianto fotovoltaico del quinto conto energia sono terminati nel giugno 2013, permangono le agevolazioni del quarto conto energia nei casi individuati dal GSE.

usufruendo esso stesso dell'energia prodotta nonché di godere dei proventi della vendita e della tariffa incentivante riconosciuta per legge.

Orbene, il settore fotovoltaico è stato travolto dalla crisi per l'effetto della riduzione retroattiva degli incentivi statali che ne avevano determinato il rapidissimo sviluppo²³⁶, generando: (i) un aumento degli interessi da parte delle banche; (ii) una richiesta di rinegoziazione del debito da parte dell'utilizzatore; (iii) e, per quel che qui interessa, il mancato esercizio dell'opzione al termine del contratto di *leasing*: lasciando gli istituti di credito nella proprietà di molteplici impianti fotovoltaici privi del valore stimato originariamente.

Simili scenari rendono di estrema importanza l'individuazione dei mezzi che posso essere utilizzati per far fronte agli imprevisti relativi al contratto di opzione. Non a caso in presenza di opzioni contrattuali si ricorre spesso all'ingegno degli operatori del settore al fine di individuare strumenti di autotutela volti ad arginare i rischi, si pensi ai c.d. contratti di *escrow*²³⁷, alle clausole penali e alle clausole di aggiustamento del prezzo o di rinegoziazione²³⁸.

Posta la doppia articolazione del contratto di opzione, nello studio delle sopravvenienze è necessario distinguere a seconda che si consideri l'opzione come un autonomo impegno o come fattispecie strumentale al regolamento di interessi che troverà attuazione in un secondo momento.

Non sembrano, invero, sussistere grossi dubbi sulla risoluzione del vincolo di opzione autonomamente inteso, laddove l'impegno a tenere ferma la proposta sia divenuto svantaggioso ovvero sproporzionato rispetto all'eventuale premio (c.d.

²³⁶ Attraverso l'art. 26 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 116, è stato disposto l'intervento sulle tariffe incentivanti dell'elettricità prodotta da impianti fotovoltaici. Pertanto, dal primo gennaio 2015 si è assistito ad una riduzione delle tariffe incentivanti riconosciute.

²³⁷ Il contratto di *escrow* consiste in un deposito in garanzia di un bene o del prezzo oggetto del contratto, presso un mandatario, che nel caso in cui si tratti di azioni e quote può consistere in un'intestazione fiduciaria delle stesse ad un soggetto autorizzato. Il termine "*escrow*" deriva dalla parola francese "*escroe*" che letteralmente significa "*rotolo di pergamena*". L'istituto trova origine nella prassi del diritto inglese di richiedere ad un terzo di trattenere un bene di valore, fino all'avverarsi di certe condizioni, verificatesi le quali il bene dovrà essere consegnato ad una persona designata. Sul punto si veda A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 801 ss..

²³⁸ E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, pp. 6 - 7.

opzione onerosa)²³⁹. Stando all'analisi dei casi concreti, non sembra però così diffuso il verificarsi di una simile circostanza.

Al contrario, la dottrina che aveva escluso la risoluzione per eccessiva onerosità del contratto preliminare (costituendo quest'ultimo un regolamento contrattuale *in fieri*) allo stesso modo l'aveva negata in caso di opzione, per le alterazioni rilevanti solo dopo la conclusione del rapporto finale²⁴⁰.

Sembrava, pertanto, esclusa la possibilità che il concedente - nel periodo in cui non è ancora esercitabile il diritto di opzione - potesse avvalersi del rimedio risolutorio, ritenendo eccessivamente onerosa la futura definizione del rapporto finale a causa di avvenimenti sopraggiunti nel periodo di pendenza²⁴¹.

Tale tesi, come ricordato in merito al contratto preliminare, è stata superata anche per l'opzione facendo leva sulla *ratio* dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, che estende siffatta disciplina persino ai contratti in cui *"l'attribuzione di una parte a favore dell'altra non è oggetto di un'obbligazione, ma dipende da un diritto potestativo o da un potere dell'altra"*²⁴².

Accogliendo questa prospettiva interpretativa, non sussistono ragioni ostative alla risoluzione dell'opzione per eccessiva onerosità sopravvenuta al fine di

²³⁹ Si veda L. MIELE, *Opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, I, pp. 129 - 139; si veda anche R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 705, secondo cui: *"L'opzione ha bisogno di una causa, che di solito sarà un corrispettivo. Per lo più, dunque, l'opzione potrà dare luogo ai rimedi di cui all'art. 1467, a nulla rilevando che la controprestazione sia stata adempiuta contestualmente alla stipula dell'opzione"*. Si segnala l'opinione dissenziente di chi ritiene che la risoluzione debba essere esclusa non sussistendo mai fra premio e soggezione del concedente un nesso di *"precisa e obiettiva interdipendenza"*, in questo caso si potrà ricorrere al solo art. 1468 c.c., così E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 224. E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, pp. 225, dichiara: *"Un'ipotetica sproporzione fra il valore del vincolo e il suo corrispettivo nulla dice circa i rapporti fra le prestazioni del contratto definitivo cui entrambe le parti sono già vincolate"*.

²⁴⁰ Si noti come tutti i casi di sopravvenienze dianzi esemplificati rientrino in questa accezione. L'opzione determina già il contenuto del rapporto finale, che costituisce oggetto dell'accordo delle parti e rimette la costituzione di tale rapporto ad un atto unilaterale di una di esse, così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., p. 263.

²⁴¹ Si cfr.: A. BOSELLI, *Patto di opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Foro Padano*, 1954, I, pp. 867 e ss.; A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, pp. 376 ss.; E. PEREGO, *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, nota a *Cass.*, 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 2274 ss.

²⁴² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, 2° ed., p. 425. Si veda anche P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*,

evitare che si giunga alla conclusione di un contratto finale, con uno squilibrio notevole tra le prestazioni rispetto al progetto originario delle parti²⁴³.

In proposito, è utile ricordare una pregevole sentenza del Tribunale di Milano²⁴⁴, che induce proprio a riflettere sull'applicabilità dell'art. 1467 c.c. al contratto di opzione.

Nel caso di specie l'attore aveva chiesto la risoluzione *ex art. 1467 c.c.*, per eccessiva onerosità sopravvenuta, di un contratto che riconosceva un'opzione *put* alla controparte ed in subordine il rimedio perequativo della riduzione del prezzo di acquisto delle azioni quotate, oggetto dello stesso.

In particolare, il contratto, comportava l'obbligo per l'attore, in caso di esercizio dell'opzione *put* del convenuto, di comprare determinate azioni ad uno *strike price* di euro 4,85 per ciascuna (e, quindi, a prescindere dal prezzo di mercato) in cambio di un premio²⁴⁵.

La difesa dell'attore si fondava sulla preliminare natura commutativa e non aleatoria del rapporto, che aveva l'effetto di legittimare la risoluzione dello stesso a seguito del manifestarsi, dopo il fallimento della Lehman Brothers, della "*grave crisi economica globale*" tale da svilire di ogni significato la causa del contratto, le cui azioni avevano perso sensibilmente valore²⁴⁶.

Il convenuto, al contrario, eccepiva: (i) l'inapplicabilità del rimedio in questione ad un contratto derivato; (ii) in ogni caso l'impossibilità di ricondurre una

Digesto Quarto disc. priv. sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 237, e A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 380.

²⁴³ L. MIELE, *Opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, I, pp. 129 - 139: "La risoluzione del patto di opzione trova in questo caso giustificazione nell'idoneità del patto a svolgere la propria funzione preparatoria di un valido contratto di vendita per cui non vi è ragione di costringere il soggetto vincolato a stipulare un contratto al cui adempimento potrà in seguito legittimamente sottrarsi. Poiché il giudizio di eccessiva onerosità si articola nel confronto fra il valore della prestazione al tempo in cui sono sorte rispetto a quello in cui devono essere eseguite, questo giudizio, per quanto riguarda il concedente va riferito al momento in cui, essendosi perfezionata l'opzione, egli ha contemporaneamente prestato il consenso alla prestazione (trasferimento del bene o pagamento del prezzo) derivante dal contratto finale di vendita".

²⁴⁴ Trib. Milano, Sez. Impr., 30 gennaio 2014, n. 1419, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

²⁴⁵ Si precisa che le parti nella fattispecie esaminata avevano in seguito più volte prorogato la scadenza del contratto, modificando anche simbolicamente il premio.

²⁴⁶ L'attore ha fondato la propria domanda anche sul fatto che le parti non avevano escluso l'applicazione del rimedio di cui all'art. 1467 c.c. e che avevano prorogato il termine di scadenza del contratto, da ultimo con un versamento solo simbolico del premio, denotando di non ritenere il contratto di tipo aleatorio.

crisi globale ad un evento straordinario ed imprevedibile²⁴⁷; (iii) ed altresì la preclusione del debitore moroso di chiedere l'azione di risoluzione²⁴⁸.

Il giudicante, prescindendo dalla natura aleatoria o meno del contratto derivato, costituito in forma di opzione, fondava la propria decisione sul difetto di prova del fatto costitutivo posto a base della domanda attorea.

L'attore non avrebbe dimostrato l'intervenuta eccessiva onerosità della propria obbligazione in dipendenza di eventi straordinari e imprevedibili piuttosto che in dipendenza delle normali alterazioni del titolo conseguenti a fattori fisiologici compresi nell'alea del contratto (quali l'andamento dell'impresa sociale ovvero del mercato specifico e borsistico)²⁴⁹.

Se, invece, il giudice si fosse soffermato sull'aleatorietà delle opzioni finanziarie, il ricorso all'eccessiva onerosità sopravvenuta sarebbe stato probabilmente escluso, ai sensi dell'art. 1469 c.c. e, quindi, indipendentemente dall'indagine sulla straordinarietà e imprevedibilità delle sopravvenienze che

²⁴⁷ Si ricorda in proposito che il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi (quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità) suscettibili di misurazione e, quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di ordine statistico; al contrario il carattere dell'imprevedibilità ha una radice soggettiva, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza, si veda tra le altre Cass., 23 febbraio 2011, n. 2661, in *Giur. it.*, 2001, p. 1824.

²⁴⁸ Con la terza eccezione il convenuto si è avvalso dell'orientamento secondo cui la risoluzione del contratto non potrebbe essere fatta valere dalla parte che, con il suo inadempimento, ha ritardato l'esecuzione del contratto, rendendo necessario il ricorso dell'altro contraente alla tutela giudiziaria, sul tema A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Libro IV delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, p. 98.

²⁴⁹ L'evento non sarebbe stato secondo il giudice imprevedibile avendo i due litiganti nell'ottobre 2009 "protratto la scadenza del rapporto essendo ben consapevoli - secondo nozioni di comune esperienza tanto più per soggetti entrambi quantomeno non digiuni del mercato borsistico se non addirittura esperti dello stesso - della fase recessiva mondiale iniziata nel 2008" e, in ogni caso, poiché la struttura del contratto si sarebbe basata sulla dipendenza del contenuto della prestazione di una delle parti alla variazione dei dati economici.

G. PENZO, *La risoluzione per eccessiva onerosità delle opzioni di vendita di partecipazioni societarie*, commento a Trib. Milano, 30 gennaio 2014, n. 1419, in *Le Società*, 2014, 8 - 9, pp. 932 ss.: "Non sembra azzardato sostenere che la funzione addirittura strutturale del contratto preveda, per volontà delle parti, l'assunzione del rischio esclusivo del possibile differenziale tra il prezzo di borsa e prezzo di cui all'opzione put, sì da trasformarlo in un contratto aleatorio per volontà delle parti rendendo incerta la consistenza della prestazione dedotta in contratto. Vero è che all'atto della conclusione dell'accordo di opzione il rapporto tra valore di borsa e prezzo concordato è certo e conosciuto dalla parti, tuttavia esso è destinato sicuramente a modificarsi restando incerto il solo segno della modifica". L'autore nell'esaminare il contratto oggetto di giudizio lo classifica, per l'appunto, come un contratto la cui natura aleatoria deriva dalla volontà stessa delle parti e per questo lo sottrae alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L'autore nel proprio commento evidenzia anche la tendenza dei giudici a valutare la prevedibilità dell'evento e non la sua incidenza

avevano influito, nel caso concreto, sul contratto²⁵⁰.

La sentenza merita attenzione poiché (nonostante il rigetto nel caso di specie della domanda di risoluzione *ex art. 1467 c.c.* promossa dall'attore, per mancanza di prova²⁵¹) il giudice, nella motivazione, ha indirettamente confermato ed ammesso l'applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta al contratto di opzione²⁵².

Pertanto, concludendo, l'opzione può considerarsi pacificamente soggetta alla risoluzione *ex art. 1467 c.c.* o alla riduzione *ex art. 1468 c.c.*, a seconda che dal contratto finale discendano obbligazioni corrispettive o obbligazioni a carico di una sola parte, salvo il caso in cui il medesimo debba intendersi aleatorio per natura o

sull'alea normale del contratto, facendo coincidere il requisito della straordinarietà con quello della normale alea contrattuale.

²⁵⁰ L'opzione tradizionale è una fattispecie astratta, priva di natura aleatoria, e si differenzia da quelle finanziarie, seppur queste riproducano lo schema di cui all'art. 1331 c.c..

Ovviamente la natura non aleatoria dell'opzione codicistica non impedisce che siano le parti, nell'espressione della propria libertà contrattuale, ad indicare quali siano gli elementi straordinari e imprevedibili ed ancora ad imprimere concretamente una aleatorietà all'opzione, così E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007, p. 380. Della medesima opinione è anche 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 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 cod. civ.). 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" così Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021.

La distinzione tra contratti commutativi e aleatori riguarda la natura delle controprestazioni, nei primi l'entità delle singole prestazioni è certa, all'opposto nei contratti aleatori tale rapporto sinallagmatico non è certo, né conosciuto dalle parti, dipendendo da fatti futuri e incerti tanto da caratterizzare la causa contrattuale. Con riferimento all'alea normale del contratto si riporta tra le tante la massima secondo cui: "L'assunzione di un rischio convenzionale pattuito e verificatosi esclude la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta" cit. Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396, in *I Contratti*, n. 6, 2007, p. 559. In merito ai contratti derivati è opportuno richiamare la ricostruzione del Trib. Milano, 19 aprile 2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 748, in cui si precisa che la causa dei contratti derivati costruiti in forma di opzione è individuata nell'assunzione da parte di ciascun contraente di un rischio di variazione del valore sottostante generando profili di problematicità in ordine alla tradizione distinzione tra contratti commutativi ed aleatori. Il sinallagma negoziale e la commutatività delle prestazioni sono perfettamente sussistenti in siffatte operazioni nel momento genetico, per poi portare eventualmente nel corso del rapporto ad uno squilibrio delle prestazioni. La componente aleatoria è, pertanto, strettamente intrinseca alla struttura dei derivati e compatibile con i reciproci e commutativi impegni. Si ricorda, inoltre, la sentenza Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52.

²⁵¹ La sentenza ha, quindi, accolto le domande riconvenzionali proposte dal convenuto di risoluzione per inadempimento per fatto e colpa dell'attore e di risarcimento del danno.

²⁵² G. PENZO, *La risoluzione per eccessiva onerosità delle opzioni di vendita di partecipazioni societarie*, commento a Trib. Milano, 30 gennaio 2014, n. 1419, in *Le Società*, 2014, 8-9, pp. 932 ss..

per volontà degli stessi contraenti²⁵³.

²⁵³ La risoluzione del contratto è stata esclusa anche in un'ipotesi affrontata da E. GABRIELLI, *Contratti di put and call option*, in *Rass. dir. civ.*, Pareri, 4, 2007, p. 1160, secondo il quale: *“La Società aveva inoltre ben presente che l'opzione put and call, per come era stata concretamente costruita e strutturata, sul piano dell'assunzione del rischio presentava comunque un significativo connotato di rischiosità, tale da ampliare i normali limiti di elasticità dell'alea normale del contratto”*.

CAPITOLO II

1. Le sopravvenienze non codificate

1.1 La presupposizione

Quanto detto finora è servito a mettere in luce i limiti dell'art. 1467 c.c. il quale, disciplinando il solo rischio quantitativo, esclude dal proprio ambito di applicazione le alterazioni del sinallagma che non incidono sul valore economico delle prestazioni²⁵⁴.

Per il vero, al nostro codice civile non sono del tutto estranei gli strumenti volti a neutralizzare, almeno in parte, le sopravvenienze di tipo qualitativo. Ci si riferisce alle seguenti previsioni:

(i) l'art. 1463 c.c., che da un lato libera la parte di un contratto sinallagmatico, la cui prestazione sia stata colpita da impossibilità sopravvenuta, e dall'altro lato le impedisce di chiedere la controprestazione (imponendole la restituzione di quanto eventualmente già ricevuto)²⁵⁵;

²⁵⁴ Sono escluse dell'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c. anche le alterazioni che, pur incidendo su tale valore, non giungono a varcare la soglia dell'eccessiva onerosità. P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 276. A parere di V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 963, i rimedi generali del codice civile non rispondono in modo esauriente agli innumerevoli problemi che il contratto può porre.

Per una ricostruzione dei limiti dell'art. 1467 c.c. si veda: E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, pp. 29 ss., che evidenzia come l'articolo: (i) si limiti a regolare il fenomeno delle sopravvenienze sotto il profilo dell'incremento dei costi; (ii) affronti solo i presupposti oggettivi tenuti presenti dalle parti, escludendo quelli soggettivi; (iii) ammetta la risoluzione del contratto solo in presenza di eventi straordinari e imprevedibili.

²⁵⁵ Secondo il parere di F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 14° ed., Napoli, 2008, pp. 1028 e ss., l'art. 1463 c.c., relativo all'impossibilità della prestazione, si distingue dalle altre ipotesi di risoluzione per "l'automaticità dell'effetto di scioglimento al di fuori da ogni pattuizione o iniziativa di parte".

In generale, nell'ipotesi d'impossibilità (a differenza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta) la legittimazione a fare valere la risoluzione spetta ad entrambe le parti: la parte impossibilitata e la controparte la cui obbligazione sia ancora possibile (si veda Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 497). La pronuncia di risoluzione del contratto per impossibilità può, inoltre, essere rilevata d'ufficio dal giudice con una sentenza di mero accertamento (Cass., 11 luglio 2003, n. 10935, in *Mass. giur. it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 302).

Per poter azionare la risoluzione ex art. 1463 c.c., l'impossibilità deve essere sopravvenuta, irreversibile, non imputabile e comunque tale da reclamare uno sforzo tecnico e volitivo incompatibile con il rapporto predisposto. Nel caso specifico di contratti di durata, ove vi sia un'impossibilità temporanea, che si protragga fino a frustrare definitivamente l'interesse del creditore, verrà a delinearsi un'ipotesi di risoluzione parziale (così Cass., 22 ottobre 1982, n. 5496, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*,

(ii) l'art. 1464 c.c., ai sensi del quale nell'ipotesi in cui la prestazione di una parte sia divenuta solo parzialmente impossibile si riconosce all'altra il diritto di ridurre la propria prestazione in modo corrispondente ovvero di recedere dal contratto²⁵⁶;

(iii) l'art. 1660 c.c. in tema di appalto, che rimette al giudice il potere di stabilire le variazioni al progetto (e correlativamente al prezzo) necessarie ad eseguire l'opera a regola d'arte, quando non vi sia l'accordo tra i contraenti. Inoltre, se le variazioni sono tali da superare il sesto del prezzo, è data all'appaltatore la facoltà di recedere dal contratto ottenendo un'equa indennità. La possibilità di recedere dal contratto è attribuita anche al committente quando le variazioni siano particolarmente consistenti, restando inteso che, ove il committente si avvalga del diritto recesso, quest'ultimo sarà tenuto a corrispondere un equo indennizzo all'appaltatore²⁵⁷;

(iv) il successivo art. 1661 c.c., riferito alle variazioni richieste dal committente al progetto, considerate ammissibili purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo convenuto²⁵⁸.

n. 302). L'opinione maggioritaria ritiene che in caso d'impossibilità parziale sia solo la parte creditrice che ne è colpita ad avere diritto di avvalersi degli strumenti indicati nell'art. 1464 c.c..

²⁵⁶ In giurisprudenza si è, tra gli altri, preso in considerazione il tema dello sciopero che incide qualitativamente sulla prestazione lavorativa del dipendente e che, pertanto, non può aprioristicamente escludersi dal concetto di impossibilità sopravvenuta: *"In fattispecie di sciopero parziale di durata minore dell'intera giornata lavorativa con incidenza sulla produzione qualitativa per effetto dell'interruzione del ciclo continuo nella fase precedente le ore di sciopero, deve ritenersi legittimo il rifiuto della residua prestazione lavorativa e la conseguente trattenuta retributiva da parte dell'azienda, che ha il diritto di poter utilizzare la prestazione residua in maniera proficua in relazione alla sua organizzazione ed alla sua potenzialità produttiva"* cit. Cass., Sez. Lav., 11 gennaio 1988, n. 84, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1227, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 375 e in *Arch. civ.*, 1988, p. 562.

A proposito di variazioni qualitative del bene, nel titolo I del codice civile, avente ad oggetto le obbligazioni, il legislatore disciplina l'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione per causa non imputabile al debitore. Precisamente l'art. 1258 c.c. si occupa dell'impossibilità parziale, che consente al debitore di liberarsi eseguendo la parte rimasta della propria prestazione. Al secondo comma della citata norma il legislatore estende questa previsione anche alle variazioni qualitative del bene, riferendosi al caso in cui deve essere consegnata una cosa determinata che ha subito un deterioramento (in questa ipotesi il debitore dovrà consegnare la cosa deteriorata o i suoi resti). Si veda A. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007, p. 21.

²⁵⁷ Le variazioni prese in considerazione dall'art. 1660 c.c. sono quelle che risultano necessarie nel corso dell'esecuzione dell'opera non imputabili all'appaltatore o al committente.

²⁵⁸ Si anticipa che per alcuni autori la disciplina dell'appalto, comprensiva della parte relativa al rischio qualitativo, dovrebbe assurgere, in sostituzione all'art. 1467 c.c., a disciplina generale del rischio per

Malgrado ciò, nel codice civile non è formulata alcuna previsione che si occupi di sopravvenienze tali da rendere la prestazione semplicemente inidonea al soddisfacimento degli interessi che abbiano portato le parti a stipulare uno specifico contratto²⁵⁹.

L'assenza di una risposta puntuale da parte dell'ordinamento ad una simile problematica ha indotto giurisprudenza e dottrina a mutuare dal diritto tedesco l'inedita figura della presupposizione, con la quale si è cercato di fornire una tutela più o meno univoca alla frustrazione degli interessi delle parti non espressamente enunciati nel testo contrattuale²⁶⁰.

Senonché, proprio a causa del difetto di indici normativi, il nutrito apporto giurisprudenziale ha finito per ricomprendere in questo istituto extracodicistico fattispecie tra loro eterogenee e lontane dalle problematiche tipicamente riconducibili alle sopravvenienze²⁶¹.

tutti gli scambi integrativi. Sul punto si veda M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 487 e V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 533.

²⁵⁹ V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 530.

²⁶⁰ La presupposizione (*Voraussetzung*) è stata elaborata dalla pandettistica tedesca (ed in particolare da B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, pp. 7 ss.), nella seconda metà del 1800. La figura essendo stata ricondotta alla volontà implicita delle parti, trovava applicazione tutte le volte in cui quest'ultime avevano condizionato il proprio consenso ad un determinato presupposto, pur senza esprimerlo. Successivamente (nella accezione di P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig - Erlanger, 1921, pp. 27 ss.) la presupposizione ha assunto tratti meno soggettivistici divenendo la situazione a base del negozio (*Geschäftsgrundlage*) il cui venir meno porta ad escludere il fondamento dello stesso.

Si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1089 e per una ricostruzione completa dello scenario tedesco si consiglia M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, pp. 326 ss..

Si ricorda che, analogamente a quanto precisato nel Paragrafo precedente con riferimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta, anche i rapporti tra la teoria riassunta nella clausola *rebus sic stantibus* e la presupposizione appaiono di difficile definizione. Tuttavia, la clausola *rebus sic stantibus*, l'eccessiva onerosità e la stessa presupposizione devono considerarsi come diverse risposte fornite dell'ordinamento rispetto a modifiche verificatesi nell'economia del contratto, così T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 388.

²⁶¹ V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1041, considera la presupposizione come un tema tipicamente trasversale che interseca "i territori dell'errore e dalla sopravvenienza, e dei corrispondenti rimedi. Poi quello della condizione. Poi ancora quello dei rapporti fra volontà espressa e tacita, e dell'interpretazione e integrazione del contratto. Infine, quello della relazione fra causa e motivi". In particolare, secondo quest'ultimo la teoria della presupposizione ha ridefinito fondamento e limiti del principio d'irrelevanza dei motivi. Lo stesso V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006, p. 521, ritiene che la

Specificatamente, la Suprema Corte ricorre alla presupposizione quando “una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio [...]” e richiede, affinché abbia rilevanza: “1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l’evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione ne differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dell’attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all’oggetto di una specifica obbligazione”²⁶².

Anche solo limitandosi all’osservazione di tale diffusa nozione di presupposizione - che attribuisce rilievo alla discrasia tra le previsioni dei contraenti (intese come presupposto comune) e la situazione concreta - appare riduttivo equiparare la presupposizione all’eccessiva onerosità sopravvenuta. Ciononostante, deve precisarsi che sono riscontrabili sull’argomento pronunce che hanno identificato proprio nell’art. 1467 c.c. la norma attraverso cui la presupposizione è stata introdotta “in via generale e in modo espresso nel nostro ordinamento”²⁶³.

presupposizione riunisca una molteplicità ed eterogeneità di problematiche, mediante un procedimento sostanzialmente “finzionistico”.

²⁶² Cit. Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554. Si vedano anche: Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, c. 511; Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Le Società*, 2002, p. 1246; Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 34.

²⁶³ Si cfr. Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *I Contratti*, 1993, p. 677 e in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601, che nello specifico ha ritenuto applicabile l’art. 1467 c.c. al contratto di vendita di un terreno sul presupposto, seppur non esplicitato, della sua edificabilità, venuta meno a seguito dell’intervento della pubblica autorità (precedentemente al saldo del prezzo e alla stessa stipulazione del negozio per atto pubblico). Si vedano altresì: Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.* 1992, I, 1, c. 2210; Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 341.

La tendenza ad accorpare gli istituti dell’eccessiva onerosità e della presupposizione è rinvenibile anche in due risalenti pronunce del 1947, che ritengono applicabile l’eccessiva onerosità sopravvenuta anche quando la circostanza sopravvenuta che turba l’adempimento contrattuale non sia un evento imprevedibile dalle parti: Cass., 17 ottobre 1947, n. 1619, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, XXVI, p. 354 e Cass., 15 gennaio 1947, n. 32, in *Mon. trib.*, 1947, p. 35.

La dottrina ha da subito manifestato il proprio dissenso rispetto all’arbitraria sovrapposizione di istituti fra loro assai diversi. In particolare, si segnala R. SACCO, *La presupposizione e l’art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, pp. 163 e ss., il quale ritiene che non essendovi alcun accenno alla presupposizione nell’art. 1467 c.c., quest’ultimo non possa introdurre il principio in via generale.

A dimostrazione dell'importanza rivestita dalla presupposizione, prima di esaminare i casi concreti oggetto di statuizione giurisprudenziale, appare utile ripercorrere gli orientamenti dottrinali che hanno tentato di fornire un inquadramento giuridico dell'argomento.

- Vi è una prima dottrina soggettivistica, fondata sull'eccezionale rilevanza dell'errore dei motivi, che considera la presupposizione come una falsa rappresentazione della realtà, presente, passata o futura.

Onde attribuire fondamento a questa tesi il suo autore nega il carattere tassativo delle ipotesi di errore essenziale (previste dall'art. 1429 c.c.) inserendovi anche l'errore sul motivo determinante ed accordando alla presupposizione il rimedio dell'annullamento²⁶⁴. Codesto orientamento, così facendo, ha aggirato l'ostacolo su cui si erigeva la diffidenza del legislatore del 1942, il quale ha preferito astenersi dal disciplinare un istituto che avrebbe potuto attribuire un ruolo ai motivi, da sempre considerati irrilevanti dall'ordinamento²⁶⁵.

- Il ricorso all'annullamento del contratto è fatto proprio anche dalla teoria che considera la presupposizione come un errore bilaterale del motivo

M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 326, sottolineano come l'evoluzione storica (della concezione del contratto, delle teorie sulla sopravvenienza e delle tecniche giurisprudenziali) abbia segnato la rottura della corrispondenza tra presupposizione e sopravvenienze. Si rinvia, infine, a G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 69, secondo cui la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta si è definitivamente svincolata anche dalla teoria della presupposizione a cui, una parte della dottrina formatasi durante la vigenza del codice civile 1885 e talune decisioni giurisprudenziali, l'avevano ricollegata. La prima è, infatti, una fattispecie obiettivamente individuata, al contrario della presupposizione che sarebbe un fatto psicologico.

²⁶⁴ Si tratta della tesi di F. MARTORANO, "*Presupposizione*" ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 69, il quale aggiunge che l'errore sui motivi è essenziale se la rappresentazione di un evento presupposto da una parte è stata conosciuta dall'altra. Interessante appare la critica di C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, 1997, pp. 335 e ss., fondata sull'equiparazione fatta da Martorano tra errore e ignoranza.

Contro la tesi di Martorano sembrano scagliarsi anche le decisioni della giurisprudenza, secondo cui: "*Alla luce della giurisprudenza di questa Corte, dalla quale il collegio non ravvisa motivi per doversi discostare, costante nell'escludere che tra gli elementi, tassativamente indicati dall'art. 1429 c.c., ai fini dell'essenzialità dell'errore comportante l'annullamento del contratto, rientrino il valore della cosa formante oggetto di una compravendita o il prezzo (Cass. 16031/07, 11879/02, 8290/93, 721/77), a meno che la fallace rappresentazione non sia dipesa da un errore su una qualità essenziale della res empia (Cass. nn 2935/96, 985/98), accordando l'ordinamento per siffatti casi, ove ricorrano le altre particolari condizioni, lo specifico e diverso rimedio della rescissione*" cit. Cass., 27 novembre 2012, n. 21094, in *Guida dir.*, 2013, 11, p. 37.

²⁶⁵ V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi -2*, Milano, 2006, p. 526.

comune. Con il riferimento al motivo comune l'autore non intende la somma di motivi individuali, che rimangono irrilevanti, bensì una realtà oggettivamente idonea a provocare un conflitto di interessi²⁶⁶.

- Al contrario, chi considera la presupposizione come destinata a salvaguardare l'equilibrio economico del contratto e la distribuzione di rischi e danni tra le parti, non può che reputare la disciplina dell'errore - indirizzata a contemperare l'esigenza di protezione della parte che vi è caduta con l'affidamento dell'altro contraente - assai lontana dalla presupposizione²⁶⁷.

- Rafforza ulteriormente quest'ultima distinzione tra presupposizione ed errore, la dottrina che ha cura di rimarcare come siano diversi gli effetti derivanti da una domanda di annullamento per errore da quelli che assumono rilievo nel meccanismo della presupposizione; poiché se così non fosse *“la teoria della presupposizione si configurerebbe come un indecoroso trucchetto attraverso il quale fare rientrare surrettiziamente ciò a cui si è di già negato l'ingresso dalla via principale”*²⁶⁸.

- Nel progressivo oggettivarsi della presupposizione, questo tema si è legato alla causa, portando a definire la presupposizione come lo strumento che attribuisce rilevanza alla difformità tra causa concreta del negozio e causa astratta fissata dal legislatore²⁶⁹.

L'obiettivo cui mira siffatta visione, è quello di precludere *“il riconoscimento degli effetti giuridici propri di un determinato tipo a contratti che in concreto non ne realizzano la funzione”*²⁷⁰.

²⁶⁶ Si cfr. V. PIETROBON, voce *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, pp. 3 e 5 e *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 508 ss., il quale più precisamente ritiene che: (i) quando la falsa presupposizione riguardi una sola parte, ci sia un errore unilaterale sul motivo comune che determina l'annullamento per errore sull'oggetto; (ii) al contrario, quando la rappresentazione falsa riguardi entrambi i contraenti, si configuri un vero e proprio motivo comune erroneo che rileva indipendentemente dalla riconoscibilità.

²⁶⁷ M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 340.

²⁶⁸ Cit. A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 47.

²⁶⁹ V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006, p. 530.

²⁷⁰ Cit. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 231 ss.. Il discorso di Cataudella si snoda in tre tappe: la prima qualifica come inefficace il contratto a prestazioni corrispettive privo di una funzione di scambio; la seconda si fonda sull'equiparazione della presupposizione agli artt. 1447 ss. e 1467 ss. (da cui è possibile desumere il principio generale che preclude il ricollegamento degli effetti giuridici, di un determinato tipo, a contratti che in concreto non ne realizzano la funzione); la

In attuazione di ciò, la teoria causalistica prende atto: (i) dell'inefficacia del contratto fin dalla sua stipulazione, nel caso in cui la falsa presupposizione sia originaria; (ii) dell'intervenuta inefficacia (anche attraverso il ricorso ad un'azione di accertamento), laddove sia venuto meno in un secondo momento il presupposto idoneo a realizzare in concreto la funzione di scambio del contratto²⁷¹.

- In adesione all'opinione che concepisce la causa come la funzione economico-individuale del contratto²⁷², e quindi comprensiva non solo di interessi riconducibili al tipo contrattuale, ma anche degli interessi che abbiamo determinato l'operazione contrattuale, si sviluppa la tesi che considera la presupposizione come lo strumento necessario ad attribuire rilievo all'irrealizzabilità degli interessi ulteriori rispetto a quelli inquadrati nel tipo contrattuale²⁷³.

- Ciò detto, si deve evidenziare che persino le argomentazioni che si fondano sull'incontro tra presupposizione e causa non sono esenti da critiche²⁷⁴. Si pensi, a titolo esemplificativo, al fatto che la presupposizione non è un elemento

terza finale ritiene che il fondamento normativo della presupposizione non vada ricercato nei citati articoli, ma nel principio da essi reso visibile. Critica tale discorso C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, 1997, pp. 369 ss., la quale rifiuta l'equiparazione fatta da Cataudella, prima, tra risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e rescissione, poi, tra queste due e la presupposizione: "Mentre il problema che il legislatore ha visto regolato nelle discipline della rescissione e della eccessiva onerosità è, seppur sotto profili differenti, il problema dell'equilibrio contrattuale e del rapporto di valore tra le prestazioni, il problema suscitato dalla mancanza del presupposto non attiene all'equilibrio, ma alla stessa conclusione del contratto, all'interesse ad un certo tipo di scambio che con il contratto si sarebbe dovuto attuare e che, mancando il presupposto, non si può (più) attuare".

Allo stesso modo Cataudella è criticato da A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 51, nota 24, secondo cui: "Nel discorso del Cataudella circa il fondamento normativo della presupposizione chi scrive non è riuscito a trovare alcunché di realmente diverso da una ben consegnata sovrastruttura retorica di un mero giudizio libero".

²⁷¹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 231 ss..

²⁷² G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 203 ss..

²⁷³ Sul punto V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006, p. 530.

Si cfr., altresì, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato Grosso-Santoro Passatelli*, 3° ed, Milano, 1975, p. 38, secondo cui: "Nel caso in cui sia stato ceduto un bene ed emerga, in sede di ermeneutica, che i contraenti abbiano avuto altresì di mira una peculiare utilizzazione di esso, l'impossibilità di attuare quest'ultima potrà attribuire alla parte interessata un'eccezione fondata appunto sull'obbligo di esecuzione secondo buona fede". Scognamiglio è criticato da A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 63, il quale ritiene che nella prospettiva del medesimo la figura della presupposizione si configuri come una figura sintomatica di un generale criterio di disciplina avente un più vasto campo di applicazione e non già come un'autonoma categoria.

²⁷⁴ Per una ricostruzione completa si veda V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006, pp. 528 e ss..

essenziale del contratto²⁷⁵, ma piuttosto inerisce agli interessi che con esso si intendono definire, al contrario della causa che attiene alla logica degli interessi già definiti²⁷⁶.

- Dall'analisi della dottrina finora citata, emerge una predilezione degli autori per il rimedio dell'inefficacia in luogo della tradizionale nullità. Tuttavia, un richiamo alla nullità (seppur nella sua forma meno invasiva) deve essere fatto. Vi è, invero, una dottrina che ipotizza di applicare alle ipotesi di presupposizione (per mancanza originaria del presupposto) la nullità relativa, azionabile dal solo contraente della "*prestazione materialmente possibile, ma qualitativamente impossibile*"²⁷⁷.

La medesima autrice contempla, nella propria monografia, la presupposizione come una figura posta a presidio del dogma dell'irrelevanza dei motivi²⁷⁸.

- Un ulteriore rimedio riconducibile alla presupposizione è il recesso unilaterale, riconosciuto (anche in quest'ottica, come in quella che precedente) solo a favore della parte il cui presupposto sia stato al momento della conclusione del

²⁷⁵ P. GIRINO, voce *Presupposizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 780.

²⁷⁶ M. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291.

La Cassazione nella sentenza Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177 (con commento di F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il révirement della Suprema Corte*) ha distinto la causa dalla presupposizione escludendo "*che possano ad essa ricondursi fatti e circostanze ascrivibili alla causa, nel senso cioè di condizionarne la realizzazione nel suo proprio significato di causa concreta, quale interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare (cfr. Cass. 8 maggio 2006). I cc.dd. presupposti causali assumono infatti rilievo già sul piano dell'interesse che giustifica l'impegno contrattuale, e pertanto appunto la causa dello stesso*". E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1572, ritiene, invece, che la teoria causalistica sposti il problema del fondamento dell'istituto senza risolverlo.

²⁷⁷ C. CAMARDI, *Economie individuali e commessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, 1997, p. 497.

²⁷⁸ La tesi dell'autrice, C. CAMARDI, *Economie individuali e commessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, 1997, si sdoppia in due filoni: (i) uno che considera i contratti di scambio rientranti nel modello della contrattazione mercantile, in relazione ai quali la presenza del presupposto è affidata alla deroga che le parti hanno disposto in ordine al piano ordinario di vantaggi e rischi postulato dal tipo contrattuale scelto. In questo caso il giudice in via interpretativa deve ricostruire l'economia del contratto sancendo, in caso di inattuabilità della stessa, la nullità o la risoluzione dello stesso. Il giudice non può, però, modificare il contratto che si presenta iniquo, ma solo dichiarare l'inefficacia del medesimo quando riscontri l'inattuabilità del programma concordato; (ii) un secondo modello che si riferisce alle fattispecie nelle quali il presupposto inerisce all'oggetto del contratto, determinando una qualità essenziale del bene oggetto dello scambio. In questo secondo caso l'inattuabilità del programma concordato elide l'efficacia del negozio. Qui il giudice non assume alcuna funzione interpretativa, dichiarando la risoluzione o nullità per mancanza del presupposto anche se le prestazioni sono ancora possibili. *Contra* A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 99.

contratto inesistente/impossibile o il cui vincolo sia divenuto in un secondo momento intollerabile/inutile. Precisamente, secondo tale orientamento, il recesso deve essere dal giudice accordato quando appaia dovuto con riferimento al significato del contratto e ricorrendo alla sua interpretazione soggettiva e oggettiva²⁷⁹.

- Infine, vi sono autori che classificano la presupposizione come: *“Una causa di risoluzione del contratto non prevista dalla legge, ma riconosciuta dalla giurisprudenza”*²⁸⁰. Ne deriva che nel nostro ordinamento, accanto alle ipotesi di scioglimento del contratto per sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, debba aggiungersi la risoluzione per presupposizione, fondata su sopravvenienze prevedibili²⁸¹.

- Il rimedio della risoluzione è accostato alla presupposizione anche dall’opinione che richiama la clausola generale di buona fede, quale: *“Criterio idoneo per la soluzione di conflitti insorti circa la compatibilità fra adempimento e circostanze sopravvenute”*²⁸².

Le due statuizioni esaminate conclusivamente hanno il pregio di apprestare - allorché il presupposto comune venga meno dopo la stipulazione del contratto - il rimedio risolutorio, conformemente a quanto riconosciuto in via generale dal codice

²⁷⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., pp. 414 e 467. L’autore è criticato da A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, pp. 72 e ss., il quale ritiene che non sia possibile capire di cosa si occupi realmente la teoria della presupposizione del Bianca soprattutto allorquando si analizzi il caso pratico richiamato dall’autore. Infatti, il Bianca si è avvalso, nello spiegare la presupposizione, del caso in cui una parte si obblighi ad eseguire la prestazione quando avrà ottenuto un determinato finanziamento pubblico, senza spiegare se la menzione del finanziamento valga a specificare un modalità temporale della prestazione o se, invece, valga a subordinare l’obbligazione della parte all’ottenimento del contributo sperato.

Non è d’accordo con chi ricorre al recesso in caso di presupposizione F. GALGANO, *La presupposizione e le altre ipotesi di sopravvenuta mancanza della causa*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2015, p. 645, secondo cui: *“Si attribuisce così alla figura di cui all’art. 1373 la funzione di generale rimedio ad ogni difetto, originario o sopravvenuto, del contratto che questa figura non è, in verità, idonea ad assolvere”*.

²⁸⁰ Cit. F. GALGANO, *La presupposizione e le altre ipotesi di sopravvenuta mancanza della causa*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2010, p. 557.

²⁸¹ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, 2011, p. 650.

²⁸² M. BESSONE, A. D’ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 345 e M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 285, secondo cui per individuare l’insieme degli obblighi e dei rischi che gravano su ciascuno dei contraenti occorre affrontare a volta a volta questioni di qualificazione del contratto, di interpretazione delle clausole oscure e di integrazione del suo contenuto, tanto varie quanto sono diversi i singoli contratti.

civile nelle ipotesi di sopravvenienze (a causa di impossibilità ovvero di eccessiva onerosità sopravvenuta)²⁸³.

Una simile deduzione è condivisibile, ma pare esaltare il paradosso del nostro ordinamento in tema di eventi sopravvenuti. Specificamente, pur essendo la risoluzione confacente ai casi di presupposizione, ove crolla l'architettura costruito dalle parti, tale rimedio codicistico non si mostra sempre il più opportuno²⁸⁴.

Un esempio dell'inadeguatezza della risoluzione sembra essere offerto proprio dall'art. 1467 c.c., con riferimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta. Non a caso, è in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, e non in tema di presupposizione, che si sono sviluppate le tesi sulla rinegoziazione del contratto e sul controllo giudiziario²⁸⁵.

Dopo aver esaminato il tessuto dottrinale, occorre soffermarsi sulla componente giurisprudenziale che ha fortemente contribuito all'individuazione della figura della presupposizione.

In proposito, si rileva che la giurisprudenza, nonostante abbia fornito una definizione pacifica di presupposizione²⁸⁶, non ha però raggiunto altrettanta univocità di vedute in merito al rimedio applicabile alla stessa. Anzi, in relazione a ciò è stato proposto un ampio, e spesso confuso, ventaglio di soluzioni²⁸⁷:

1) vi sono decisioni che, impostando il problema in termini di errore, indicano il rimedio dell'annullamento²⁸⁸;

²⁸³ Queste tesi attribuiscono il rimedio della risoluzione alla presupposizione, pur evitando di accorparla erroneamente all'eccessiva onerosità (e ai limiti previsti per la stessa).

²⁸⁴ Si veda in proposito A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 149.

²⁸⁵ Le tesi sull'obbligo di rinegoziare del contratto saranno meglio approfondite in prosieguo.

²⁸⁶ La ricostruzione più risalente nel tempo considera la presupposizione come una condizione non sviluppata e inespressa. Tale orientamento corrisponde a quello tedesco di Windscheid, si confrontino: Cass., 17 settembre 1970, n. 1512, in *Foro it.*, 1971, I, p. 3028; Cass., 21 settembre 1981, n. 5186 in *Foro it.*, 1982, p. 106; Cass., 15 maggio 1987, n. 4487, in *Giust. civ. mass.*, 1987, 5.

²⁸⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 965.

²⁸⁸ Il ricorso all'istituto dell'errore è riscontrabile in materia lavoristica, tra le altre: Cass., 29 aprile 1959, n. 1385, in *Orient. giur. lav.*, 1959, p. 246; Trib. Milano, 11 ottobre 1948, in *Foro it.*, 1948, I, p. 994 e Trib. Torino, 3 marzo 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, p. 345.

In materia contrattuale civilistico si segnalano invece, il Trib. Pavia, 24 febbraio 1973, in *Giur. mer.*, 1974, I, p. 20 e il Trib. Taranto, 16 ottobre 2012, in www.ilcaso.it, secondo cui: "In tema di presupposizione, con riguardo ad un contratto preliminare di compravendita avente ad oggetto terreni, l'aver ignorato la non immediata edificabilità del lotto, rientra nell'ipotesi dell'errore ex art. 1429, n. 2, c.c., ossia quello

- 2) non mancano pronunce che applicano alla presupposizione la sanzione della nullità e dell'inefficacia²⁸⁹;
- 3) talune sentenze riconoscono un diritto recesso²⁹⁰;
- 4) altre pronunce si riferiscono alla risoluzione del contratto riconducendo la presupposizione all'art. 1467 c.c. e ai limiti di quest'ultimo²⁹¹;
- 5) il maggior numero di decisioni, infine, ricorre alla presupposizione sia alla presenza di un difetto originario del presupposto sia al venir meno del medesimo nella fase esecutiva, riconoscendo alle parti il diritto di domandare la

che cade sopra una qualità del bene cosicché, in via di interpretazione estensiva della predetta norma, l'annullabilità del contratto va ammessa anche quando la situazione erronea sia stata implicitamente tenuta presente da tutte le parti contraenti e sia stata la ragione determinante del consenso all'operazione economica divisa".

²⁸⁹ Si confronti Cass., 03 dicembre 2009, n. 25401, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Contratto in genere* n. 347. Si riferisce alla nullità e all'inefficacia la decisione dell'App. Torino, 11 luglio 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 6, che statuisce: "Laddove il contratto sia stato stipulato tra le parti sulla base di un presupposto costituito da una supposta disciplina giuridica del rapporto contrattuale, in realtà non sussistente, è nullo e inefficace".

Solo all'inefficacia si riferiscono, invece: Cass., 6 luglio 1971, n. 2104, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, p. 283, nonché in *Riv. not.*, 1973, p. 293 e App. Trieste, 12 ottobre 1987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 23, che in particolare precisa: "Ricorre la figura della presupposizione quando un determinato fatto, che ha costituito il presupposto comune a tutte le parti per la formazione del negozio, non si realizza per causa indipendente dalla volontà delle parti, comportando come conseguenza l'inefficacia dell'atto".

Si rinvia da ultimo alla Cass., 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502, che pur non riferendosi espressamente alla presupposizione, la evocandola quando si riferisce alla causa come "funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo" in un caso in cui un tifoso del Toro si era abbonato alle partite del nuovo campionato sul presupposto, dichiarato dal presidente della società calcistica durante la campagna abbonamenti, che il centravanti Lentini avrebbe continuato a giocare nella squadra. A stagione appena iniziata, il giocatore veniva però ceduto e il tifoso chiedeva il rimborso del prezzo pagato per l'abbonamento.

Si veda in proposito V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 957 e ss..

²⁹⁰ "La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso «esterna», che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra - valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso" cit. Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177.

²⁹¹ Le decisioni che riconducono la presupposizione all'art. 1467 c.c., applicano il rimedio della risoluzione e i limiti rinvenibili nell'articolo stesso Trib. Modena, 29 novembre 2007, in www.pluris-online.it e Cass., 14 agosto 2007, n. 17698, in *Giust. civ. mass.*, 2007.

Fanno riferimento alla risoluzione Trib. Torino, Sez. Lav., 6 febbraio 2008, in www.pluris-online.it; Cass., 24 maggio 2006, n. 6631, in *Mass. giur. it.*, 2006, p. 311, Cass., 17 maggio 2005, n. 10340, in *Il civilista*, 2009, 12, p. 88.

nullità del contratto nel primo caso e la risoluzione per fatto non imputabile nel secondo²⁹².

Appare, al contrario, consolidata nelle corti e nei tribunali la disciplina processuale della presupposizione, che - non essendo rilevabile d'ufficio - è considerata un'eccezione in senso stretto, la cui allegazione rientra nella disponibilità esclusiva della parte che resiste alla domanda²⁹³. Eppure anche in questa considerazione qualcosa stride: se la nullità è sempre rilevabile d'ufficio dal giudice, in un'ipotesi di presupposizione per così dire genetica, il giudice avrebbe il potere e dovere di accertarne la nullità anche in difetto di domanda di parte²⁹⁴.

Altrettanto pacificamente, l'indagine del giudice diretta a stabilire se una determinata situazione di fatto o di diritto sia stata tenuta presente dai contraenti secondo lo schema della presupposizione, è considerata come improntata sul piano propriamente interpretativo (attraverso il ricorso al principio della buona fede)²⁹⁵.

²⁹² Tra le altre si ricorda: Cass., 11 ottobre 1990, n. 8200, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 8, secondo cui la presupposizione determina "l'invalidità o la risoluzione del contratto, quando la situazione presupposta, passata o presente, in effetti non sia mai esistita e, comunque, non esista al momento della conclusione del contratto, ovvero quella contemplata come futura (ma certa) non si verifichi". Si cfr. anche: Cass., 14 agosto 2007, n. 17698, in *Giust. civ. mass.*, 2007; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177; Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, c. 511; Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 34; Cass., 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 857; Cass., 9 novembre 1994 n. 9304, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 11; Cass., 14 gennaio 1998, n. 295, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 64; Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *I Contratti*, 1993, p. 677 e in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601; Cass., 4 luglio 1991, n. 7368, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 7.

²⁹³ Così V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del Contratto*, V, Rimeci -2, Milano 2006, p. 541 che cita Cass., 6 ottobre 2000, n. 13333, in *Foro pad.*, 2001, I, p. 55. Inoltre, si richiamano: Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, c. 511; Cass., 13 maggio 1996, n. 4449, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 718.

²⁹⁴ Si ricorda in proposito la decisione delle Sezioni Unite del 2012: "Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti ex actis, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità incidentalmente tantum senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di remissione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste" cit. Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 9, p. 1088, in *Vita Not.* 2013, 1, p. 209 e in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, p. 563. Si veda anche Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Giust. civ. mass.*, 2014 e in *Diritto & Giustizia*, 2015.

²⁹⁵ L'indagine, riservata al giudice di merito, diretta all'individuazione dei motivi che possono attribuire rilievo alla situazione presupposta si esaurisce, quindi, sul piano ermeneutico, alla stregua degli artt. 1362 ss. (in questo senso: Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Le Società*, 2002, p. 1246; Cass., 18 settembre 2009 n. 20245, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 9, p. 1336).

In proposito, si condivide la seguente sintesi: *“Il tema della situazione presupposta apparterebbe a quella stessa zona di confine tra causa e motivi (per usare dei riferimenti terminologici acquisiti ormai in dottrina) cui appartengono motivazioni non esplicitate nella regola contrattuale, ma percepibili, attraverso i criteri dell’interpretazione”*²⁹⁶.

Con specifico riferimento alle fattispecie concrete ricondotte dalle decisioni dei giudici alla materia della presupposizione, è doveroso - in primo luogo - citare il caso di scuola più famoso: il c.d. *“Coronation Case”*, riferito all’ordinamento inglese. Esso trova il suo presupposto sulla soppressione della cerimonia di incoronazione del re Edoardo VII, avvenuta nel 1903, in occasione della quale i giudici inglesi hanno considerato legittimo il rifiuto di versare il corrispettivo da parte di chi aveva affittato il balcone per vedere il corteo reale²⁹⁷.

Come anticipato, la giurisprudenza italiana sull’argomento è nutrita e, talvolta, tende a ricondurre, sotto la rubrica della presupposizione, situazioni eterogenee tra di loro. Non è, quindi, possibile smentire chi definisce la presupposizione come: *“Una formula magica alla quale il giudice rimette problemi che non intenda o non sia in grado di governare attraverso le ordinarie tecniche di applicazione e integrazione delle discipline legali”*²⁹⁸.

Si veda, inoltre, C. CAMARDI, *Economie individuali e commessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, 1997, pp. 13 e ss., la quale riassume l’impostazione della giurisprudenza, secondo cui il contratto va riguardato dall’interprete come un’operazione economica dotata di una sua logica singolare, che deve essere ricostruita in modo obiettivo, ricorrendo anche a quanto le parti, seppur in modo non espresso, abbiano posto a fondamento dell’operazione stessa, tutte le volte in cui le circostanze sopravvenute ne mettano in pericolo la concreta realizzazione.

Concordano sul ruolo interpretativo del giudice: V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 966; R. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, pp. 86 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, 2° ed., p. 467. *Contra* la riconduzione della presupposizione all’interpretazione S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

²⁹⁶ Cit. G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 71.

²⁹⁷ V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l’obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 521 ss..

²⁹⁸ Si veda A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 117, che considera la presupposizione come il nome di un istituto o figura o principio, che condensa e stabilizza modelli decisionali e pratiche interpretative non razionali.

A titolo esemplificativo, tra i casi giurisprudenziali che hanno fornito rilievo alla presupposizione, giuridicizzando un interesse irrilevante in via autonoma²⁹⁹, si possono citare quelli aventi ad oggetto contratti di locazione³⁰⁰, di affitto³⁰¹, di mutuo³⁰², di transazione³⁰³, di garanzia³⁰⁴, di fornitura³⁰⁵, di opzione³⁰⁶, di permuta³⁰⁷ e di lavoro³⁰⁸.

Tuttavia, il più diffuso utilizzo della presupposizione si registra in materia di compravendita³⁰⁹. Una simile considerazione (ed eccezione delle ipotesi, seppur maggioritarie, in cui si tratti di un contratto preliminare di vendita) rende evidente la rottura tra presupposizione ed eccessiva onerosità sopravvenuta che, per definizione, non trova spazio per i contratti ad esecuzione istantanea, come la vendita³¹⁰.

²⁹⁹ A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 17. Belfiore nel dare enfasi alla propria teoria negativa utilizza più volte la formulazione “*giuridicizzazione di un interesse irrilevante in via autonoma*”.

³⁰⁰ Cass., 3 ottobre 1972, n. 2828, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 83; Cass., 22 settembre 1981, n. 5168, in *Foro it.*, 1982, I, c. 104; Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 1498;; Trib. Bologna, 4 dicembre 1975, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 362.

³⁰¹ Cass., 8 agosto 1978, n. 3864, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 835, che nel caso di specie ha però escluso la presupposizione.

³⁰² Trib. Firenze, 28 marzo 1998, in *Gius.*, 1998, p. 2189; Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613.

³⁰³ Cass., 15 dicembre 1987, n. 9272, in *Giust. civ. mass.*, 1997.

³⁰⁴ Trib. Napoli, 7 ottobre 2003, in *Giur. napoletana*, 2003, p. 397.

³⁰⁵ Cass., 23 settembre 2004, n. 19144, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

³⁰⁶ Tra le altre, App. Cagliari, 26 gennaio 1996 in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 65 e App. Cagliari, 23 marzo, 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 633.

³⁰⁷ Cass., 9 maggio 1981, n. 3074, in *Giur. it.*, 1983, I, I, p. 1737.

³⁰⁸ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17534, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 2155; Cass., 17 dicembre, 2004, n. 23520, in *Giust. civ. mass.*, 2005; Cass. 23 gennaio 1992, n. 728, in *Notiziario giuridico lav.*, 1992, p. 564.

³⁰⁹ Cass., 14 giugno 1966, n. 1544, in *Foro pad.*, 1967, I, p. 790 e Trib. Milano, 9 aprile 1964, in *Rass. dir. civ.*, 1965, p. 28. Si è fatto ricorso alla presupposizione anche per la vendita di partecipazioni sociali, si veda Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Le Società*, 2000, p. 1205 e in *I Contratti*, 2000, p. 1008: “*L’acquisto delle quote sociali era finalizzato all’acquisizione della disponibilità dell’esercizio commerciale, per cui fruibilità la licenza di polizia rappresentava un presupposto indispensabile; conseguentemente, l’irregolarità di detta licenza costituiva inesatto adempimento contrattuale da parte dei cedenti*”.

³¹⁰ Sull’argomento vi sono anche sentenze che escludono l’applicabilità della presupposizione alla vendita, evidenziando proprio come la presupposizione rilevi solo con riferimento ai contratti ad esecuzione continuata e periodica ovvero ad esecuzione differita. Si ricordano tra le altre le già citate sentenze, si vedano: Cass., 14 agosto 2007, n. 17698, in *Giust. civ. mass.*, 2007; Trib. Modena, 29 novembre 2007, in www.pluris-online.it. Quest’ultima in particolare statuisce: “*Nel caso in cui debba desumersi, dalle clausole di un contratto traslativo della proprietà di un terreno, che le parti intesero effettivamente far assurgere a presupposto delle volontà negoziale la futura acquisizione, da parte del terreno stesso, della qualità giuridica di «destinazione a cava», non può essere pronunciata la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, in caso di definitiva mancata sopravvenienza di tale «qualità»:*

I presupposti comuni a queste fattispecie concrete sono i più vari: nelle compravendite immobiliari o di terreni, si riscontrano con una certa frequenza pronunce che sanciscono la nullità del contratto o la risoluzione del medesimo a causa della diversa destinazione urbanistica dell'area, della non edificabilità del lotto o per il difetto di autorizzazione a costruire³¹¹.

Nonostante le numerose sentenze sull'argomento, nella maggior parte dei casi, le decisioni si chiudono con il rigetto della domanda di presupposizione per difetto, nel caso concreto, degli elementi che a parere della Cassazione caratterizzano l'istituto.

Come già anticipato, la Cassazione ritiene, infatti, che affinché possa parlarsi di presupposizione, debba sussistere: (i) una situazione di fatto o diritto comune ad entrambi i contraenti; (ii) la certezza che l'evento presupposto si realizzi nella

ed invero, il terreno non fu venduto come cava, ma come semplice terreno boschivo, e come tale ne fu trasferita immediatamente la proprietà all'acquirente. In tale fattispecie non appare pertanto applicabile l'istituto della c.d. presupposizione, e non può comunque essere richiesta la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, istituto che è applicabile solo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero differita, e non ai contratti ad esecuzione immediata come quello di cui al caso di specie".

³¹¹ La Cass., 14 novembre 2006, n. 24295, in *Guida dir.*, 2007, p. 50, ha sancito la nullità del contratto per difetto originario della presupposta edificabilità del fondo promesso in vendita, confermando le decisioni in appello e in primo grado che si basavano sull'eccezione avanzata dal convenuto di nullità del contratto per la falsa presupposizione dell'edificabilità del terreno promesso in vendita o, alternativamente, per l'essere venuta meno la situazione di fatto presupposta.

Per le argomentazioni che attribuiscono rilevanza all'inedificabilità e ai problemi urbanistici si citano i seguenti passi: (i) della Cass., 17 dicembre 1991, n. 13578, in *Mass. Giur. It.*, 1991: "Con riguardo ad un preliminare di compravendita di un terreno, la circostanza che il terreno medesimo, contrariamente alle aspettative del promissario acquirente, risulti inedificabile, può abilitare quest'ultimo a chiedere la risoluzione a norma dell'art. 1467 c.c. del rapporto, in applicazione dell'istituto della c.d. presupposizione, se l'inedificabilità sia sopravvenuta alla conclusione del contratto e, inoltre, se l'edificabilità sia stata tenuta presente da entrambi i contraenti quale presupposto oggettivo, ancorché inespresso, per la formazione del consenso"; (ii) della Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *I Contratti*, 1993, p. 677 e in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601: "Anche gli strumenti urbanistici in itinere (nella specie, piano regolatore non ancora approvato dall'autorità regionale) incidono immediatamente sulla edificabilità dei terreni [...] i possono, conseguentemente, determinare, in applicazione dell'istituto della c.d. presupposizione, la risoluzione del contratto di compravendita di un terreno stipulato dalle parti nel comune presupposto - il cui accertamento implica apprezzamenti di fatto rimessi al giudice del merito, la cui valutazione non è censurabile in sede di legittimità se non sotto il profilo del vizio di motivazione - della sua edificabilità, nel caso in cui sia, poi, accertato essere esso incluso in area che il nuovo strumento urbanistico sottrae alla edificabilità".

Con specifico riferimento agli edifici da costruire va altresì ricordato che l'art. 46 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico in materia edilizia), che ha espressamente sanzionato con la nullità gli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione e lo scioglimento di diritti reali, ove dai suddetti contratti non risultino gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Le irregolarità edilizie sono però solo in parte sottratte all'area di operatività della presupposizione, essendo controversa la possibilità di avvalersi di tale norma per i contratti preliminari difettandone l'effetto reale (come da ultimo si veda Cass., 9 maggio 2016, n. 9318, in www.iusexplorer.it).

rappresentazione delle parti; (iii) l'oggettività del presupposto; (iv) la mancanza di riferimenti al presupposto nel testo contrattuale³¹².

Si può, quindi, concludere che la Suprema Corte sia riuscita con il proprio intervento chiarificatore a limitare, almeno in parte, le istanze creative riscontrabili in tema di presupposizione.

³¹² Si veda A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 119.

1.2 La vendita di partecipazioni sociali e la presupposizione

Il contratto di cessione di partecipazioni sociali presenta particolari complessità riconducibili alla duplice natura e qualificazione giuridica del proprio oggetto³¹³.

L'oggetto immediato del contratto è, infatti, costituito dalle partecipazioni al capitale di una società, traferite dal socio uscente al socio acquirente, a un prezzo determinato o quantomeno determinabile³¹⁴. Il patrimonio, l'azienda e, più in generale, i beni sociali sono, invece, oggetti mediati, il cui trasferimento è solo una conseguenza economica alla cessione della titolarità delle partecipazioni³¹⁵.

Come vedremo, tale sdoppiamento assume particolare rilievo nel nostro ordinamento poiché manca uno strumento di tutela dell'oggetto mediato il quale, pur rimanendo sullo sfondo dell'operazione, incide notevolmente sulla complessità e sulla regolamentazione economica della medesima³¹⁶.

Le vendite di partecipazioni sociali, poiché muovono importanti risorse, richiedono di norma lunghi periodi di negoziazione e l'assunzione di costi transattivi non indifferenti³¹⁷. Pregnanti verifiche (anche attraverso lo svolgimento

³¹³ Il presente Paragrafo descrive le problematiche connesse alla vendita di partecipazioni rappresentative del capitale di una società, intesa quest'ultima come il complesso dei beni organizzati per l'esercizio collettivo di un'attività economica, allo scopo di dividerne gli utili.

E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, p. 247, sottolinea come la gestione delle imprese commerciali (ma anche l'esercizio delle più varie attività economiche e persino l'amministrazione di patrimoni privati) si svolga attraverso la veste societaria, il cui passaggio, tra i diversi soggetti della gestione, si attua con il trasferimento di partecipazioni sociali.

³¹⁴ Riferendosi alla compravendita di partecipazioni sociali, la dottrina giuridica intende, in senso atecnico e generico, la cessione di partecipazioni. Con riferimento alla nozione di oggetto del contratto di vendita si rinvia a L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015, p. 124.

³¹⁵ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. VI.

Si veda sull'argomento la recente sentenza che ha applicato alle garanzie contrattuali il termine di prescrizione decennale, Cass., 4 luglio 2014, n. 16963, in *Diritto & Giustizia*, 2014: "Nella ipotesi di cessione di azioni o di quote di società, oggetto della vendita sono le partecipazioni sociali e non i beni costituenti il patrimonio sociale. Quest'ultimo è di proprietà della società e non dei soci, i quali non sono titolari di un diritto reale sui beni sociali e subiscono, per effetto delle perdite del capitale sociale, soltanto un danno riflesso a causa della diminuzione del valore della loro partecipazione".

³¹⁶ Sul punto si rinvia a M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, in *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative* di A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2012, p. 379.

³¹⁷ Così G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. III. Si cfr. anche A. RENNA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta pie in the sky?*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, p. 259.

di *due diligence*) sono, inoltre, consigliate al socio entrante che miri all'acquisizione del pacchetto totalitario o di controllo della società³¹⁸.

I controlli sono necessari affinché il compratore sia in grado di valutare proprio le caratteristiche del bene sotteso al contratto, ossia: la consistenza patrimoniale della società (si pensi agli aspetti finanziari, all'esposizione creditoria/debitoria e alla liquidità dei debiti), le possibilità di crescita/sviluppo della stessa, le peculiarità dei rapporti contrattuali in essere, le controversie in corso e potenziali.

È, quindi, evidente che, nonostante l'assenza nel nostro ordinamento di tutele in favore dell'oggetto mediato, tra i fattori incidenti direttamente sulla quantificazione del prezzo delle partecipazioni scambiate, specifica attenzione è attribuita proprio agli *asset* aziendali³¹⁹.

La ragione per la quale la nostra legislazione trascura un aspetto che incide sensibilmente e concretamente sulle valutazioni delle parti, va ricercata nell'origine anglosassone del contratto di cessione di partecipazioni societarie, recepito nell'ordinamento italiano su impulso di traffici commerciali internazionali ed in assenza di specifica disciplina³²⁰.

³¹⁸ E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, p. 252, nota 10, individua la differenza tra il contenuto delle garanzie assunte nella cessione di un pacchetto di controllo o totalitario e quelle assunte in un pacchetto di minoranza, precisando che solo nella prima cessione l'acquirente attribuisce rilievo, oltre che al valore della partecipazione, anche agli interessi ulteriori relativi all'impresa sociale.

³¹⁹ Spesso per la determinazione del prezzo della cessione l'acquirente prende in considerazione, oltre all'ultimo bilancio approvato, anche i bilanci di più annualità nonché il bilancio dell'esercizio ancora in corso, come pure gli utili conseguiti lungo un certo arco temporale, così G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, p. 758.

Tali problematiche riguardano gli acquisti di un certo valore in mercati non borsistici, sul punto si veda E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, p. 256, nota 16, che si sofferma anche sulla compravendita avente ad oggetto titoli quotati in borsa, per la quale sono richiesti particolari obblighi ed oneri di comunicazione, all'autorità competenti, e di pubblicità. La quotazione in borsa delle azioni fornisce al compratore una certa garanzia della sussistenza o dell'assenza di determinati fatti importanti ai fini della valutazione della convenienza dell'acquisto.

³²⁰ Si veda A.P. SCARSO, *La vendita non garantita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. comm.*, 1999, II, pp. 123 ss.: "Le operazioni di acquisizione di partecipazioni sociali hanno conosciuto una continua e crescente diffusione, in linea con l'aumentata internazionalizzazione dei mercati e la rapida evoluzione nei traffici commerciali".

Di regola le parti, che intendano porre in essere l'operazione di cessione, dopo aver sottoscritto un primo atto produttivo di effetti obbligatori, si trovano davanti al notaio, per la conclusione di un secondo atto con cui si perfeziona il trasferimento della proprietà delle partecipazioni e, in occasione del quale, l'acquirente adempie la propria obbligazione pecuniaria³²¹.

La cessione di partecipazioni sociali postula, dunque, un differimento temporale, dovuto anche alla complessità dell'operazione che, come illustrato, richiede articolate verifiche, precisi adempimenti (tra cui ad esempio il nulla osta *antitrust*) e delicate negoziazioni³²².

Il differimento temporale richiama la disciplina nazionale del contratto preliminare, ma nonostante le affinità, l'equiparazione non è considerata corretta dalla dottrina predominante. La qualificazione del rapporto come contratto preliminare richiede, infatti, rigidi e predeterminati elementi non riscontrabili nella prassi del c.d. *Sale and Purchase Agreement*³²³.

Per questo motivo, una parte della scienza giuridica preferisce richiamare la categoria extra-codicistica del contratto quadro³²⁴, intendendo la cessione di partecipazioni come un vero e proprio contratto definitivo ad effetti obbligatori, nel quale l'elemento del prezzo è indicato con riferimento a margini massimi e minimi,

³²¹ "Si tratta di un *modus procedendi* che tende a soddisfare le esigenze dell'acquirente di verificare se quanto affermato dal venditore, in merito soprattutto alla valutazione patrimoniale, corrisponda al vero, ma è un modo di procedere che soddisfa anche esigenze del venditore che può verificare, ad esempio, la concessione al compratore del finanziamento necessario per effettuare l'operazione o l'ottenimento dell'autorizzazione di una *data authority*" cit. L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015, p. 65.

Per il deposito ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto dal quale risulti il trasferimento della partecipazione sociale e le correlative variazioni del contratto di società, la legge prescrive che, ai fini dell'attuazione della necessaria pubblicità, debba essere utilizzato l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata. Ciò non toglie che la cessione priva di tali requisiti sia comunque efficace, quantomeno *inter partes*.

³²² Si anche confronti la decisione Cass., 28 marzo 1996, n. 2843, in *Giur. comm.* 1998, II, p. 362, che riconduce il contratto con cui vengono cedute le quote di una società in cambio di un prezzo alla vendita di cui al codice civile.

³²³ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 15. L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015, p. 66. Per la disciplina del contratto preliminare si rinvia al Capitolo I, Paragrafo 2.2, ricordando che la funzione del contratto preliminare è quella di obbligare le parti a concludere un futuro contratto. Tale effetto giuridico non può essere attribuito alla sottoscrizione di una lettera di intenti o ad altri tipi di accordi preparatori.

³²⁴ Per approfondimenti sul contratto quadro si rinvia al Capitolo I, Paragrafo 2.3.

con riserva di precisarlo in una fase successiva che trova attuazione attraverso il consecutivo contratto³²⁵.

Si segnala, inoltre, che non di rado il trasferimento di proprietà è concretizzato ricorrendo all'esercizio di un'opzione, realizzando così una cessione di partecipazioni sociali ad esecuzione differita³²⁶.

Capire come si struttura l'operazione di cessione di partecipazioni ha importanza non solo ai fini classificatori, ma anche con riferimento alla materia delle sopravvenienze e della presupposizione³²⁷.

Innanzitutto, il periodo che va dal *signing* (sottoscrizione dell'accordo preparatorio) al *closing*³²⁸ (perfezionamento dell'operazione) è molto delicato, sia perché la società continua ad essere operativa³²⁹ ed influenzata del generale andamento del mercato, sia perché il venditore ne mantiene la gestione senza avere più interesse a valorizzarla³³⁰.

³²⁵ Così G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, p. 762.

G. ROSSI, *Le condizioni del closing*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli- M. De André, 1990, p. 171 ss., fa una ripartizione tra il contratto definitivo di compravendita che si colloca alla conclusione delle trattative o che realizza il preliminare e il successivo perfezionamento, che generalmente coincide con il momento in cui le obbligazioni delle parti sono divenute esigibili, essendosi verificate tutte le condizioni previste nel contratto. Con il *closing* si verifica, quindi, la definitiva intestazione dei titoli in capo all'acquirente e la sua iscrizione nel libro dei soci della società emittente.

³²⁶ Si rinvia al Capitolo I, Paragrafo 2.4 sull'opzione e in particolare alla decisione App. 26 gennaio 1996 in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 65. L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015, p. 315, precisa che: "Tra le clausole che riguardano le partecipazioni sociali, si vanno sempre più diffondendo quelle c.d. put and call in virtù delle quali una parte del capitale sociale non ceduto con il contratto originario potrà essere ceduta o acquistata successivamente. Si tratta di due pattuizioni (alcune volte anche accorpate in un'unica clausola) che sono state qualificate come diritti di opzione. Con la clausola put una parte si riserva il diritto di cedere la propria quota, con la clausola call un parte si riserva il diritto di acquisire la quota di controparte".

³²⁷ Così M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 35.

³²⁸ Il *closing* richiede il compimento di tutta una serie di attività contestuali al trasferimento della proprietà delle azioni.

³²⁹ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 25, considera l'azienda come un "bene vivo".

³³⁰ Così G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 25. L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015, p. 343, dichiara: "Problema particolarmente sentito in un contratto di acquisizione di partecipazioni sociali è quello relativo all'amministrazione della società target nel periodo intercorrente tra il signing e il closing, soprattutto in ipotesi di acquisto totalitario posto che il venditore potrebbe disinteressarsi della gestione societaria o peggio ancora, porre in essere operazioni che pregiudicano l'aspettativa dell'acquirente relativamente ad una determinata consistenza patrimoniale della società o, comunque, alla sua situazione economico-finanziaria".

È, dunque, frequente che durante questo periodo interinale la società subisca variazioni di una certa rilevanza.

Al verificarsi di sopravvenienze non sembra, in linea di massima, esclusa la possibilità per la parte svantaggiata di avvalersi della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, di cui all'art. 1467 c.c.. Il ricorso all'eccessiva onerosità codicistica appare, però, difficoltoso. Per esperire efficacemente l'azione di risoluzione occorre, infatti, provare che sia sopraggiunta una modifica di valore delle partecipazioni non rientrante nell'alea normale del contratto e dovuta ad un evento straordinario e imprevedibile³³¹.

L'acquirente dovrebbe, pertanto, tutelarsi in via preventiva (e in alternativa al difficile esercizio di questa azione giudiziaria) introducendo nel testo contrattuale preparatorio specifiche clausole destinate a condizionare l'efficacia del contratto ed a consentire, a seconda dei casi, di svincolarsi o di ottenerne un adeguamento dello stesso.

Il ricorso a simili clausole permette ai contraenti di negoziare gli effetti delle sopravvenienze incidenti sull'oggetto mediato nel c.d. *interim period*³³² (tra cui ad

³³¹ Non sembra potersi negare al venditore la possibilità di esercitare l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, determinata da eventi straordinari ed imprevedibili, con conseguente diritto del compratore di paralizzarla offrendo di ricondurre il contratto ad equità, attraverso una integrazione del prezzo, così G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, p. 769.

Il Tribunale di Bologna, con decisione del 12 gennaio 2011, ha escluso il ricorso all'eccessiva onerosità sopravvenuta nel caso di vendita di partecipazioni sociali ritenendo tra l'altro che: "La variabilità del valore delle azioni di una società nel tempo potrebbe rientrare nell'alea normale del contratto in quanto caratteristica specifica della tipologia di bene in questione, onde, ad abundantiam, l'applicazione dell'art. 1467 c.c. dovrebbe escludersi anche sotto tale profilo". Conformi sono anche Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 748 e Trib. Milano, 06 febbraio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 7.

In proposito, si rinvia al testo di O. CAGNASSO, *Trasferimento delle partecipazioni sociali, contratto aleatorio e rescissione per lesione*, commento a Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, secondo cui nel caso di variazione di valore della partecipazione viene in gioco la nozione di alea normale del contratto e non quella di contratto aleatorio, essendo le problematiche relative al patrimonio sociale profili estranei all'oggetto della vendita e, quindi, non in grado di incidere sulla natura di tale contratto.

G. IORIO, *Strutture e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, p. 80, esclude il rimedio dell'art. 1467 c.c. quando le parti abbiano introdotto meccanismi di revisione periodica del corrispettivo.

Si confronti, infine, M. CAMPOBASSO, *Vendita del pacchetto azionario di società in liquidazione per perdite*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 382, e la più generica decisione del Trib. Milano, 15 febbraio 2006, in *Impresa*, 2007, p. 591.

³³² G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, p. 764.

esempio: la *material adverse change clause*³³³, la *price adjustment clause*³³⁴ e i *convenant*³³⁵).

Le seccature per l'acquirente non sono limitate solo al periodo preparatorio e antecedente alla cessione delle partecipazioni, ma possono sorgere anche a seguito del trasferimento della proprietà (normalmente concomitante al *closing*).

Ad esempio, dopo il passaggio di consegne l'acquirente potrebbe riscontrare delle difformità tra le reali caratteristiche della c.d. società *target* (i.e. reddituali, patrimoniali, legali) e la documentazione o le dichiarazioni rilasciate dal venditore in sede di trattative³³⁶.

In questa fase, avendo il contratto già avuto esecuzione, ogni richiamo all'eccessiva onerosità è precluso al nuovo socio.

Ci si domanda, invece, se all'acquirente di un pacchetto azionario totalitario, relativo ad un'impresa che si dimostri inconsistente o insoddisfacente, sia consentito invocare le norme di cui alla compravendita codicistica ed in particolare gli artt. 1494 e 1497 c.c., sui vizi e sulle mancanza di qualità del bene³³⁷. D'altronde, la

³³³ Con la definizione nel contratto delle clausole di *material adverse change* o *material adverse effect*, le parti cercano di prevedere cosa potrebbe accadere alla società nel c.d. *interim period*, scegliendo quali rischi sopportare e quali rischi consentono, invece, all'acquirente di svincolarsi dall'operazione. Normalmente tali clausole sono divise in due parti: (i) una prima parte, più ampia, definisce cosa s'intende per cambiamento avverso rilevante o per effetto negativo rilevante; (ii) una seconda parte analitica, contiene un elenco di eccezioni che sono escluse dai possibili eventi considerati rilevanti; si veda G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 102. Nel diritto italiano queste clausole sarebbero riconducibili a condizioni sospensive. Secondo un autore tali clausole vanno a modificare la disciplina legale dell'art. 1467 c.c., determinando per l'alienante un ampliamento dell'alea, così M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 253.

³³⁴ La possibilità di aggiustare il prezzo richiede di operare un confronto tra la situazione patrimoniale in considerazione della quale si è determinato il prezzo scritto nello SPA e la situazione in cui trova la società al momento del *closing*, analizzando il c.d. *closing date financial statement*, la cui redazione può essere affidata anche ad un terzo imparziale; sul punto si veda G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 121.

³³⁵ I *convenant* impongono un determinato comportamento al venditore durante il periodo precedente al perfezionarsi della cessione.

³³⁶ M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, in *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative* di A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2012 p. 379.

³³⁷ Si segnala anche la tesi minoritaria accolta inizialmente dalla sentenza Cass., 27 luglio 1933 (sentenza Raggio), in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 123 ss..

In dottrina, si vedano: L. MOSSA, *La vendita dell'impresa sociale*, in *Ann. dir. comp.*, VII, 1932, p. 159 e V. SALANDRA, senza titolo, in *Foro it.*, 1936, I, c. 207, che considera la vendita delle partecipazioni come un negozio indiretto: "Se le parti prendono immediatamente in considerazione come oggetto diretto del contratto quello che ne è ordinariamente l'oggetto mediato e considerano la vendita delle azioni come un mero

cessione di partecipazioni sociali presuppone un trasferimento della proprietà di una cosa (la partecipazione sociale) verso il corrispettivo di un prezzo, come richiesto dalla compravendita di cui all'art. 1470 c.c.³³⁸.

L'inquadramento appare, però, forzato poiché *“a bene vedere, nessuna norma - ma proprio nessuna del Capo Della vendita - si occupa in modo rilevante della cessione delle partecipazioni sociali, tanto meno di partecipazioni sociali di controllo”*³³⁹ e in ogni caso insoddisfacente con riferimento all'oggetto mediato del contratto³⁴⁰.

In proposito, si ricorda che l'impresa sociale non è soggetta ad alcuna vicenda transattiva anche quando il prezzo delle partecipazioni sia negoziato dalle parti tenendo conto del valore della medesima³⁴¹.

strumento formale per conseguire la cessione della totalità o di parte notevole dell'azienda anche questo oggetto indiretto del negozio diventa giuridicamente rilevante”.

T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 240, considera le azioni come beni di secondo grado, rappresentative di diritti relativi a beni che appartengono economicamente al titolare di azioni stesse. Si confronti in proposito la sentenza Cass., 9 settembre 2004, n. 18181, in *Giust. civ. mass.*, 2005, secondo cui: *“Le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di «secondo grado», in quanto non sono del tutto distinti e separati da quelli compresi nel patrimonio sociale, e sono rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale; pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede. Ne consegue che la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex art. 1497, c.c., ovvero, qualora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi «radicalmente diversi» da quelli pattuiti, l'esperimento di un'ordinaria azione di risoluzione ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.”.*

Contra queste tesi minoritarie si vedano in dottrina le opinioni di P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 123 e di G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, c. 718. Quest'ultimo ritiene consentito parlare di negozio indiretto quando lo scopo che si vuole raggiungere indirettamente sia dalle parti perseguibile, ma nella vendita di partecipazioni sociali, il trasferimento del patrimonio sociale è uno scopo che non può essere raggiunto dato che il titolare del patrimonio sociale è la società e non i singoli soci.

³³⁸ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 15.

³³⁹ Cit. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 15.

³⁴⁰ L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015, p. 65, ritiene: *“Le parti, in un contratto di acquisto di partecipazioni sociali, a seguito del buon esito delle trattative procedono alla stipula del contratto definitivo, soggetto ad una serie di precedent conditions, seguita da quello che viene definito closing, ossia l'attività a mezzo della quale le parti procedono alla formale e definitiva intestazione delle partecipazioni sociali, con le modalità richieste a seconda del tipo societario e a seconda del fatto che la società sia o meno quotata”.*

³⁴¹ G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, p. 767.

Il ricorso alle garanzie della compravendita è ammissibile, quindi, solo con riferimento alle difformità riguardanti il complesso dei diritti e degli obblighi incorporati o comunque relativi alle partecipazioni e non può estendersi a beni di proprietà di un soggetto terzo rispetto al socio, quale è la società³⁴².

Il compratore è privo di tutela, anche laddove dichiarasse di essere incorso in errore sul patrimonio sociale o attinente al valore delle partecipazioni³⁴³. L'errore è, infatti, essenziale solo se, cadendo sull'identità delle partecipazioni sociali ovvero sulla qualità delle stesse (art. 1429 c.c.)³⁴⁴, incide direttamente sul pacchetto oggetto di acquisto³⁴⁵.

³⁴² Si pensi alle caratteristiche delle partecipazioni, che possono essere ordinarie, di godimento, di risparmio, a voto limitato, privilegiate, con o senza prestazioni accessorie. In proposito si rinvia alla decisione Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1049, che si riferisce alle facoltà e ai diritti conferiti al titolare delle partecipazioni.

G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959, I, p. 290, ritiene non esatto il richiamo fatto da una sentenza (Cass., 28 agosto 1952, n. 2784, in *Foro it.*, 1953, I, p. 1639) all'*aliud pro alio*, invece, invocabile quando non sia riscontrabile l'identità tra le azioni contrattate e le azioni consegnate, rendendo il venditore inadempiente al suo obbligo di consegnare un bene corrispondente a quello su cui è caduto il consenso. Così anche E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, p. 252, nota 26.

Contra tali opinioni si veda una decisione che riconosce l'inadempimento, anche nel caso di *aliud pro alio*, per una cessione di quote di una società priva della licenza per gestire un bar-tabaccaria (Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Le Società*, 2000, p. 1205 e in *I Contratti*, 2000, p. 1008).

Si rinvia in proposito a R. ROLLI, *Cessione di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro aliud?*, in *Contr. impr.* 1994, pp. 183 ss. e a F. GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contr. impr.*, 2004, pp. 537 e ss..

³⁴³ Si cfr.: Cass., 14 febbraio 1963, n. 325, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 743; App. Milano, 13 aprile 1951, in *Foro it.*, 1951, I, p. 607. Si veda, inoltre, F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizione di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli - M. De Andrè, 1990, p. 21.

³⁴⁴ Si rinvia a: E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, p. 265; U. CARNEVALI, *Garanzie nella cessione di quote sociali*, in *Le Società*, 1991, p. 969; G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 292.

In questo senso anche la giurisprudenza di cui in particolare si richiama la seguente massima: "In caso di compravendita delle azioni di una società, che si assume stipulata ad un prezzo non corrispondente al loro effettivo valore, senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla situazione patrimoniale della società stessa, il valore economico dell'azione non rientra tra le qualità di cui all'art. 1429 n. 2 c.c., relativo all'errore essenziale. Pertanto, non è configurabile un'azione di annullamento della compravendita, basata su una pretesa revisione del prezzo tramite la revisione di atti contabili (bilancio e conto profitti e perdite ex art. 2423 e ss. c.c.), per dimostrare quello che non è altro che un errore di valutazione da parte dell'acquirente, anche quando il bilancio della società pubblicato prima della vendita sia falso e nasconda una situazione in forza della quale devono applicarsi gli art. 2447 e 2448 n. 4" cit. Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1049. Si confronti anche la sentenza Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 103.

³⁴⁵ Si veda G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, p. 719, secondo cui la consistenza del patrimonio sociale non può essere considerata

Differente è l'ipotesi di dolo, potendo l'inganno o l'artificio del venditore riguardare qualsiasi rappresentazione della realtà (anche concernente il patrimonio e il reddito della società) che abbia indotto l'acquirente a concludere il contratto³⁴⁶. Il ricorso al risarcimento del danno è, nel contempo, esperibile seppur sia concretamente ostacolato dalle difficoltà probatorie³⁴⁷.

L'irrilevanza per il patrimonio sociale - sottostante alla cessione di partecipazioni - trova conferma in numerose pronunce giurisprudenziali, che si soffermano sull'oggetto mediato solo nell'ipotesi in cui le parti abbiano convenzionalmente introdotto nel testo contrattuale dichiarazioni e garanzie a favore del socio entrante (c.d. *representations and warranties*)³⁴⁸. La tutela del

come una qualità intrinseca dell'azione, essendo un elemento che influisce unicamente sul valore dell'azione. Pertanto, per arrivare ad ammettere l'annullamento del contratto sulla base dei principi dell'errore, bisogna ammettere che anche l'errore sul valore possa determinare l'annullamento del contratto.

Sull'argomento si confronti anche M. CAMPOBASSO, *Vendita del pacchetto azionario di società in liquidazione per perdite*, in *Riv. Dir. priv.*, 1996, p. 371.

³⁴⁶ G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959, I, p. 291, precisa che: "Se il venditore sapeva che la reale situazione del patrimonio sociale era diversa da quella che egli veniva rappresentando al compratore, o comunque da quella che le parti contraenti espressamente consideravano come essenziali nell'economia del contratto, deve ritenersi propria la disciplina del vizio del consenso provocato dal dolo: essendo da accettare quella posizione più avanzata della dottrina che dà rilevanza all'errore provocato anche dal cosiddetto dolo passivo".

In tema di dolo si veda la recente decisione del Trib. Milano, 5 gennaio 2015, n. 32, in www.giurisprudenzadelleimprese.it: "Sia l'impugnazione di un contratto di cessione di partecipazioni sociali ex art. 1439 c.c. quando, pur essendo il suo oggetto un bene c.d. di secondo grado rappresentato da un complesso obiettivo di posizioni giuridiche irriducibile al patrimonio della società, si deduca che proprio l'inganno consapevole del cedente in merito ad una componente di quel patrimonio abbia indotto il cessionario ad una falsa rappresentazione tale da indurlo all'acquisto, b) sia che il dolus malus dell'alienante possa esser consistito anche solo nella consapevole reticenza di una specifica circostanza ove si dimostri che tale silenzio sia stato sufficiente ad occultarla all'acquirente che pure abbia speso nella trattativa la propria ordinaria diligenza, e si provi che l'ingannato non avrebbe proceduto all'affare ove notiziato della circostanza stessa".

³⁴⁷ Si veda E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I, p. 269.

Per completezza si precisa che potrebbe applicarsi alla fattispecie in esame anche la rescissione per lesione, pur apparando difficile individuare casi concreti di stato di bisogno e di approfittamento dell'altra parte.

³⁴⁸ Per *representation* si intende la dichiarazione resa su un fatto passato o presente, con *warranty* si intende la promessa che un fatto corrisponda al vero e quindi una assunzione di responsabilità circa la verità del fatto dichiarato G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 154.

compratore risulta, in concreto, rimessa alla bravura del professionista che lo assiste, nel negoziare un reticolo di previsioni cautelative il più possibile completo³⁴⁹.

In caso di violazione di dichiarazioni e garanzie in merito alla consistenza o alla composizione dei beni sociali (si pensi ad esempio alla veridicità dei bilanci, alla capienza del magazzino e al rispetto di norme di legge)³⁵⁰, il compratore avrà, ad esempio, diritto di ottenere un indennizzo o la riduzione del prezzo³⁵¹.

Pertanto, la redazione di specifiche clausole contrattuali - che estendano le obbligazioni nascenti dalla vendita di partecipazioni sociali a beni appartenenti ad un soggetto diverso dal venditore - appare imprescindibile al fine di salvaguardare l'acquirente da spiacevoli sorprese³⁵².

Per il vero, uno strumento di protezione dell'acquirente è stato individuato nel nostro ordinamento anche in assenza di previsioni pattizie. Prima la dottrina e poi la giurisprudenza minoritaria hanno, infatti, riconosciuto nella presupposizione un presidio a tutela del compratore che non si sia preventivamente cautelato

³⁴⁹ Cit. G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 290.

In proposito si segnala la recente sentenza Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, che statuisce: "In tema di cessione delle partecipazioni sociali, le clausole con le quali il venditore assuma l'impegno di tenere indenne l'acquirente dal rischio connesso al verificarsi, successivamente alla conclusione del contratto, di perdite o di sopravvenienze passive della società hanno a oggetto obbligazioni accessorie al trasferimento del diritto oggetto del contratto, che sono volte a garantire l'esito economico dell'operazione; pertanto, non rientrando tali pattuizioni nella garanzia legale relativa alla mancanza delle qualità promesse ai sensi dell'articolo 1497 c.c., trova applicazione la prescrizione ordinaria decennale e non quella di cui all'articolo 1495 c.c., richiamato dall'articolo 1497 c.c."

³⁵⁰ Così E. RUSSO, *Le tutele legali*, in *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, a cura di U. Draetta e C. Monesi, 2007, p. 453.

L'inganno può configurarsi anche con il silenzio su circostanze che non potevano dirsi taciute, si veda sul punto G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

³⁵¹ Più garanzie sono introdotte nel testo contrattuale più alto è il prezzo delle azioni, pertanto tali clausole sono un vero e proprio strumento di valutazione del prezzo. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 40.

Sulla necessità di introdurre garanzie nel testo del contratto si vedano tra le altre: Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 103; Cass., 13 dicembre 2006, n. 26690, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 12 e in *Giur. comm.*, 2008, 5, II, p. 948; App. Milano, 28 gennaio 2009, in *Le Società*, 2010, 3, p. 339.

³⁵² Il presente studio non si occupa dell'analisi delle previsioni pattizie, per approfondimenti si rinvia ai testi di: G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001; F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizione di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli - M. De Andrè, 1990, p. 21; P. CASELLA, *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore* in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli - M. De Andrè, 1990; V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzia del venditore*, in *Notariato*, 2, 2012, pp. 203 ss., *Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo*, in *I Contratti*, 12, 2011, pp. 1611 ss..

attraverso la predisposizione di clausole specifiche. Tale rimedio secondo la dottrina può essere utilizzato quando il socio uscente abbia inequivocabilmente conosciuto e condiviso l'interesse esclusivo del compratore a subentrare nella disponibilità del patrimonio societario³⁵³.

Miratamente, la dottrina favorevole a siffatto approccio, considera la presupposizione come l'unico strumento servibile per liberare l'acquirente da una composizione patrimoniale non corrispondente alle previsioni e pattuizioni³⁵⁴.

³⁵³ Così M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, in *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative* di A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2012 p. 380 e M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 145.

Esaustiva appare l'analisi effettuata dalla sentenza Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, che pur non applica tale istituto della presupposizione.

³⁵⁴ La proposta di ricorrere alla presupposizione è stata originariamente formulata da G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, p. 720: "Quando le parti, nella cessione della quota sociale, fanno riferimento alla consistenza patrimoniale della società e si propongono di conseguire come scopo economico la disponibilità dell'azienda sociale". P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II p. 137, ha dichiarato che: "Circa la presupposizione, in astratto si può forse non condividere perfettamente la comune ripugnanza ad ammetterla: si può considerare che, al postutto, dato il suo fondamento bilaterale, essa può trovare un addentellato nella stessa disciplina legislativa dell'interpretazione dei contratti [...]". "Solo che, ammessa pure la teoria della presupposizione, il campo suo proprio è quello dei contratti ad esecuzione successiva, mentre il campo che meno si presta è quello del prezzo di vendita nei contratti ad esecuzione istantanea".

Sul punto si veda anche G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, I, p. 294: "In vista di un'interpretazione integrativa del contratto, non potrebbero, invero, disconoscersi, alla stregua di un comportamento di buona fede, che esista immanente nel contratto di vendita delle azioni una riserva antitetica al regolamento di interessi posti in essere, per il caso in cui i beni sociali o le posizioni economiche risultino difformi quelli considerati. Una siffatta riserva, poi, non potrebbe che essere nel senso della risoluzione del contratto, come è già stato autorevolmente indicato".

Si rinvia, inoltre, R. SACCO, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. SACCO), I, 3° ed., Torino, 2005, p. 545, secondo cui la teoria della presupposizione è l'unica che consenta di squarciare il velo dell'appartenenza alla società del bene voluto acquistare dalle parti con l'acquisto di partecipazioni sociali: "Sei il venditore è in buona fede, l'unico rimedio servibile è dato in ragione della presupposizione", l'autore richiama, invece, implicitamente il dolo per l'ipotesi di venditore in mala fede.

Infine, si cfr. C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, Diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1991, pp. 99 - 297.

Ammette la possibilità di avvalersi della presupposizione solo per le circostanze sopraggiunte ad alterare il presupposto sotto cui si sono svolte le trattative, D. GALLETTI, *Brevi note in tema di vendita di quota sociale ed errore sui motivi*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1997, II, p. 35.

Il ricorso alla presupposizione è stato, invece, contestato da parte di altri autori, tra cui in particolare G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, p. 769, che dichiara: "Sembra caduto nel vuoto anche il suggerimento di avvalersi della teoria della presupposizione per tutelare il compratore del rischio di sopravvenienze o di vizi riguardanti la consistenza patrimoniale dei beni sociali: ancora una volta prevale il convincimento per cui taluni motivi, o taluni interessi, o taluni valori economici acquistano rilievo giuridico solo se le parti concordemente abbiano espressamente dichiarato di volerli riconoscere".

Della medesima opinione sono: M. CAMPOBASSO, *Vendita del pacchetto azionario di società in liquidazione per perdite*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, p. 384, e G. VIDIRI, *Vendita di titoli azionari, errore su qualità*

Per di più, la presupposizione si presta ad essere utilizzata sia mancanza del presupposto - che le parti abbiano comunemente avuto presente al momento della conclusione del contratto - sia laddove si sia verificata una sua modifica successiva³⁵⁵.

Quanto alla giurisprudenza, la decisione che per la prima volta si è avvalsa della presupposizione in materia di cessione di partecipazioni, riguarda l'acquisto di un pacchetto totalitario di una società, il cui patrimonio consisteva unicamente in un panfilo. A distanza di poco tempo dalla conclusione del contratto il panfilo era stato posto sotto sequestro per circa due anni. L'acquirente era, quindi, subentrato nella posizione di socio al fine di godere del natante, senza che tale godimento potesse concretarsi fintanto che il sequestro non fosse stato revocato.

La Suprema Corte, individuando il presupposto del contratto di compravendita azionaria proprio nel trasferimento e nel godimento dell'imbarcazione di proprietà della società, ha accolto la pretesa di parte acquirente accordando la risoluzione del contratto³⁵⁶.

essenziale e presupposizione, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1056, non potendo siffatto istituto identificarsi in una valutazione del titolo azionario alla stregua del solo patrimonio della società.

La difficoltà di individuare le diverse variabili incidenti sul titolo azionario trova conferma anche nella giurisprudenza di merito, si veda in proposito l'ordinanza, Trib. Milano, Sez. Imp., 21 febbraio 2013: *"Considerato che il risultato dell'attività di impresa - secondo il corso originario degli eventi - è frutto e conseguenza della sinergia di svariati fattori, ivi comprese le scelte gestionali degli organi sociali preposti alla conduzione dell'impresa, non si riviene allo stato alcun elemento in atti che consenta di affermare che gli sfavorevoli risultati della gestione imprenditoriale siano esclusivamente ascrivibili alla sopravvenuta crisi economica del 2008, e non invece alle scelte gestionali [...]"*.

³⁵⁵ Si rinvia al Paragrafo precedente.

³⁵⁶ *"Il venir meno o il mancato avveramento delle circostanze di fatto o di diritto non dipendenti dalla volontà dei contraenti ma a questi comuni perché tenute da loro presenti nella formazione del consenso come presupposto del volere determinante ai fini della persistenza del vincolo contrattuale (c.d. presupposizione), è causa di risoluzione del contratto anche se non collegato sotto il profilo causale alla violazione delle obbligazioni contrattuali delle parti, dalla volontà delle quali la situazione presupposta deve essere anzi, del tutto indipendente (nella specie, enunciando l'esposto principio, la corte suprema ha ritenuto che il contratto di acquisto delle azioni di una società proprietaria di un panfilo, stipulato allo scopo, comune ad entrambe le parti, di procurare all'acquirente la disponibilità dell'imbarcazione, potesse essere risolto per il venir meno del presupposto della immediata utilizzabilità di tale imbarcazione in seguito al sequestro giudiziario eseguito da un terzo, anche se tale sequestro non poteva essere addebitabile al venditore delle azioni)"* cit. Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.* 1992, I, 1, c. 2210.

Si veda in merito ad una società di persone la seguente decisione della Suprema Corte: Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Le Società*, 2000, p. 1205 e in *I Contratti*, 2000, p. 1008, e nel caso di vendita con opzione due decisioni della Corte di Appello di Cagliari: App. Cagliari, 26 gennaio 1996 in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 65; App. Cagliari, 23 marzo 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 633. La prima delle due citate sentenze cagliaritanee, statuisce che: *"Ricorre la presupposizione, con conseguente risolubilità del*

La logica a cui mira la dottrina (e anche la giurisprudenza con riferimento alla citata decisione) è quella di riconoscere concreto rilievo al patrimonio sociale, quando le parti abbiano basato la propria contrattazione esclusivamente sulla consistenza dello stesso.

Per converso, è proprio la ricerca e l'individuazione di tale presupposto comune a rendere quest'istituto extracodistico, pur teoricamente applicabile, incerto. Il caso esaminato ne è un esempio, poiché aveva quale peculiarità la redazione di un documento - prodotto dalle parti in causa - da cui risultava chiaramente che la cessione delle azioni era solo il mezzo tecnico per attuare il trasferimento del natante³⁵⁷.

Senonché, al fine di rendere meno difficoltoso l'impiego della presupposizione in questa materia, un autore ha suggerito di inserire nelle premesse del contratto (c.d. *recitals*) i motivi della stipulazione³⁵⁸. Queste motivazioni - ricorrendo ad una interpretazione secondo buona fede - possono, infatti, consentire

contratto a norma dell'art. 1467 c.c., in caso di vendita di quote sociali (perfezionatasi in seguito alla conclusione di un patto di opzione), qualora sopravvenga in tempi brevi il successivo scioglimento della società per perdita del capitale sociale e conseguente liquidazione della stessa, verificandosi così una situazione che incide, stravolgendolo, sull'assetto d'interessi presupposto delle parti all'atto della vendita".

All'opposto, nella pronuncia App. Milano, 28 gennaio 2009, in *Le Società*, 2010, 3, p. 339, avente ad oggetto una cessione con scopo il godimento di un immobile e dei suoi arredi, successivamente venduti all'incanto in un procedimento esecutivo, la Corte d'Appello ha statuito: *"La cessione delle azioni o quote di una società di capitali o di persone fisiche ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e solo quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta; pertanto, le carenze o i vizi relativi alle caratteristiche e al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale - e, di riverbero, alla consistenza economica della partecipazione - possono giustificare l'annullamento del contratto per errore o, ai sensi dell'art. 1497 c.c., la risoluzione per difetto di «qualità» della cosa venduta solo se il cedente abbia fornito, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali, ovvero nel caso di dolo di un contraente, quando il mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società siano accompagnate da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno ed idonee, in concreto, a sorprendere una persona di normale diligenza"* (massima non ufficiale).

³⁵⁷ *"Il vero oggetto del contratto di compravendita fu la nave e non il pacchetto azionario della società"*. Si veda sull'argomento A.P. SCARSO, *La vendita non garantita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. comm.*, 1999, II, pp. 123 ss..

³⁵⁸ La tesi è di G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 90, che ritiene che le premesse non siano né inutili né irrilevanti e che i motivi dichiarati, anche se vi è incertezza sul loro valore vincolante, possono comunque essere indizi o fonti di prova a fondamento della presupposizione. *Contra* l'indicazione nel testo contrattuale dei motivi si veda la critica al Bianca di A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 79, secondo cui: *"Sullo schema del contratto di compravendita le parti hanno innestato una clausola contrattuale che racchiude un modello di giuridicizzazione dei motivi, che è, al tempo stesso, incompleto e sconosciuto dal codice"*. Si preoccupa proprio della commistione tra motivi e presupposizione il Tribunale di Milano in una decisione con cui ha ritenuto che attribuire rilevanza alla presupposizione nel contratto di vendita di

al giudice di ricostruire più agevolmente il presupposto comune del contratto necessario affinché operi l'istituto in esame³⁵⁹.

Oltre alle difficoltà interpretative, un diverso limite all'utilizzo della presupposizione è inscindibilmente connesso alle caratteristiche proprie della cessione di partecipazioni, in cui le quote o le azioni rappresentano la misura partecipativa di una società mutevole e suscettibile di continue variazioni³⁶⁰.

In particolare, la presupposizione azionata con riferimento ad un contratto di vendita di partecipazioni sociali potrebbe essere strumentalizzata al fine di scaricare sull'alienante fatti verificatisi quando l'impresa sociale era già sotto il controllo dell'acquirente e astrattamente riconducibili alla gestione di quest'ultimo³⁶¹.

Onde evitare tale conseguenza, si ritiene che il ricorso alla presupposizione possa essere correttamente esperito solo per fatti relativi al periodo tra *singing* e *closing*, ossia prima che sia intervenuto il trasferimento di proprietà delle partecipazioni e il passaggio di controllo della società³⁶². In mancanza di previsioni

partecipazioni sociali, significherebbe sopravvalutare le motivazioni soggettive delle parti ed aprire la strada all'errore sul motivo (cfr. Trib. Milano, 17 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 297 ss.).

³⁵⁹ Un esempio utile è offerto nel libro esplicativo di G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 90: "Il seller cede la target perché il mercato è in crescita, la target non ha una struttura sufficiente a far fronte all'investimento della domanda e non vuole fare investimenti; dal canto suo, il buyer compra proprio perché il mercato su cui opera la target è in crescita e intende fare un buon investimento entrando nel mercato all'inizio della fase di ascesa. Se contestualmente alla conclusione del SPA il mercato crolla, cade il presupposto comune, perché il seller non avrebbe ceduto la propria partecipazione nella target se fosse riuscito a soddisfare la domanda senza dover fare investimenti, cosa che si verifica se il mercato si contrae, e il buyer non avrebbe deciso di acquistare e fare investimenti a fronte di un mercato in crisi".

Del medesimo parere è E. RUSSO, *Le tutele legali*, in *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, a cura di U. Draetta e C. Monesi, 2007, p. 451.

³⁶⁰ La società è una "creatura viva" per G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001, p. 25.

³⁶¹ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 272.

³⁶² A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 272, secondo cui: "La presupposizione può operare soltanto in caso di mutamento delle circostanze che influiscono sul rischio contrattuale, e cioè nella fase esecutiva del contratto; per cui non può invocarsi la risoluzione del contratto nel caso in cui la circostanza invocata dall'acquirente preesisteva o comunque ineriva la fase della formazione della volontà e più in particolare del prezzo".

Un altro autore sottolinea come la presupposizione non si presti ad essere utilizzata per i contratti ad esecuzione istantanea, anche per perché è un elemento logico e naturale al contratto "il fatto che le sopravvenienze attive e passive, gli eventi successivi che alterino in più o in meno il valore delle cose vendute rientrino nella sfera patrimoniale del nuovo proprietario, rientrino nell'alea favorevole o sfavorevole a lui pertinente" cit. P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 138.

Non è della medesima opinione G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, p. 720, che esclude l'applicazione della presupposizione ai

pattizie gli eventi pregiudizievoli successivi al trasferimento del diritto e del controllo rimangono, quindi, a carico dell'acquirente³⁶³. Del resto anche la garanzia codicistica, pur operando dopo il trasferimento proprietà, riguarda vizi preesistenti o quantomeno derivanti da cause antecedenti alla vendita.

Tra l'altro, il richiamo alla garanzia della vendita evidenzia un'altra ragione per la quale appare riduttivo avvalersi della presupposizione nella cessione di partecipazioni. Se fosse applicabile al caso in esame la garanzia del codice civile, il compratore avrebbe, infatti, un duplice canale di tutela³⁶⁴: (i) la risoluzione del contratto (c.d. *actio redhibitoria*) e (ii) la riduzione proporzionale del prezzo (c.d. *actio aestimatoria*). Con la presupposizione il compratore ha, invece, solo diritto al rimedio ablativo.

Ne deriva che, sono esclusi dall'ambito di applicazione della presupposizione le situazioni in cui il disequilibrio non sia tale da giustificare l'eliminazione dell'operazione³⁶⁵. L'istituto della presupposizione sconta, difatti, un'inadeguatezza pratica quando il desiderio dell'acquirente sia quello di ottenere una riduzione del prezzo, un indennizzo o un mero risarcimento del danno³⁶⁶.

Pertanto, nel caso in cui non si tratti di "situazioni-limite"³⁶⁷ solo uno rimedio mantenitivo (come la riduzione del prezzo) può utilmente proteggere il compratore.

contratti ad esecuzione istantanea, osservando: "Quando la comune intenzione delle parti sia nel senso di stabilire il prezzo della cosa venduta con riferimento a determinati elementi, non mi sembra che possa negarsi il diritto a ciascuno dei contraenti di ottenere una variazione nel prezzo o lo scioglimento del contratto, ogni volta che sia trascurato per dimenticanza o perché ignoto, un elemento che in base alla volontà delle parti deve ritenersi decisivo per la determinazione di tale elemento contrattuale".

³⁶³ M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 143.

³⁶⁴ Salvo il caso in cui gli usi escludano la risoluzione.

³⁶⁵ Si rinvia per approfondimenti al Paragrafo precedente.

³⁶⁶ Si considerino, in particolare, le ripercussioni derivanti dalle restituzioni di cui alla risoluzione del contratto: il socio uscente dovrà restituire il prezzo pagato e tornerà ad essere il titolare delle partecipazioni, riacquistando il controllo dell'azienda. F. AROSSA, *Le clausole di "garanzia" e di indennizzo nel "contratto di acquisizione" di partecipazioni sociali*, reperibile online al seguente indirizzo: <http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/international%20business%20contracts/20aprile/Le%20clausole%20di%20garanzia%20e%20di%20indennizzo.pdf>.

³⁶⁷ E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, Tomo Primo, pp. 271- 272.

Così anche D. SCARPA, *Cessione di quota di s.r.l. e tutela dei reali interessi sottesi al negozio*, commento ad App. Milano, 28 gennaio 2009, in *Le Società*, 2010, 3, p. 346, secondo cui la presupposizione: "Si presenta

Ed ecco che si chiude il cerchio. Dall'analisi che precede è, infatti, evidente che un rimedio conservativo, alternativo alla presupposizione, non possa essere trovato negli strumenti tradizionali (che si disinteressano dei beni indiretti), rendendo pertanto necessario l'inserimento nel testo contrattuale di clausole espresse di garanzia e/o indennizzo.

Da ultimo si segnala un orientamento che stempera una così rigida conclusione attribuendo rilievo anche alle garanzie implicite³⁶⁸. Più precisamente, secondo questa teoria sarebbe corretto riconoscere i rimedi della garanzie per vizi all'acquirente che, pur non avendo inserito clausole esplicite, abbia menzionato nel testo contrattuale la consistenza patrimoniale o le caratteristiche del bene mediato³⁶⁹.

Ciò nonostante la dottrina della garanzia implicita, in applicazione della quale il giudicante può dedurre dall'analisi del testo contrattuale l'intenzione del

come valido strumento per tutelare fattispecie di difficile sussunzione nella norma di legge, ovvero situazioni in cui l'evento presupposto è tale che il suo venir meno può sconvolgere l'intero assetto di regolazione contrattuale voluto dalle parti".

³⁶⁸ Si ritiene, invece, che l'introduzione nel testo di garanzie esplicite escluda ogni indagine sui presupposti del contratto non presi in considerazione in modo espresso dall'autonomia contrattuale delle parti, sull'argomento si confronti M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, p. 147, che richiama la giurisprudenza tedesca, secondo cui: "La presupposizione non viene in considerazione quando le parti hanno già previsto nel contratto un regolamento negoziale tendenzialmente completo".

Della medesima opinione è anche A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 280, che richiama un lodo arbitrale ove è stata esclusa l'applicazione della presupposizione essendo le sopravvenienze attive adottate dall'alienante a compensazione di quelle passive erano da ritenersi genericamente ricomprese nella previsione contrattuale. Si veda, quindi, Collegio Arb., 2 maggio 1984, riprodotto da F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari*, in AA. VV. (a cura di F. Bonelli - M. De André), *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milano, 1990, p. 77.

³⁶⁹ Si confrontino in proposito le seguenti decisioni: Cass., 28 marzo 1996, n. 2843, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 362; App. Milano, 15 marzo 1991, in *Le Società*, 1991, p. 696; Trib. Milano, 17 aprile 1989, in *Le Società*, 1989, p. 939.

In dottrina V. RUBINO DE RITIS, *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 885, sovrappone il tema delle garanzie a quello della presupposizione, mentre G. ROMAGNOLI, *Cessioni di partecipazioni nelle società di capitali: annotazioni sulla tutela dell'acquirente*, in *Giur. comm.*, 1993, pp. 439 ss., dichiara: "Si potrà avvalere dei rimedi contro l'inadempimento se nel testo contrattuale venga fatta valere espressamente, anche se incidentalmente, menzione della consistenza patrimoniale (rilevatasi difforme al vero) e venga esplicitata l'inscindibile correlazione tra questa ed il prezzo pattuito".

Per una ricostruzione di questa teoria si veda G. IORIO, *Strutture e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006, p. 167.

venditore di concedere una determinata garanzia al compratore, non elimina le incertezze³⁷⁰.

Invero, come sarà meglio approfondito in seguito, ogni volta che si ricorre ad un'interpretazione del testo contrattuale che, seppur condotta nel rispetto dei canoni di buona fede, miri a fare emergere la volontà delle parti rimasta implicita ci si scontra con il problema dell'arbitrarietà e della discrezionalità del giudice.

³⁷⁰ Si veda in proposito la recente sentenza del Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19193: *“Le carenze o i vizi relativi alla consistenza e alle caratteristiche dei beni ricompresi nel patrimonio sociale possono giustificare la risoluzione di tale contratto solo se sono state fornite a tale riguardo dal cedente specifiche garanzie contrattuali, anche se non vi è bisogno che esse vengano così espressamente qualificate, essendo sufficiente che il rilascio della garanzia si evinca inequivocabilmente dal contratto”*, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

1.3 La clausola generale di buona fede: dalla presupposizione alla rinegoziazione

Ricorrendo all'istituto della presupposizione la dottrina ha tentato di fornire una risposta duttile alla restrittiva normativa codicistica in materia di sopravvenienze³⁷¹.

La preoccupazione di individuare un rimedio destinato a neutralizzare le sopravvenienze atipiche non ha lasciato indifferente nemmeno la giurisprudenza tanto che la presupposizione, attraverso il richiamo al giudizio di buona fede, ha fatto il suo ingresso nelle aule dei tribunali³⁷².

L'analisi dei casi giurisprudenziali, svolta nei precedenti Paragrafi ha, però, svelato le problematiche derivanti dall'applicazione concreta della presupposizione. Di fatto, la presupposizione compromette i traffici commerciali in virtù di ardue ricostruzioni psicologiche che rischiano di non corrispondere all'effettiva ed originaria volontà delle parti³⁷³.

³⁷¹ Si, infatti, è visto che la presupposizione mira a salvaguardare gli interessi dei contraenti. A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 49, definisce il contratto come una operazione economica nella quale può accadere che si verifichino situazioni e conflitti di interessi che non sono regolati né dalla legge né da clausole del contratto. Secondo D'Angelo si è tentato di risolvere i conflitti tra le parti facendo riferimento alla presupposizione di un'intenzione inespressa e tacita, ma la tendenza a ricercare un'intenzione inespressa è da ritenersi insoddisfacente. F. GALGANO, *La presupposizione e le altre ipotesi di sopravvenuta mancanza della causa*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2015, p. 639, considera la presupposizione come un congegno che riconosce al giudice il potere di controllare la funzione economica dello scambio.

³⁷² Si rinvia alle sentenze di cui al Capitolo 2, Paragrafo 1.1.

Si vedano sul punto M. BESSONE e A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXV, 1988, p. 6, secondo cui: "Sembra infatti potersi desumere che la giurisprudenza affidi al giudizio di buona fede ed assorba in esso considerazioni relative alla natura dell'affare ed al suo assetto economico e ragioni di decisioni ispirate alla garanzia dell'equilibrio coerente con l'assetto di interessi proprio dell'operazione economica che si è sostanziata nel contratto".

³⁷³ In questo senso si veda M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 62. L'autore considera, però, che l'impiego di indici di apprezzamento costituiti dal tipo e dal prezzo di mercato sia in grado di rimuovere gran parte dei dubbi sulla idoneità della clausola generale di buona fede a valere come esauriente strumento di controllo sulla compatibilità tra circostanze ed adempimento: "Il controllo sulla compatibilità tra evenienze (pure diverse dall'imprevedibile) ad adempimento invariabilmente si concreta nel giudizio di buona fede inteso ad accertare se lo stato di cose creatosi non richieda un sacrificio che sta al di là del limite implicito nella stessa economia dell'affare (al quale bisogna guardare per applicare in modo coerente un sistema di norme che, sotto il velo delle apparenze, circoscrive pur sempre l'obbligo del debitore entro i confini di ciò che è ragionevole esigere da questi). E ove così fosse, sono le stesse norme ad indicare nella risoluzione del contratto la naturale conseguenza della rilevanza che occorre attribuire alle circostanze sopravvenute" cit. pp. 401 e 402.

A ciò si aggiunga che, essendo la presupposizione fondata sulla perdita di senso dell'operazione rispetto ai presupposti originari, il giudice non ha alternative se non liberare la parte gravata dall'accordo negoziale³⁷⁴.

Il rimedio ablativo o risolutivo accomuna la presupposizione ad altre due diverse risposte fornite dall'ordinamento alle modifiche dell'economia del contratto: la clausola *rebus sic stantibus* e l'eccessiva onerosità³⁷⁵.

Tale rimedio è, però, al centro del dibattito della dottrina, poiché reputato non sempre idoneo a salvaguardare le logiche economiche del contratto³⁷⁶. In particolare, l'eliminazione del contratto è considerata inadeguata con riferimento ad accordi che, realizzando operazioni di lunga durata³⁷⁷ - economicamente impegnative e difficilmente reversibili - prediligerebbero la conservazione del rapporto.

Come evidenziato nella trattazione che precede, le relazioni imprenditoriali rappresentano un caso tipico di operazioni negoziali economicamente impegnative e difficilmente reversibili, per le quali lo scioglimento del rapporto imprenditoriale - fondato su regole di economicità dal profitto - può compromettere l'esistenza stessa delle imprese contraenti³⁷⁸.

³⁷⁴ Così A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 149.

³⁷⁵ La clausola *rebus sic stantibus*, l'eccessiva onerosità e la presupposizione sono definite come diverse risposte fornite dall'ordinamento alle modifiche dell'economia del contratto da T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 388.

Si confronti anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, 2° ed., p. 420: "La presupposizione designa infatti quei presupposti specifici, quelle circostanze particolari alle quali di volta in volta può essere subordinato il singolo contratto pur senza un'esplicita menzione delle parti. L'istituto della eccessiva onerosità concerne invece le condizioni di mercato e di vita sociale ossia i presupposti oggettivi generali".

³⁷⁶ A parere di R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 723: "La risoluzione uccide il rapporto".

³⁷⁷ R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 723, preferisce riferirsi ai contratti di lunghissima durata. Per una ricostruzione si rinvia a F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, *Enc. giur. Treccani*, Agg., XV, Roma, 2006.

³⁷⁸ Così C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 - 1469, *Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 243.

"Non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo" cit. R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 722.

I soggetti del mercato non sono soltanto gli operatori autonomi che, occasionalmente, s'incontrano per dare luogo a scambi commerciali, ma anche gli operatori legati da vincoli stabili e ben radicati "che condizionano la stessa esistenza economica dell'impresa". "Il commercio integrato è l'espressione economica di questa realtà e i contratti di distribuzione rappresentano il precipitato giuridico formale dell'organizzazione

La presunzione che la continuazione del rapporto sia la soluzione più confacente agli interessi delle parti, che hanno instaurato relazioni di lunga durata, ha però portato la scienza giuridica ad assumere conclusioni estreme ed in alcuni casi opinabili³⁷⁹.

Come già per la presupposizione, l'appiglio normativo da cui sono partiti gli studiosi di diritto per formulare le proprie conclusioni e garantire la continuazione del rapporto è stato individuato nella clausola generale di buona fede. La dottrina moderna si è, infatti, domandata se la buona fede possa giustificare un intervento correttivo del giudice, destinato a ripristinare la compatibilità tra equilibrio contrattuale e realtà effettiva³⁸⁰.

dell'attività di impresa che si manifesta nei rapporti contrattuali" cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 56.

Occorre, tuttavia, precisare che i rapporti di durata non sono solo quelli di impresa "giacché l'intera nostra vita è scandita da rapporti di durata. Dalla somministrazione delle varie utenze di casa ai contratti di locazione, dall'abbonamento alle riviste ai rapporti di lavoro subordinato e così via" cit. G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 938.

³⁷⁹ Si veda M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 2 ss., che enuclea il numero di circostanze che possono sconvolgere l'economia del contratto senza che possano essere evitate. L'autore contempla tra le possibilità previste dal nostro codice attraverso cui può essere eliminato il rischio di mutamento anche l'introduzione nel contratto di una condizione.

La condizione è molto diffusa nella prassi dei contratti di vendita di partecipazioni sociali, per i quali si rinvia al Paragrafo precedente. C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 - 1469, *Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 238, osserva come la concreta portata degli accordi subisca necessariamente e per definizione, l'incidenza dello svolgimento del tempo e dei fatti umani. E. GUERINONI, *L'incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 2, afferma che le lacune ricorrono di regola naturalmente. Si rinvia in proposito al Capitolo successivo, Paragrafo 1.2, sulle teorie dei contratti incompleti.

³⁸⁰ A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 311, specifica come il mutamento delle circostanze possa condurre solo all'esecuzione del contratto alle condizioni pattuite ovvero alla risoluzione e che l'evoluzione dell'esperienza italiana in tema di sopravvenienze, sicuramente segnata dalla presupposizione, si è orientata ad estendere i rimedi risolutivi oltre l'ambito della codificazione, ma non in quello dell'adattamento delle condizioni convenute. L'autore un decennio dopo sembra aver "adattato" la propria idea iniziale, infatti, nel più recente testo *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 149, D'Angelo ammette che l'ambito di esplicazione della buona fede, in funzione di adattamento del contratto, è quello che attiene ai conflitti di interessi indotti dal mutamento delle circostanze, precisando che "non sembrano potervi essere serie obiezioni ad interventi giudiziali alla stregua della buona fede che implicino l'adattamento del contratto a circostanze sopravvenute". Contrario al ricorso della buona fede al fine introdurre nel contratto, regole in esso non contemplate, G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 923, secondo cui: "La regola operativa sancita dalla giurisprudenza, che afferma consistere l'obbligo di buona fede nella necessità di salvaguardare gli interessi della controparte fino a quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dei propri, non è conciliabile con l'asserito obbligo di rinegoziazione del contratto, che pure si appella al medesimo fondamento".

La questione sollevata in merito all'adattamento dei contratti di durata alle circostanze sopravvenute, anche attraverso l'azione del giudice, non ha trovato una soluzione univoca nei teorici del diritto.

Due contrapposte prospettazioni richiedono di essere citate: (i) la tesi più innovativa, che richiama le clausole generali di buona fede ed equità al fine di giustificare l'intervento del giudice sul contratto e (ii) l'opinione tradizionale che, al contrario, considera ogni ingerenza correttiva del magistrato in contrasto con l'autonomia privata.

Gli studiosi a favore della prima prospettiva hanno riconosciuto nella clausola generale di buona fede (di cui agli artt. 1366 e 1375 c.c.) un vero e proprio meccanismo d'integrazione del contratto, idoneo a fondare un obbligo di rinegoziazione, nonostante l'assenza di una previsione pattizia nel testo contrattuale³⁸¹.

Secondo questa impostazione, l'area di operatività dell'adeguamento del contratto alla mutata realtà economica, per il tramite dell'obbligo di rinegoziazione, opererebbe esclusivamente con riferimento ai contratti di durata, proprio perché sono massimamente esposti al rischio di sopravvenienze³⁸². I contratti istantanei si esauriscono, invece, con la stipulazione³⁸³ e possono giovare di un "imponente

³⁸¹ A parere di R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 724, la dottrina per arrivare a tale conclusione ha interpretato il codice civile, per questo anche secondo V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 972, la rinegoziazione si presenta come fonte di obbligo legale. Sul punto si veda anche S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 104, che considera il sistema delle fonti del regolamento contrattuale composto dall'attività delle parti, dalla determinazione legale e dall'opera del giudice. A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 153, ritiene che la clausola generale di buona fede possa giustificare un adattamento del contratto da parte del giudice senza che sia necessario passare per l'obbligo di negoziare.

A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 670, contrario alla rinegoziazione osserva, invece, che: "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".

³⁸² F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 198, p. 12, dichiara: "La vicenda dell'adeguamento (recte, la disciplina dell'adeguamento, adattamento o revisione) che si intende esaminare, non concerne tutti i rapporti contrattuali, bensì soltanto quelli destinati a durare nel tempo". Si rinvia al Capitolo successivo per l'analisi di queste teorie.

³⁸³ F. GALGANO, *Gli effetti del contratto*, in *Trattato di diritto civile*, II, 2010, p. 481, afferma: "L'esecuzione del contratto può esaurirsi rapidamente e può, all'opposto, protrarsi nel tempo; il rapporto contrattuale può costituirsi e, simultaneamente estinguersi e può, invece, avere lunga durata. Sotto questo aspetto assume rilievo la distinzione tra contratti a esecuzione istantanea, contratti a esecuzione differita, contratti a esecuzione

armamentario di regole dirette a disciplinare vicende relative all'inattuazione dello scambio"³⁸⁴.

Il richiamo operato da tale scienza giuridica alla buona fede anche in tema di sopravvenienze³⁸⁵, porta ad estendere i confini (già labili) di questa clausola ben oltre l'attuazione del principio di solidarietà, di cui all'art. 2 della Costituzione, che secondo la giurisprudenza imporrebbe *"a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge"*³⁸⁶.

continuata e periodica. Sono a esecuzione istantanea i contratti il cui adempimento si esaurisce, per ciascuna delle parti, nel compimento di un solo fatto, simultaneo alla conclusione del contratto o senza apprezzabile intervallo di tempo rispetto ad essa".

³⁸⁴ Cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 4. In proposito, si vedano: A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta pie in the sky?*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, pp. 258 - 259, che osserva come in un contesto dominato dall'incertezza, le parti potrebbero avere maggior sollievo a concludere contratti *spot* da rinnovare periodicamente, ma *"una delle caratteristiche più marcate e ricorrenti delle strutture bilaterali è il fatto ch'esse siano regolamentate attraverso contratti di lunga durata, relazioni proiettate nel lungo o lunghissimo periodo la cui flessibilità è affidata alle clausole di rinegoziazione"*; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, p. 152, che dichiara: *"Appare peraltro precaria la stessa costruzione dei contratti di lunga durata come definita categoria giuridica, l'appartenenza della quale possa costituire un attendibile requisito di applicabilità di un rimedio"*.

Si cfr. anche A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 717.

³⁸⁵ Si anticipa che, a tale tesi, ha aderito anche la giurisprudenza del Tribunale di Bari, che ha statuito: *"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"* cit. Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, pp. 571 ss.. Riconosce un obbligo di rinegoziare il contratto in base alla clausola generale di buona fede anche la decisione Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 117 ss..

³⁸⁶ Cit. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I Contratti*, 2010, pp. 5 ss.. La sentenza citata, meglio conosciuta come sentenza Renault, ha statuito che: *"Il criterio di buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi"*. In proposito, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 103 e 108 ss., osserva come gli atteggiamenti corvini e bruschi della giurisprudenza possano avere quale esito lo svuotamento del diritto civile. Si ricordano, inoltre, rispettivamente le sentenze: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.* 1995, I, p. 1296, conosciuta come caso Fiuggi, e Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2929, che riconosce il potere di ridurre la penale d'ufficio.

G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1996, p. 135, precisa: *"Con riferimento al momento dell'esecuzione e in considerazione di esigenze ivi rilevate, la buona fede diviene referente valutativo dell'esigibilità o inesigibilità in concreto di tratti di attività idonee a rendere la prestazione maggiormente utile"*.

La buona fede non è l'unica clausola generale su cui la dottrina ha posto la propria attenzione allo scopo di individuare uno strumento di adattamento del contratto nel tempo³⁸⁷, alcuni autori hanno, infatti, preferito rivolgersi alla regola dell'equità di cui all'art. 1374 c.c.: *"L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto e non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno"*³⁸⁸.

L'equità, come la buona fede, svilupperebbe - autointegrandolo - il sistema di regole dell'ordinamento pattizio³⁸⁹. Ambedue le clausole sono, dunque,

per il creditore, compatibilmente con l'esigenza di non aggravare la posizione debitoria, colmando la distanza fra il neutro obbligo debitorio e il concreto interesse debitorio". A. GENTILI, La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto, in Contr. e impr., 2003, p. 717, afferma: "La regola di buona fede, quantunque precostituita, non è regola sul contenuto, ma sulla condotta (o come d'uso si dice integrativa e non determinativa)".

Si confrontino, inoltre, i testi di F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss. e di M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989.

³⁸⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 148, evidenzia come equità e buona fede siano regole diverse, ma entrambe destinate ad arricchire il rapporto sulla disciplina degli effetti, tendendo ad assicurare la continua coesione del regolamento di interessi originariamente pattuito allo sviluppo del rapporto.

³⁸⁸ Cit. R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 723.

³⁸⁹ Rifacendosi all'art. 1366 c.c. è possibile ipotizzare che dietro ad un contratto a lungo termine si nasconda la comune intenzione dei contraenti di rivedere le condizioni del rapporto quando quest'ultime non rispondano più alla logica economica voluta dalle parti. In aggiunta a questa ricostruzione volontaristica si può individuare un obbligo di negoziare anche con riferimento alla capacità espansiva dell'art. 1374 c.c.. In altre parole, nei contratti a lungo termine, l'obbligo di rinegoziare, sarebbe una conseguenza legale dell'equità integrativa, senza che le parti debbano o abbiano interesse a pattuire una clausola di rinegoziazione, così la ricostruzione di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 313 ss., in merito alla tesi che individua il riferimento normativo della rinegoziazione nell'equità.

A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003, pp. 23 ss., ritiene che il campo di azione dell'equità debba essere individuato con riferimento a quelle lacune in ragione delle quali il precetto pattizio non sia valutabile dall'ordinamento e rischi di rimanere improduttivo di effetti. Pertanto, l'equità, si differenzia dalla buona fede e dall'analogia, in funzione *"per un verso, della logica dell'accordo pattizio che integreranno e, per l'altro, dell'esigenza che sia equilibratamente ripartito su entrambi i contraenti il costo della comune imprevidenza, cioè di un'imprevidenza imputabile a pari titolo ad ambedue le parti"*. La buona fede riguarda unicamente il profilo dell'attuazione del regolamento che le parti hanno organizzato, consentendo *"di conferire rilevanza giuridica ad una pretesa non regolata soltanto se tale pretesa sia priva di autonomia rispetto all'interesse disciplinato in contratto e, perciò, si configuri come meramente strumentale-accessoria al soddisfacimento di quell'interesse"*. L'autore critica, quindi, Bessone che ha ricondotto sotto l'unico tetto della buona fede due ambiti diversi pertinenti alle tecniche d'integrazione delle discipline legali e ai criteri di autointegrazione del regolamento pattizio.

considerate *“forme di intervento sul contratto che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione e che, quindi, si aggiungono all’attività delle parti nella costruzione del definitivo regolamento contrattuale”*³⁹⁰.

La disegmata ricostruzione - sia essa fondata sulla buona fede o sia essa ricondotta all’equità - attribuisce al giudice un ampio potere di incidere sul contratto riproponendo il tema, sempre aperto, dell’arbitrarietà del giudicante in sede di giudizio³⁹¹.

I fautori della rinegoziazione del contratto non sembrano però preoccupati dell’arbitrio del giudice, poiché ritengono che l’obbligo di rinegoziazione non determini alcuna lesione dell’autonomia privata³⁹². Invero, secondo l’esaminanda dottrina l’adeguamento del contratto ripristinerebbe il programma negoziale voluto originariamente dalle parti, valorizzando l’autonomia privata, anche in conformità alla regola che governa la materia delle sopravvenienze nei contratti con

S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 225 e 246, distingue tra buona fede integrativa ed equità, che a differenza della prima non è una clausola generale: (i) viene in questione solo nei casi in cui la legge la richiami espressamente, come ad esempio nell’art. 1467 c.c.; (ii) non si risolve in un parametro, *“ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all’apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti”*.

³⁹⁰ Cit. S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 9. L’autore nel proprio libro distingue nettamente tra interpretazione ed integrazione: *“Il crescente rilievo assunto dai criteri di interpretazione oggettiva, e la valutazione in termini sociali del negozio (che di ciò costituisce il presupposto), hanno indotto a far rientrare nell’ambito interpretativo ogni dato di fatto riferibile al regolamento contrattuale; ed ogni precisazione del regolamento in base al riferimento a tali fatti veniva intesa come svolgimento della formula originaria”* (pp. 229-230), invece, tutte le circostanze, tra cui i motivi comuni, il patrimonio delle parti, le prospettive offerte delle attività che essi svolgono, che non sono certamente riconducibili al regolamento, come configurato della parti, non potrebbero essere apprezzate in via interpretativa, ma sotto il profilo regolamentare grazie ai poteri equitativi (p. 239).

M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Rischio contrattuale e autonomia privata*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, V. Roppo, Napoli, 1982, pp. 351 e ss., contesta la tendenza dei giudici ad indicare nelle proprie decisioni ogni problema come una questione di pura e semplice interpretazione in realtà. Secondo l’autore il giudizio di buona fede compiuto dai giudici, nonostante i richiami continui ed inconsistenti all’art. 1366 c.c., è cosa *“ben diversa da quello codificato dalle norme in tema di interpretazione”*.

³⁹¹ S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 217.

³⁹² Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 150 e ugualmente, R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 724: *“La regola che l’interprete reperisce attraverso questi itinerari non contrasta con il principio dell’autonomia. Quando le parti non hanno previsto, il male minore consiste nello schiacciarle sotto il peso di una regola ch’essi non avrebbero voluto se solo avessero saputo; ma nell’avviarle vero l’itinerario che, se informate, avrebbero trovato normale e naturale”*. Contra A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 723, secondo cui: *“La rinegoziazione imposta dalla buona fede cancella la libertà di chi non si era impegnato e offre un’immeritata salvezza a chi non si era salvaguardato”*.

obbligazioni a carico di una sola parte (ai sensi dell'art. 1468 c.c.) e di alcuni contratti tipici (come il più volte ricordato contratto appalto)³⁹³.

Nonostante ciò, a parere di chi scrive, le argomentazioni che attribuiscono al giudice il diritto di intervenire sui contratti di durata - in ipotesi diverse dall'eccessiva onerosità sopravvenuta - non sono convincenti. Quest'ultime sembrano, infatti, dimenticare che "il giudice non può mettere i piedi nel piatto"³⁹⁴.

Non vi è dubbio che in alcune situazioni possa apparire consigliato, opportuno o adeguato rivedere l'accordo non più funzionale, ma la costruzione di

³⁹³ M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, in *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative* di A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2012, p. 383. Questa visione è ribadita dal Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 572: "La rinegoziazione, in questo quadro, non è un limite dell'autonomia privata, ma mira piuttosto a perseguire la realizzazione del risultato contrattuale, anche in considerazione della natura dell'affare, resa problematica da un mutamento delle originarie condizioni di fatto".

Si veda anche C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467 - 1469, Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 241, per il quale nei contratti "nuovi", come l'appalto e la nuova disciplina dell'affitto, il riequilibrio contrattuale è affidato a meccanismi automatici ed è perseguito da tutta la logica della disciplina del tipo contrattuale, ispirata all'economia e alla conservazione del rapporto.

A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, p. 308, precisa che ogni applicazione della buona fede contrattuale che sia tale da definire l'ambito e i limiti dei diritti e doveri dei contraenti ed in genere che ogni esplicazione della operazione economica alla stregua della congruità si risolve nella integrazione delle regole stabilite dalle parti: "E, se tali operazioni si riferiscono ai conflitti insorti a ragione di mutamenti di circostanze, i suddetti interventi integrativi potrebbero essere riguardati come altrettanti adattamenti del contratto. Ma a ben vedere, si tratta di interventi che svolgono e concretano regole già originariamente implicate dalla disciplina convenzionale, non già nel senso di volizioni inesprese, ma in quello della determinazione di un assetto economico del rapporto che oggettivamente esprime norme ulteriori rispetto a quelle enunciate nelle clausole. Talché non sembra appropriato parlare a riguardo di adattamento del contratto. Ne risulta che di tutti gli interventi del giudice sul contratto che siano prospettati nel corso dell'indagine solo quelli risolutivi possono essere considerati un adattamento della disciplina convenzionale. Mentre un adattamento non risolutivo potrebbe profilarsi soltanto con riguardo alla soluzione, alla stregua dell'equità ai sensi dell'art. 1474 cod. civ., di un conflitto di interessi che non fosse possibile risolvere in virtù del principio di buona fede e del criterio di congruità (pur avendo avuto modo di esprimere scetticismo sulla effettiva consistenza di tale ambito residuale)". L'autore continua la propria trattazione spiegando la tendenza a parlare di adattamento del contratto in senso, però, diverso da quello dallo stesso indicato, quando vi sia un'ingerenza del giudice nel rapporto contrattuale che si espliciti nella modifica delle condizioni contrattuali della convenzione.

³⁹⁴ "Almeno in linea di principio, e salvo che si ravvisino abusi o scorrettezze di tipo procedurale, il giudice «non può mettere i piedi nel piatto» e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la «giustizia» sostanziale della transazione: un punto deve restare bene fermo, al giudice non spetta mai il potere di sovrapporre all'accordo degli interessati rettifiche correttive che a lui sembrano «eque». L'esigenza della certezza delle negoziazioni non consente recriminazioni o contestazioni che potrebbero minare l'affidabilità dei patti e scuotere la fiducia nella «tenuta» degli accordi, quand'anche stipulati correttamente" cit. P. SCHELSINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229.

Tra gli altri si vedano: G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 919 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, pp. 539 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004. Sul punto si cfr. anche F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, che si domanda come possa un condizionamento eteronomo incidere sull'autonomia privata.

un'obbligazione a rinegoziare, sottesa a tutti i contratti di durata, mina la certezza del diritto.

Tra l'altro, i contraenti che non vogliono correre il rischio di dover rinegoziare il contratto, si troverebbero costretti ad introdurre nel testo contrattuale una clausola negativa che impedisca la (possibile) revisione dell'accordo³⁹⁵.

Infine - come vedremo nel successivo Capitolo - pur fingendo di ammettere che ci sia nel nostro ordinamento un'adeguata base giuridica su cui fondare l'obbligo in questione, l'inadempimento dello stesso non può che generare un circolo vizioso, evitabile solo riconoscendo al giudice un infondato potere di sostituirsi alle parti nella definizione dell'accordo³⁹⁶.

³⁹⁵ R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, pp. 724 - 725, suggerisce, infatti, di introdurre una clausola di non revisione del contratto: *"Il dovere di negoziare null'altro è, se non un obbligo di contrarre: detto meglio, l'obbligo di essere disponibile a contrarre, nelle condizioni che risultano giuste alla stregua a) dei parametri risultanti dal testo originario del contratto b) rievitati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Se le due parti sono disponibili, s'incontrano e concludono. Se una delle due parti nega, il giudice decide. I parametri di cui egli dispone garantiscono alla parti che il suo verdetto non sarà causale, né soggettivo, né arbitrario. Se le parti, concludendo il contratto originale, temono questo sviluppo, bloccheranno, con apposita clausola, la revisione del contratto nell'ipotesi di sopravvenienza. La clausola di non reversibilità non esorbita dai larghi limiti aperti all'autonomia delle parti: esse possono dunque volerla, e subirne poi le rovinose conseguenze"*.

³⁹⁶ Così G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 938.

F. GAMBINO, voce *Revisione del contratto* (*dir. comp. e stran.*), *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVIII, Roma, 2010, p. 3, afferma: *"Quando il giudice in assenza di una norma sulla revisione del contratto, provvede ad adeguare il rapporto al mutarsi dello stato di fatto solleva in primo luogo una questione di politica del diritto, intesa a prospettare, nell'amministrazione della giustizia, una disciplina del rischio; che risulti più flessibile e rispondente, ad esempio, alle esigenze del caso concreto, ad una più efficiente allocazione delle risorse, ad una nuova visione del diritto contrattuale"*.

CAPITOLO III

1. La rinegoziazione del contratto e l'obbligo di rinegoziare: tesi e confutazione

Nonostante sia divenuta oggetto di attenzione dei giuristi solo recentemente, la rinegoziazione non può giudicarsi del tutto avulsa dalla nostra tradizione codicistica.

Nel codice civile la rinegoziazione del contratto è innanzitutto rimessa alla volontà delle parti³⁹⁷: i contraenti, nell'esplicazione della propria autonomia privata, possono liberamente determinare il contenuto del contratto, introducendo una specifica clausola con cui si impegnano a trovare soluzioni ai conflitti che potrebbero insorgere a causa delle sopravvenienze³⁹⁸.

La rinegoziazione di fonte convenzionale non genera questioni di meritevolezza, ma sposta il problema sull'effettiva coercibilità dell'impegno³⁹⁹, posto che la clausola rinegoziativa, pur vincolando le parti a trattare, non impone alle medesime di concludere un accordo modificativo.

Se il mero vincolo a rinegoziare non è uno strumento di sicura continuazione del rapporto⁴⁰⁰, appare più proficuo per le parti, che ne temono l'interruzione, introdurre nel contratto un meccanismo di adeguamento automatico. Si tratta di

³⁹⁷ Così C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 237 ss.. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 809, afferma che la rinegoziazione è attività che, ove sfoci nella modifica del precedente accordo, assume natura contrattuale, in virtù della formula contenuta nell'art. 1321 c.c..

³⁹⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 214, definisce le clausole di rinegoziazione del contratto come uno strumento in grado di assicurare il controllo, costante e per tutta la durata del rapporto, sulla realizzabilità del risultato economico finale. Per approfondimenti si rinvia a V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, a M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, *Nuova g. civ. comm.*, 2015, pp. 411 ss. e a E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I Contratti*, 2014, pp. 990 - 996.

³⁹⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 972, rileva che indipendentemente dalla fonte dell'obbligo di rinegoziare - contrattuale (clausola di rinegoziazione) o legale (buona fede integrativa) - si apra un problema in caso di inadempimento della parte che rifiuta di rinegoziare o rinegozia contro buona fede.

⁴⁰⁰ E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I Contratti*, 2014, p. 994.

clausole che riescono, in una certa misura, a neutralizzare le sopravvenienze prevedibili o più temute⁴⁰¹.

I contraenti che, al contrario, non abbiano preventivamente concordato la rinegoziazione o l'adattamento automatico del contratto potrebbero - al verificarsi di sopravvenienze impreviste - intavolare delle trattative per superare la problematica. In questa ipotesi, si preferisce parlare di negoziazione piuttosto che di rinegoziazione, poiché l'avvio della trattativa è spontaneo e deve essere svolto nel rispetto dei consueti doveri di correttezza e buona fede⁴⁰².

Nel codice civile la rinegoziazione del contratto è riconducibile anche ad altre previsioni normative tra cui: (i) l'art. 1467 c.c., che introduce una particolare forma di revisione del contratto, seppur rimessa all'iniziativa di una sola parte e (ii) l'art. 1664 c.c., che fa espresso riferimento alla revisione del prezzo nel contratto di

⁴⁰¹ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 711, valorizza le numerose sottospecie che si possono includere nel macrosistema delle clausole di rinegoziazione. Vi sono, invero, clausole che prevedono la libera facoltà delle parti di negoziare, senza obblighi, come se fosse un suggerimento. A tali clausole deve essere negata una rilevanza giuridica. Bisogna, quindi, spostare l'attenzione sulle clausole che introducono un obbligo, seppur quest'ultime, per non rischiare di essere nulle, dovrebbero fornire criteri di adempimento. Allo stesso tempo l'inserimento di criteri di adempimento dettagliati in una clausola che impone alle parti di rinegoziare non lascia spazio ad alcuna attività rinegoziativa, richiedendo solo una applicazione concreta dei medesimi.

E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I Contratti*, 2014, p. 994, ritiene che per assicurare la massima flessibilità al contratto debbano prevedersi clausole di rinegoziazione generiche. Sennonché malgrado gli indiscutibili vantaggi le clausole a contenuto generico sollevano delle perplessità: (i) ciascun contraente potrebbe approfittare della genericità della clausola a proprio vantaggio; (ii) le clausole di rinegoziazione vincolano a trattare senza necessariamente costringere a modificare il negozio originario; (iii) tali clausole attribuiscono una facoltà a rinegoziare. L'autore considera, quindi, tale strumento sostanzialmente superfluo: "Le clausole che stabiliscono la mera facoltà delle parti di rinegoziare il contratto originario finiscono per rappresentare soltanto clausole di stile, poco o nulla aggiungendo a quanto già desumibile dai principi generali del nostro sistema".

Sono considerate clausole di adeguamento le clausole di incidizzazione, che costituiscono una costanza nei contratti destinati a protrarsi in tempo al fine di proteggere il valore delle prestazioni pecuniarie, così F. MACARIO, *I Rimedi mantenutivi l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006, p. 709.

⁴⁰² Così A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 705.

Non sembra aderire alla definizione proposta da Gentili, F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XV, Roma, 2006, p. 3, che definisce la rinegoziazione come il momento in cui le parti tornano sul contenuto di un precedente negozio, manifestando la loro inclinazione alla conclusione di un accordo modificativo: "Il ritorno ad una fase anteriore".

appalto. In simili circoscritti casi è, dunque, la legge a prevedere la rideterminazione del rapporto, sollecitando (senza imporre) la rinegoziazione⁴⁰³.

Come più volte rilevato - a parere della dottrina favorevole alla rinegoziazione - le richiamate previsioni codicistiche non fornirebbero risposte soddisfacenti alle problematiche concernenti i contratti di durata⁴⁰⁴.

La medesima scienza giuridica ritiene che nel codice civile sia, però, rinvenibile una tendenza generale a conservare il rapporto nel tempo, in virtù della quale sarebbe possibile ricorrere ad un'interpretazione storico-evolutiva delle norme del nostro ordinamento⁴⁰⁵, al fine di introdurre nello stesso strumenti di salvaguardia di quei contratti di durata che, apparendo come "contenitori da riempire in itinere", richiedono una continua cooperazione tra le parti⁴⁰⁶.

⁴⁰³ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 706, ritiene che una legge che detti regole di contenuto, destinate a rideterminare gli aspetti del rapporto contrattuale, e che fornisca indicazioni anche sull'atteggiamento che le parti devono tenere nella rinegoziazione, debba essere considerata una forma di integrazione legale del patto preesistente. Si cfr. anche G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 778.

⁴⁰⁴ C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467 - 1469, Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 239. La stessa riduzione della prestazione è reputata dalla giurisprudenza un rimedio di conservazione del rapporto, preferibile alla risoluzione. Si veda A. DI MAJO, *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, I, pp. 1636 ss..

P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 545, considera l'art. 1467 c.c. inadeguato perché riconosce la possibilità di chiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che in teoria avrebbe meno interesse al riequilibrio, la parte avvantaggiata.

⁴⁰⁵ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 76 ss., fautore della tesi che riconosce l'esistenza implicita di un obbligo di rinegoziare nei contratti di durata, ritiene che esista nel nostro ordinamento un generale principio di adeguamento del contratto, che trova la sua espressione normativa in regole specifiche. Vi sarebbe, quindi, un interesse riconosciuto dall'ordinamento come meritevole di tutela alla prosecuzione del contratto. Macario ritiene, inoltre, legittimo il tentativo di riorganizzare in termini sistematici la materia, essendo il rapporto contrattuale di durata contrassegnato da una propria autonomia concettuale. Lo stesso autore in *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 71 e in *I Rimedi mantentivi l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi -2*, Milano, 2006, pp. 693 ss., individua i dati normativi rinvenibili nel nostro codice civile in favore della conservazione del contratto.

P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 545, afferma che la preferenza a revisionare il contratto trovi conferma nell'art. 1467 c.c. e nella disciplina speciale delle fattispecie contrattuali influenzate dal tempo.

⁴⁰⁶ In questo senso si veda C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467 - 1469, Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 245.

F. CARNELUTTI, *Sulla efficacia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, pp. 2 e 3, dichiara: "Sennonché è anche naturale, e perciò frequente, che il regolamento espresso dal rapporto contrattuale, breve e incompleto al momento in cui il contratto si forma, si completi successivamente

In mancanza di strumenti convenzionali, il mezzo giuridico decisivo per ottenere l'adeguamento dei rapporti di durata in corso d'esecuzione è stato individuato nell'offerta individuale di modificare le condizioni del contratto di cui al comma 3, dell'art. 1467 c.c.⁴⁰⁷.

L'analisi del dettato letterale di questa norma evidenzia come il contraente onerato a causa della sopravvenienza non abbia alcuna possibilità di domandare la riduzione ad equità del contratto. Quest'ultimo è legittimato unicamente a richiedere la risoluzione del contratto divenuto eccessivamente gravoso, sperando che la parte convenuta ne proponga la modifica equitativa⁴⁰⁸.

Tuttavia, per le teorie che affermano l'esistenza dell'obbligo legale di rinegoziare, l'offerta unilaterale - con cui si rimette al giudice la valutazione dell'assetto contrattuale equo - dovrebbe essere intensa come un invito a trattare e, dunque, come una proposta modificativa finalizzata ad evitare che si pervenga ad un emendamento del contratto attraverso una pronuncia giudiziale, sostitutiva dell'accordo⁴⁰⁹.

In altre parole, l'offerta di modifica (ai sensi del comma 3, dell'art. 1467 c.c.) darebbe avvio ad una vicenda puramente negoziale, fondata sull'obbligo delle parti di cooperare - alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede - per realizzare il regolamento contrattuale desiderato⁴¹⁰. Se così non fosse, afferma Francesco Macario, il diritto di evitare la risoluzione risulterebbe mutilato⁴¹¹.

in condizioni di maggior tranquillità per i contraenti con l'iniziativa di uno di questi e con l'adesione dell'altro". Secondo E. GUERINONI, *L'incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, p. 7: "Le parti spesso preferiscono non pianificare in maniera rigida i termini dell'accordo, ma lasciare flessibile il contratto, aperto a eventuali complementari adattamenti". *Contra* F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XV, Roma, 2006, p. 3, il quale esclude che le norme del codice, relative alla conservazione del contratto, possano essere ricondotte alla rinegoziazione e M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 49, secondo cui l'art. 1467, anche se interpretato facendo ricorso all'interpretazione complessiva delle norme e all'analogia, lascerebbe aperto il problema per un gran numero di casi in cui i rischi rientrano nella normale alea del contratto.

⁴⁰⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 298.

⁴⁰⁸ Per una compiuta ricostruzione si veda F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XV, Roma, 2006.

⁴⁰⁹ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 290 ss..

⁴¹⁰ F. MACARIO, *I Rimedi mantenutivi l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006, p. 699, osserva che alcuni autori hanno auspicato l'inserimento nel codice civile di regole di carattere dispositivo, sulla revisione del contratto per la soluzione di controversie originate dalle sopravvenienze, lasciando comunque al giudice la

Da questa prima ricostruzione sistematica il medesimo autore è giunto a riconoscere un obbligo implicito a rinegoziare per tutti i contratti destinati a durare nel tempo, in modo da rendere *“l’attuazione del regolamento contrattuale congrua rispetto agli interessi dei contraenti”*⁴¹². L’obbligo di rinegoziare sarebbe, quindi, un rimedio mantenutivo dei contratti di lunga durata che deve essere aggiunto ai rimedi previsti dal codice civile per i contratti istantanei.

Tale conclusione è stata giustificata osservando che, se le parti fossero state a conoscenza delle sopravvenienze, avrebbero contrattato tenendole in

scelta finale con riferimento alla soluzione più equa in relazione alle circostanze del contratto. In proposito, lo stesso autore ritiene che la commistione tra la vicenda processuale e quella negoziale non possa essere evitata, pur rilevandosi occasionale, poiché determinata dal fatto che l’art. 1467 comma 3, rimette solo alla parte chiamata in causa, per la risoluzione, l’iniziativa dell’adeguamento, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 292.

⁴¹¹ Viene individuato nel dettato normativo un diritto soggettivo ad evitare la risoluzione, manifestato con la proposizione dell’offerta, a cui corrisponde l’obbligo della controparte di trattare le condizioni di modifica. Solo così il meccanismo di adeguamento offerto dal comma 3 dell’art. 1467, diviene idoneo a realizzare gli interessi dei contraenti nel caso concreto, in questo senso F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 290 ss..

Per una ricostruzione sintetica della tesi di Macario si rinvia a M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 482. Contra P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 569.

⁴¹² Cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 320.

Macario si domanda inizialmente se l’individuazione dell’obbligo di rinegoziare, a seguito dell’offerta ex art. 1467 c.c., possa consentire di ricostruire tale obbligo per tutti i contratti a lungo termine: *“In sostanza, l’esistenza stessa di un rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo potrebbe implicare un obbligo reciproco dei contraenti a trattare le condizioni della modificazione del contratto, anche indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione ex art. 1467, ossia quante volte la situazione di fatto sia tale da non permettere l’adempimento delle obbligazioni assunte, senza un sostanziale sacrificio economico per il debitore (ancorché in misura tale da far scattare presupposti della risoluzione per eccessiva onerosità)”* cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 312.

A tale prima questione l’autore sembra fornire una risposta negativa, per cui laddove si presenti una variazione economica dovrebbe continuare ad applicarsi l’art. 1467 c.c.. Diversa è, invece, la soluzione per i casi in cui sia intervenuta un’alterazione incidente sull’aderenza del contratto alla situazione reale, in soccorso dei quali, attraverso l’applicazione del principio di buona fede, può certamente riconoscersi un obbligo di rinegoziare (in proposito, veda la ricostruzione di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 482, nota 41). Macario sembra, tuttavia, ammettere nel seguito della propria trattazione che anche l’imposizione dell’adempimento incondizionato, a fronte di una situazione economicamente incongrua rispetto alle pattuizioni originarie, può avere l’effetto di impedire definitivamente la realizzazione di un investimento nel suo complesso e rivelarsi pregiudizievole per le parti (F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 324).

Si ricorda, in proposito, la risposta di R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 722, alla compatibilità tra l’obbligo di rinegoziare di fonte legale e l’art. 1467 c.c.: il primo non è da considerarsi in contrasto con la normativa dell’eccessiva

considerazione, poiché è irragionevole una negoziazione basata su condizioni prive di riscontro nella realtà⁴¹³. A ciò si aggiunga che, l'inadempimento o il comportamento ostruzionistico di una parte all'obbligo di rinegoziare dovrebbe essere inteso come "opportunistico e quindi non tutelato dall'ordinamento" per contrarietà alla buona fede (ai sensi dell'art. 1375 c.c.)⁴¹⁴.

Il pensiero di Macario segue il filone già aperto da chi ha individuato la base normativa dell'obbligo a rinegoziare proprio nel canone di buona fede o in, alternativa, nell'equità⁴¹⁵.

Come anticipato, le posizioni che arrivano a fondare un obbligo legale di rinegoziazione non hanno trovato unanime condivisione⁴¹⁶. Tra le argomentazioni contrarie, si è giustamente valorizzata l'incapacità dell'art. 1375 c.c. a riformulare in modo coercitivo la volontà dei contraenti, affinché il contratto si adegui alle sopravvenienze⁴¹⁷.

onerosità sopravvenuta essendo tale previsione evidentemente pensata per fattispecie contrattuali diverse da quelle di lunga durata.

⁴¹³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 321.

⁴¹⁴ Cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 321.

Si veda in merito F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, commento alla ordinanza del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 579, che aderisce alle tesi dottrinali in esame: "È verosimile che, generalmente, sia il contraente svantaggiato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, indicando altresì le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite. L'altro contraente deve cooperare e condurre la rinegoziazione in modo costruttivo secondo i canoni di buona fede. Ovviamente, anche il contraente svantaggiato ha l'obbligo di tenere un comportamento corretto, chiedendo la modificazione del contratto soltanto se ricorre un mutamento delle circostanze idoneo a dar vita all'obbligo di rinegoziare".

⁴¹⁵ Con specifico riferimento alle tesi che hanno fondato l'obbligo di rinegoziare sull'equità e/o sulla buona fede si rinvia al Paragrafo precedente, ricordando che a parere di R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 723, attraverso l'equità di cui all'art. 1374 c.c., è possibile sottintendere nei contratti a durata particolarmente lunga una clausola di rinegoziazione per la sostituzione del dato obsoleto e non più funzionale.

Per l'autore, quindi, è l'equità ad imporre ad i contraenti di riscrivere il contratto. Con riferimento alla buona fede, invece, si vedano a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 321, V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 972 e infine G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 339, secondo cui: "Nel caso dell'incompletezza contrattuale, l'interpretazione del giudice dovrebbe servire a ridurre i costi complessivi della contrattazione e a riallineare gli incentivi delle parti".

⁴¹⁶ Per G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 809, la possibilità di intervento sul merito del contratto resta limitata ai soli casi in cui è prevista ovvero quando siano state inserite o volute clausole di rinegoziazione che ne rimettano al terzo la rideterminazione.

⁴¹⁷ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 497.

Malgrado ciò, si deve prendere atto del fatto che il fascino dell'obbligo a rinegoziare ha portato, anche chi lo considera incongruo (con riferimento all'art. 1467 c.c.) e superfluo (con riferimento all'art. 1664 c.c.)⁴¹⁸ a dichiarare che: *“Troverà sempre maggiori fortune nei sistemi giuridici contemporanei”* perché *“fa sentire più buoni e non costa nulla”*⁴¹⁹.

Questa dichiarazione di Mario Barcellona è di provvidenziale e preoccupante lungimiranza, se si rivolge lo sguardo alla recente giurisprudenza del Tribunale di Bari⁴²⁰.

Come vedremo, il tribunale barese ha aperto uno spiraglio inedito, essendo le sue decisioni in controtendenza con la giurisprudenza, da sempre contraria

⁴¹⁸ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 492 ss., ritiene che nel nostro ordinamento siano reperibili due specifici strumenti di gestione delle sopravvenienze, rispettivamente definiti nell'art. 1467 c.c. e nell'art. 1664 c.c. Per queste norme il rapporto regola-eccezione esistente tra le stesse deve, però, essere invertito.

L'art. 1467 c.c., nonostante trovi collocazione nella disciplina generale del codice, dove essere considerato come disciplina particolare per il rischio quantitativo degli scambi puntuali, al di fuori dei quali non potrebbe essere applicato. Al contrario, l'art. 1664 c.c., che si fonda su un modello giuridico conservativo, dovrebbe essere generalizzato a tutti gli scambi integrativi. In un simile scenario l'obbligo di rinegoziare, apparirebbe incongruo con riferimento all'art. 1467 c.c. e superfluo con riferimento all'art. 1664 c.c..

L'art. 1467 c.c. costituisce un modello consensualistico di gestione del rischio che privilegia la volontà individuale e nel quale le ragioni dell'efficienza economica impersonale del debitore della prestazione cedono alle ragioni dell'autodeterminazione del creditore. Il modello di cui all'art. 1664 c.c. costituisce, invece, un modello conservativo che privilegia l'efficiente allocazione delle risorse. Il rischio è, infatti, integralmente allocato sul creditore a prescindere dal suo consenso. Il primo modello consensualistico appare appropriato per lo scambio puntuale, quando l'esecuzione non presuppone o richiede alcuna duratura interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti nonché alcun condizionamento dei reciproci ed ulteriori programmi economici. Il secondo modello appare, invece, adeguato allo scambio integrativo quando cioè le sfere patrimoniali dei contraenti siano integrate e condizionate.

Ne deriva che: *“Rispetto al regime dell'art. 1467 l'obbligo di rinegoziare si dimostra del tutto incongruo, a misura che finisce per sacrificare il diritto, che tale norma conferisce al contraente avvantaggiato, di sottrarsi (abbandonando l'operazione programmata) alla sopportazione di un onere economico non preventivato, senza che tale sacrificio trovi nel modello degli scambi puntuali alcun reale bilanciamento in una altrimenti inevitabile distribuzione ingiustificata di ricchezza. Rispetto al regime dell'art. 1664, invece l'obbligo di rinegoziazione si dimostra superfluo. Ed infatti, una volta che negli scambi integrativi il dispositivo dell'art. 1467 c.c. risulti ab initio inapplicabile, la rinegoziazione perde di assolvere la principale funzione in ragione della quale se ne propone l'obbligatorietà: quella di avviare l'incidente della sopravvenienza verso la conservazione del contratto invece che lasciarlo esposto al rischio della risoluzione”*. Aderisce a tale opinione di Barcellona V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 521 ss..

⁴¹⁹ Cit. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 501: *“In realtà, se ne dovessero ricorrere le ragioni, una trattativa sull'adeguamento del contratto si intavolerà a prescindere dalla sussistenza di un obbligo di rinegoziare; mentre un obbligo di rinegoziare rimarrà del tutto ineffettuale ove non se ne diano già in fatto le condizioni”*.

all'accoglimento dell'obbligo rinegoziativo⁴²¹, ed allarmante, se si vaglia l'estensione dei poteri riconosciuti ai giudici da tale corte territoriale.

Ci si riferisce in particolare all'ordinanza con cui la corte barese ha deciso un ricorso cautelare promosso da una società in merito ad un mutuo fondiario basato su sovvenzione finanziaria della Regione Puglia. Il contratto di mutuo, conformemente al regolamento regionale, prevedeva un periodo di utilizzo/preammortamento di ventiquattro mesi, al termine del quale: (i) la banca avrebbe erogato il saldo e (ii) sarebbe dovuto decorrere il piano di ammortamento.

Durante lo svolgimento del rapporto tra la società e l'istituto di credito, il termine di ultimazione di ventiquattro mesi, previsto nel bando della Regione, veniva prorogato con delibera della giunta regionale. Tuttavia, decorsi i ventiquattro mesi, contrattualmente previsti, la banca rifiutava di erogare il saldo residuo non utilizzato della mutuataria e lo subordinava alla concessione di una manleva.

A fronte del rifiuto dell'istituto di credito, la società agiva giudizialmente per chiedere la revisione della clausola che limitativa a ventiquattro mesi il termine per l'utilizzazione del mutuo sulla base delle mutate circostanze che avevano differito il termine di ultimazione dell'investimento⁴²².

La decisione assume rilevanza poiché il giudice ha accolto la pretesa di parte ricorrente individuando la base normativa dell'obbligo di rinegoziare nella clausola generale di buona fede. Ed infatti: *"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 [...]"*.

⁴²⁰ Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, pp. 571 ss. e Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 117 ss..

⁴²¹ Si confronti Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613, che ha escluso la possibilità per la clausola generale di correttezza e buona fede di configurare un obbligo di rinegoziare l'assetto contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti e il Trib. Milano, 9 gennaio 1997, *Riv. arb.*, 1999, p. 67.

⁴²² Il diritto di revisione era stato, inoltre, posto in collegamento dalla ricorrente al parere espresso del Comitato Tecnico Consultivo secondo cui era possibile l'erogazione a saldo in costanza di ammortamento per effetto del differimento dei termini di ultimazione degli investimenti.

Ebbene, il giudicante, così decidendo, ha offerto una nuova vita alla tesi di Macario portandola dai testi scientifici alle aule dei tribunali.

Il decisore allo scopo di rendere effettiva la rinegoziazione si è, altresì, preoccupato di individuare i rimedi necessari a far fronte all'inadempimento dell'obbligo *"ritenendo possibile 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"*⁴²³.

Al fine di comprendere la *ratio* sottesa alla motivazione del Tribunale di Bari, che giunge a riconoscere il potere del giudice di sostituirsi con una sentenza ai contraenti nel rispetto della (onnipresente) clausola di buona fede, occorre completare il quadro dottrinale preso a riferimento dalla stessa.

L'inadempimento all'obbligo a rinegoziare è valutato, dalla dottrina che fa riferimento a Francesco Macario, una violazione del contratto originario, sia esso fondato su una clausola contrattuale introdotta nel testo dalle parti sia esso implicito ai contratti di durata⁴²⁴.

Seguendo tale ragionamento, ed applicando allo stesso la regola sull'inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive (art. 1453 c.c.), la parte adempiente avrebbe diritto di chiedere alternativamente l'adempimento o la risoluzione del contratto. È, però, evidente che in questa cornice la scelta tra i due strumenti nemmeno si ponga: la risoluzione è assolutamente in antitesi con le teorie rinegoziative⁴²⁵.

⁴²³ Si tratta della massima del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 571, che precisa: *"Il rimedio previsto dall'ordinamento per la tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare è lo stesso dell'obbligo di negoziare, ricorrendo in entrambi i casi un dovere di contrarre, e cioè l'esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c."*

⁴²⁴ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 403.

⁴²⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 972, osserva che se il rimedio all'inadempimento fosse la risoluzione si regredirebbe, poiché è proprio la distruzione del contratto che si vuole evitare. L'autore sottolinea, quindi, che per sfuggire a questo circolo vizioso si è pensato all'art. 2932 c.c. e al diritto di chiedere al giudice di costituire con sentenza il contratto modificativo, precisando che un simile strumento non basta a garantire che la controparte adempierà alle nuove condizioni contrattuali

Ne consegue che, oltre al risarcimento del danno (che pone in ogni caso problemi di quantificazione⁴²⁶), la dottrina reputa possibile chiedere l'adempimento in forma specifica dell'obbligo di negoziare, avvalendosi della sentenza costitutiva che produce gli effetti del contratto non concluso, ai sensi dell'art. 2932 c.c.⁴²⁷. Tale ulteriore salto logico viene motivato ribadendo che la visione sistematica dei contratti a lungo termine "impone un'utilizzazione flessibile delle regole dettate per disciplinare le diverse vicende del contratto traslativo"⁴²⁸.

Tuttavia, anche ammettendo che sia possibile - nella logica interpretativa dei contratti di durata - applicare all'obbligo di rinegoziare una norma che, invece, opera nel caso in cui ci sia un obbligo a "concludere un contratto", vi sono altri nodi da sciogliere prima di poter ritenere esauriente il richiamo all'art. 2932 c.c..

Si tratta ad esempio di chiarire i parametri e i contenuti sulla base dei quali il giudice può procedere alla modifica del contratto⁴²⁹.

La dottrina fornisce alcune linee guida a riguardo: (i) se le parti hanno già avviato le trattative per la rinegoziazione, il giudice deve avvalersi di quanto emerso in tale sede per fondare il nuovo regolamento d'interessi; (ii) se le trattative

costituite per sentenza, ma almeno consente, in caso di rifiuto, di commisurare sulle stesse il risarcimento del danno.

⁴²⁶ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 405, dopo una approfondita analisi del tipo di danno che potrebbe essere riconosciuto al contraente adempiente, precisa che il profitto riconoscibile a quest'ultimo si deve fondare sul legittimo affidamento (ovvero, ragionevole) dello stesso a concludere l'accordo rinegoziativo.

G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 808, osserva come il riferimento all'interesse positivo, indicato dalla letteratura, si fondi sulla possibilità per i giudici di prefigurarsi l'esito della trattativa, ma tale possibilità non sussiste, non potendo il giudice dire quale sarebbe stata la scelta giusta. L'autore suggerisce di assicurare l'effettività dell'obbligazione contrattuale attraverso la previsione di una penale per l'adempimento.

⁴²⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 426.

Si cfr. anche M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo, in Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e dei rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, p. 38, e V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 972, che ammettono il ricorso all'art. 2932 c.c. in presenza di clausole di rinegoziazione rimaste inadempite.

P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 561, ritiene che le soluzioni a favore della parte adempiente debbano essere le consuete: risoluzione e risarcimento del danno.

⁴²⁸ Cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 432. V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011, p. 972, a sua volta sostiene: "Un po' di audacia non fa male, quando si affrontano problemi di giustizia che sfuggono agli schemi troppo rigidi e stretti delle tipizzazioni legali".

non sono iniziate, il giudice deve tenere conto delle modalità di esecuzione del contratto fino al momento dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare⁴³⁰.

Tali indicazioni lasciano ampia libertà di azione (e di scelta) al giudice, ad eccezione dell'ipotesi (definita "*davvero marginale*"⁴³¹) in cui il medesimo non abbia a disposizione gli elementi che gli consentano di esprimere una valutazione "*rigorosa che non sfoci nell'arbitrio*"⁴³².

In poche parole, ciò significa conferire al giudice un inammissibile potere di scegliere su chi far gravare il peso del mutamento delle circostanze⁴³³.

⁴²⁹ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 715, osserva come manchi nel caso della rinegoziazione la predeterminazione del nuovo accordo, essendo sempre salva la libertà per le parti di concluderlo o no.

⁴³⁰ Si cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 430, e V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, p. 264, secondo cui il giudice non si sostituisce integralmente all'autonomia privata, ma si limite ad impegnare quei criteri negoziali e legali che le parti erano ugualmente tenute a seguire nella composizione dei propri interessi.

R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004, p. 724, osserva: "*Se le due parti sono disponibili, s'incontrano e concludono. Se una delle due si nega, il giudice decide. I parametri di cui egli dispone garantiscono alle parti che il suo verdetto non sarà casuale, né soggettivo, né arbitrario*".

A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 715, dichiara: "*Non convince l'idea che le stesse trattative di rinegoziazione offrano il materiale per il completamento. Intanto queste possono mancare del tutto (con l'effetto, un po' assurdo per la tesi, che alle parti renitenti alla prosecuzione del rapporto converrà non trattare affatto, onde impedire al giudice di pronunziare ex art. 2932 c.c.), oppure mettere in rilievo la diversità dei presupposti e la distanza delle posizioni. E comunque la trattativa inconclusa - salvo l'ipotesi del tutto scolastica di contraente che rifiuta una proposta che gli assicura la persistenza dell'originario profitto - mette in luce sempre e solo questo: che le parti si palleggiano, in tutto o in parte, i sovracosti determinati dalla sopravvenienza e perseguono la difesa del profitto. Questa forse non è generosità, ma certo non è mala fede*".

⁴³¹ Cit. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 431.

⁴³² Cit. F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, commento alla ordinanza del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 582.

⁴³³ Il rischio di sopravvenienze - al di fuori dei casi regolati dalla legge (i.e. art. 1467 c.c.) - costituisce una semplice conseguenza dell'accordo. Grava su ognuno dei contraenti l'alea che l'affare concluso si riveli in definitiva non proficuo. È, infatti, onere delle parti regolare la ripartizione del rischio, così G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 785.

Si veda anche P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 573, secondo cui: "*Nonostante il fascino della soluzione*" per esserci un obbligo di contrarre debbono esserci tutti gli elementi del contratto e non si può rinvenire nel caso in cui questi siano rimessi a future trattative.

Si rinvia, infine, ad A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 714, secondo cui: "*La tesi però non appare persuasiva*". L'autore con riferimento alle clausole di rinegoziazione contesta la possibilità di ricorrere all'art. 2932 c.c. indicando una serie di ragioni, tra cui in particolare ritiene che le parti che abbiano previsto la necessità di rinegoziare si siano lasciate la libertà di valutare le proprie convenienze nella situazione mutata. Si tratta, quindi, di una libera scelta, non surrogabile.

Inoltre, il generico richiamo alla regola della buona fede non basta a definire il contenuto del futuro contratto. È, infatti, possibile che diverse soluzioni appaiano conformi a buona fede⁴³⁴ o che la scelta rispettosa della buona fede sia in concreto ingiusta ed inconveniente per i contraenti⁴³⁵. In tali circostanze, come dovrebbe decidere il giudice?

Riflettendo su alcuni esempi concreti si può facilmente intuire come le risposte fornite dalla scienza giuridica, oltre ad essere prive di un fondamento giuridico, non riescano nemmeno ad essere realistiche ad eccezione che per le questioni particolarmente semplici, come quella decisa dal Tribunale di Bari.

Partiamo, dunque, da quest'ultima, in cui l'adeguamento del contratto ha trovato una giustificazione grossolana che può a prima vista apparire consona alla fattispecie sottoposta all'attenzione del tribunale. Il giudice, infatti, ha svolto una comparazione tra l'irrisoria incidenza che la soluzione modificativa poteva avere sul patrimonio di un soggetto "forte" come la banca, rispetto alla mancata erogazione del saldo che, al contrario, avrebbe portato l'impresa controparte a subire un danno irreparabile⁴³⁶.

La decisione barese sembra mettere d'accordo tutti, ma il punto è che l'assenza di conseguenze dannose per il soggetto non gravato dalla sopravvenienza non basta a rendere ammissibile una riforma del contratto priva di legittimazione.

La situazione si complica quando all'illegittimo potere d'ingerenza del giudice si aggiunge l'impossibilità per lo stesso di prevedere quali ripercussioni nel caso concreto possano derivare dalla modifica dei termini dell'accordo. Pensiamo,

⁴³⁴ In questo senso A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 715.

⁴³⁵ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 627, afferma: "Il giudizio sulla convenienza/sconvenienza del contratto rimane, dunque, di spettanza pressoché esclusiva delle parti e ciò implica che il giudice di fronte a diritti disponibili deve rimanere imparziale, anche qualora la contrattazione non risulti in sintonia con il contenuto o il modello contrattuale che lo stesso giudice riterrebbe più opportuno".

⁴³⁶ F. P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, commento all'ordinanza del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 582, sottolinea che la soluzione del giudice di Bari non sembra incidere negativamente sull'utilità marginale che la banca traeva dal contratto.

ad esempio, alla modifica impositiva di un contratto tra imprese in posizione di sostanziale parità⁴³⁷.

I contratti tra imprese sono strumenti di organizzazione aziendale, il frontespizio di operazioni economiche strutturate e di rilevante spessore⁴³⁸. Ne consegue che al mutare delle circostanze di fatto su cui si fonda il contratto, possono crearsi vuoti difficili da colmare persino dagli stessi imprenditori.

Quandanche guidato della buona fede e quandanche abbia a disposizione numerosi elementi di valutazione, un giudice è sempre un soggetto estraneo, con una visione parziale, nonché privo delle competenze tecniche/gestionali necessarie a capire quale sia la scelta “giusta” o “conveniente” per le imprese coinvolte⁴³⁹.

Nemmeno il ricorso a valori di mercato può fornire supporto al decisore, proprio perché il contratto è frutto dell’incontro della volontà delle parti⁴⁴⁰ (o meglio

⁴³⁷ “Scegliere la fetta che sia equa per due grandi imprese pone problemi di giustizia distributiva” scrive A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L’analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 122.

⁴³⁸ Così M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 87, quest’ultimo precisa che le norme che riguardano i contratti di durata, relativi ai rapporti di impresa, finiscono per riguardare anche il modo di permanere della vicenda stessa sul mercato. La durata del contratto espone la relazione a modifiche delle circostanze esterne che, oltre ad avere una potenziale incidenza sul sinallagma, possono avere effetti anche sui concorrenti o, al limite, sui consumatori, ed avere causa nei cambiamenti delle condizioni di mercato.

⁴³⁹ G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 937, valorizza l’impossibilità di affidare scelte di impresa al giudice, anche il più illuminato, perché non è lui a sopportare il rischio della scelta e non è lui a dover decidere al posto dell’imprenditore. Ugualmente negli Stati Uniti, J.P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, *B.U. L. Rev.*, 1984, 64, 1, p. 36, afferma: “Does anyone seriously contend that a judge, by virtue of the skills and insight needed for him to acquire judicial office and by virtue also of the experience that it provides, becomes better equipped than the parties concerned to reconcile their divergent, often conflicting interests, to devise the terms that can govern a complex enterprise and ensure its future survival? The judges I have known are human too. Perhaps I have not met enough judges”.

P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 577, classifica l’obbligo di rinegoziare come un obbligo di intraprendere una trattativa al fine di salvare un contratto a rischio e, per l’effetto, di salvaguardare l’interesse del contraente onerato, che non può tradursi in un obbligo di stipulare ad ogni costo il contratto adeguativo, né tanto meno di legittimare, in caso di suo inadempimento, un indiscriminato intervento del giudice nell’economia del contratto. Nel contempo, l’autore ritiene ammissibile l’intervento autoritativo quando, come nell’ipotesi arbitrale dallo stesso richiamata, dal regolamento negoziale emerge in che termini le parti abbiano inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l’equilibrio negoziale.

⁴⁴⁰ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 808, considera che applicare la regola di mercato significherebbe ammettere che il contratto corrisponda a quei valori, negando alle parti la scelta del rischio, da assumersi nella misura del prezzo che si è disposti a pagare, il che pare al di fuori delle regole che il nostro ordinamento ha accolto. L’azione del giudice sul contratto è plausibile solo

di “una tregua provvisoria fra le parti, nel contesto di un gioco conflittuale fra i loro interessi”⁴⁴¹).

Si osservi altresì che, se nei rapporti tra imprese i contraenti non riescono ad accordarsi autonomamente per sostituire l’ingranaggio guasto, ciò potrebbe significare che si è rotta la fiducia che regge l’intero meccanismo. L’intervento di un soggetto terzo che tenti di “tenere insieme” due parti, imponendo una soluzione opinabile ed esterna, non può ricostruire la fiducia tra le stesse⁴⁴².

Quest’argomento utilizzato al contrario diventa ancor più convincente, poiché è proprio la fiducia ad essere definita come un elemento indispensabile a mantenere il rapporto nel tempo anche laddove dovessero verificarsi circostanze impreviste⁴⁴³.

nel caso residuale in cui quest’ultimo dia esecuzione a regole predeterminate dalle parti (nel patto di rinegoziazione o nel contratto originario) senza avere margini di discrezionalità.

In proposito, si ricorda che la creazione di una regola giudiziale è un meccanismo diverso dall’attuazione: “Rinegoziazione e revisione giudiziale sono strumenti concorrenti, ma rigorosamente alternativi all’adeguamento” cit. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 719.

⁴⁴¹ Cit. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 412.

⁴⁴² Negli Stati Uniti, M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, p. 819, considera che la soluzione ai problemi presentati dai contratti di durata non è quella di tenere il rapporto insieme, ma di consentire ad una delle parti di sciogliere immediatamente il rapporto a condizioni eque, anche se tale diritto non è scritto nel contratto.

“Non si può riempire una tregua provvisoria, e se lo si fa, lo si fa rompendola ulteriormente, e spostandone tutti i vari equilibri” cit. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 412.

G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell’economia*, Trento, 2000, p. 353, considera al contrario necessario un intervento giudiziale quando non ci sia la fiducia.

Di particolare rilievo è l’analisi svolta da S. MACAULAY, *Non-contractual relationships in business: A preliminary study*, in *American Sociological Review*, 1963, 28, p. 61, dove si riconosce che nella pratica: “Business exchanges in non-speculative areas are usually adjusted without dispute” e come nell’industria pesante spesso si concepisca il contratto come un ordine che può essere sempre cancellato: “A lawyer with many large industrial clients said, often business men do not feel they have «a contract» - rather they have «an order». They speak of «cancelling the order» rather than «breaching our contract». When I began practice I referred to order cancellations as breaches of contract, but my clients objected since they do not think of cancellation as wrong. Most clients, in heavy industry at least, believe that there is a right to cancel as part of the buyer-seller relationship. There is a widespread attitude that one can back out of any deal within some very vague limits. Lawyers are often surprised by this attitude”.

⁴⁴³ V. SAKO, S. HELPER, *Determinants of trust in supplier relations: evidence from the automotive industry in Japan and the United States*, in *Forthcoming in the Journal of Economic Behavior and Organization*, 1998, p. 388, affermano: “Trust enables a network of firms to adapt to unforeseen circumstances which are common in a world of risk and uncertainty, thus reducing transaction cost” e richiamano il pensiero di J.C. JARILLO, *On strategic networks*, in *Strategic Management Journal*, 1988, 9, p. 34: “I contend that the entrepreneur can affect the way the relationship is shaped and, the same way a conscientious manager can create a «clan» atmosphere, an

Che dire, infine, dell'effetto a catena che può derivare della modifica di uno dei contratti di cui si avvale l'impresa nella propria organizzazione aziendale. Se l'impresa non è altro che *"a very complex bundle of contractual relations"*⁴⁴⁴, laddove sia ammessa - anche in mancanza di accordo tra le parti - la correzione di una di queste relazioni, dovrebbe essere consentito ottenere l'adeguamento anche degli altri rapporti, influenzati dal medesimo mutamento rilevante.

Eppure, all'aumentare del costo della materia prima non è nemmeno ipotizzabile per un'impresa chiedere, ad esempio, di ridurre proporzionalmente gli stipendi dei propri dipendenti⁴⁴⁵.

Pertanto, pur evitando di interrogarsi sull'esistenza di una base normativa che avvalli le teorie in esame, non si può trascendere dal fatto che la revisione autoritativa sia pensabile solo per alcune tipologie contrattuali e sia invece totalmente irragionevole per altre⁴⁴⁶.

In più, qualora i contraenti non fossero in posizione di parità, anche per le tipologie contrattuali in cui una rettifica giudiziaria è astrattamente immaginabile, quest'ultima sarebbe concepibile solo in un'unica direzione, ossia in favore della parte più *"debole"* (come è avvenuto nella decisione del Tribunale di Bari)⁴⁴⁷. Sennonché, in quest'ottica l'azione del giudice diventa uno strumento a protezione del consumatore, ben diverso da quelli previsti per legge. Nel nostro ordinamento la

inter-organizational relationship can be based on perceived goal congruence and trust. When the relationship is viewed as valuable in itself because of future, unforeseen developments, keeping it alive becomes much easier. We will expand on this in the remaining sections".

Allo stesso tempo il padre della teoria dei contratti relazionali individua proprio nella fiducia l'elemento caratterizzante questi rapporti: *"Trust in turn presupposes some kind of a relation between the parties"* cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, p. 858.

⁴⁴⁴ *"A firm is, in significant ways, nothing more than a very complex bundle of contractual relations"* cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, p. 865.

⁴⁴⁵ *"Se la regola della buona fede ed il conseguente obbligo di rinegoziazione debbano fondarsi qui sulla rilevanza del mutato assetto del mercato nei contratti di durata, sembra ben difficile sostenere che per qualcuno debba valere e per altri no. Comunque questo profilo del problema non è mai stato preso in esame al fine di individuare valide ragioni per delimitarne l'ambito di operatività ad alcuni contratti di durata o ad alcuni dei soggetti del medesimo contratto e ad altri no"* cit. G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 924.

⁴⁴⁶ G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 924 è l'unico a porre la questione in quest'ottica.

⁴⁴⁷ Si cfr. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 409.

tutela della parte debole è, infatti, rimessa a precisi rimedi predeterminati dal legislatore tra cui, principalmente, la nullità di protezione⁴⁴⁸.

La *ratio* conservativa è, tra l'altro, estranea alla disciplina consumeristica che, ad eccezione dei contratti bancari, si caratterizza per lo più da rapporti istantanei, tanto che il codice del consumo predilige la liberazione del consumatore dal contratto (si pensi allo *ius ponentendi*) anche nell'ipotesi particolare di contratti di durata (come ad esempio per i servizi finanziari a tempo indeterminato) in cui è concessa al professionista la possibilità di modificare i termini del rapporto (c.d. *ius variandi*) e al consumatore di recedere⁴⁴⁹.

Infine, nella realtà consumeristica il potere del giudice di incidere sul rapporto contrattuale, seppur con predefiniti strumenti di tutela, si fonda sull'esistenza di uno squilibrio di tipo informativo tra le parti, tale da non consentire a quella in situazione d'inferiorità di essere la migliore interprete dei propri interessi⁴⁵⁰. I contratti per adesione sono l'esempio per eccellenza di accordi

⁴⁴⁸ Accanto alla disciplina delle clausole vessatorie, il diritto privato di fonte comunitaria ricorre ad altri rimedi a tutela del consumatore, tra cui i doveri d'informazione, gli oneri formali, il recesso di pentimento e la nullità di protezione, in questo senso in S. MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, pp. 291 ss.. Il contratto col consumatore deve essere considerato come categoria coordinata e parallela a quella del contratto in generale, e non come mera ipotesi speciale del primo, che segue logiche proprie particolarmente divergenti da quelle seguite nella costruzione odierna del contratto in generale, così P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 409 ss..

⁴⁴⁹ Per approfondimenti si rinvia a V. FARINA, *Principio di continuità dei contratti e ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 180 ss. e a G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, pp. 353 ss., con riferimento alla possibilità per il giudice di valutare la compatibilità del diritto di recesso con la buona fede nei contratti bancari.

⁴⁵⁰ "Un intervento sull'autonomia negoziale è ammissibile in quanto si accertata, dal punto di vista economico, una disfunzione tale da rendere inoperativa la presunzione che le parti siano (state) in ogni caso i migliori interpreti dei rispettivi interessi e siano in grado autoderminarsi e determinare liberamente il contenuto del regolamento di interessi realizzato contrattualmente, così massimizzando le utilità congiunte" cit. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 86. Le direttive europee in materia hanno certamente introdotto nel nostro ordinamento il controllo del giudice sul contratto - generando una perdita di centralità della parte generale del contratto così come individuata dal codice e sviluppata attorno all'autonomia contrattuale - ma ricorrendo a strumenti di tutela completamente diversi. Il giudice, nei rapporti di consumo o in quelli tra imprese in posizione di squilibrio, si pone a disposizione della parte più "debole" e diventa il veicolo di giustizia contrattuale anche attraverso il ricorso alle norme imperative, rigidamente predeterminate dal legislatore. Un'incidenza sul contratto "diventa ammissibile solo in presenza di parti dotate all'origine di beni situazionali assai diversi (appunto, ad esempio, il caso dell'impresa e del consumatore)" cit. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 409 ss..

squilibrati sottoscritti abitualmente da ognuno di noi, senza avere cura delle numerose clausole in essi contenute.

In tutti questi casi, non ha senso richiamare la disciplina dell'obbligo di rinegoziare, poiché una negoziazione, al momento della sottoscrizione dell'accordo, non vi è stata e verosimilmente non sorgerà al verificarsi di contingenze⁴⁵¹.

Allo stesso modo, nei rapporti "business to business" caratterizzati da una sostanziale disparità tra i contraenti, l'intervento modificativo del giudice sembra riconducibile alla tendenza di applicare in via generalizzata il nuovo paradigma del contraente "debole"⁴⁵². Non si mira a garantire la continuità al rapporto, superando l'impasse delle parti nella negoziazione, ma ad impedire che il contraente più forte approfitti della mutata realtà. Il giudice è, in queste situazioni, il porta-voce di una sola parte, la più "debole"⁴⁵³.

Le conclusioni al ragionamento dianzi svolto possono essere riassunte come di seguito.

A. Con riferimento all'assenza di una base giuridica a fondamento delle tesi sulla rinegoziazione del contratto, si può concludere che:

⁴⁵¹ A ciò si deve aggiungere che la negoziazione del contratto è impedita anche in caso di determinazioni eteronome imposte da disposizioni imperative di cui all'art. 1339 c.c., si veda G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 776.

Interessante è la ricostruzione di R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 464, che evidenzia come dal punto di vista del consumatore il contratto sia incompleto. I consumatori sono di regola in una posizione svantaggiata per determinare probabilità ed entità dei potenziali danni derivanti da un rischio imposto dal venditore, il quale al contrario può, grazie al volume elevato di vendite prevederne l'impatto. Poiché la maggior parte dei contratti non procura perdite ai consumatori, quest'ultimi non leggono il contratto ed è quasi inconcepibile l'eventualità di rinegoziare l'accordo. Pardolesi ritiene che la soluzione in questi casi sia offrire ai consumatori una via d'uscita dalla trappola dei contratti standard.

⁴⁵² Siffatta tendenza trova fondamento nelle regole definite "moralizzatrici" dell'attività di impresa, che prevedono l'intervento del giudice in funzione modificativa del regolamento contrattuale, aggiungendo il rimedio integrativo alla sanzione invalidante. Si tratta dell'abuso di dipendenza economica in tema di subfornitura (art. 9, d.lgs. 28 giugno 1998, n. 192) e della disciplina sui ritardi dei pagamenti (art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

⁴⁵³ M.P. GERGEN, *Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, *Ind. L.J.*, 1995, 71, pp. 45 ss., osserva come che una modifica giudiziaria nei rapporti tra parti sofisticate (che hanno il medesimo potere e le medesime informazioni) ponga solo apparentemente un problema di libertà contrattuale.

1) solo ai contraenti spetta il compito di decidere se e come proseguire la propria relazione, contemperando i contrapposti interessi di cui sono portatori⁴⁵⁴. Le parti possono anche scegliere che la soluzione alle problematiche sopravvenute sia rimessa ad un terzo, con preparazione tecnica adeguata (esperto, conciliatore, arbitro), ma deve trattarsi in ogni caso di una scelta, non di un'imposizione⁴⁵⁵.

In mancanza di volontà delle parti, un completamento dell'opera rinegoziativa può trovare fondamento solo nella legge⁴⁵⁶. Una legge sul punto, vista l'eterogeneità dei contratti destinati a protrarsi nel tempo, deve disciplinare con precisione il proprio ambito di applicazione, consentendo ai destinatari di adeguare le proprie iniziative ed eventualmente di derogarla tutte le volte che gli stessi non confidino nella rischiosa e compromettente modifica giudiziaria⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Così P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, p. 563. Non si deve in ogni caso dimenticare che nel caso estremo in cui i costi siano divenuti eccessivi, la parte svantaggiata potrà sempre chiedere la risoluzione con possibile ed eventuale riconduzione ad equità.

⁴⁵⁵ "La scelta di attribuire ad un terzo la possibilità di adeguare il contratto può comportare sia effetti positivi che negativi: i primi si realizzano poiché tale scelta tende ad evitare il rischio di un'interruzione del rapporto contrattuale, garantendo, per quanto possibile, la flessibilità e l'adattabilità dei mutati interessi sopravvenuti delle parti. Il lato negativo consiste nel fatto che il terzo non è direttamente coinvolto dall'affare: le sue determinazioni sono per forza di cosa discrezionali e potrebbero non interpretare al meglio la volontà dei contraenti" cit. F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 6, pp. 447 ss.. E.C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 489, nota 38, osserva come la rimessione della decisione ad un terzo sia un rimedio che permette alle parti di evitare costi transattivi che sarebbero generati dal tentativo, spesso inutile, di prevedere il futuro.

⁴⁵⁶ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 716, sottolinea come senza criteri specifici manchi una scelta impegnativa sul riparto dei rischi: la legge potrebbe imporla, ma il giudice da sé no.

G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 808, dichiara: "La possibilità di affermare un intervento del giudice nel sostituirsi alle parti dovrebbe passare allora per una scelta che fin da subito è scartata: ovvero che i valori debbono corrispondere sempre a quelli del mercato, unico riferimento che, forse, potrebbe talora apparire sufficientemente obiettivo per evitare una valutazione meramente soggettiva della misura del riadeguamento. Tuttavia anche questa soluzione, laddove ossa efficacemente operare, postula che il singolo contratto debba necessariamente corrispondere a quei valori, pianifica cioè la contrattazione e nega alle parti la scelta del rischio da assumere nella misura del prezzo che si è disposti a pagare; il che pare al di fuori delle regole che il nostro ordinamento ha accolto".

⁴⁵⁷ Sull'eterogeneità tipica dei contratti a lungo termine si veda A. SCHWARTZ - *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 114.

Sulle difficoltà classificatorie negli Stati Uniti, si veda M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, pp. 805 ss. e la critica al padre della teoria relazionale (di cui al prossimo Paragrafo) di W.C. WHITFORD, *Ian Macneil's Contribution To Contracts Scholarship*, *Wis. L. Rev.*, 1985, p. 555, secondo cui uno dei difetti di questa dottrina è quello di presentarsi eccessivamente complicata.

Per quanto già detto in precedenza appare, invece, difficile immaginare un intervento legislativo che imponga la continuità del rapporto di cui è parte un consumatore, apparendo più confacente a quest'ultima fattispecie la liberazione dal vincolo contrattuale (con la sola eccezione dei contratti di finanziamento);

2) le esigenze protezionistiche potrebbero considerarsi degli espedienti idonei a giustificare la modifica autoritativa di accordi contrattuali che appaiano ingiusti o iniqui. Tale forma di tutela porta, però, molto lontano dalla teoria dell'obbligo di rinegoziare che professa un intervento del giudice solo quando le parti non abbiano trovato un accordo, imponendo una modifica giudiziaria che sia in ogni caso conforme al plausibile esito della rinegoziazione avviata dalle stesse.

La commistione tra tutela del consumatore e obbligo legale di rinegoziare genera, inoltre, confusione tra principi che devono essere tenuti distinti. La protezione del consumatore è, infatti, garantita ricorrendo alle numerose norme previste del legislatore nel codice del consumo e non necessità di altre fonti;

3) da ultimo si osserva che, allo scopo di giustificare l'ingerenza del giudice sul contratto, non è ammesso nemmeno il richiamo ai moderni principi commerciali - quali i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL), i *Principi Unidroit* e i *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* - che prescrivono: (i) il diritto delle parti, in caso di *hardship*, di intavolare trattative per adeguare il contratto; (ii) il potere del giudice di agire in via sussidiaria per modificare direttamente i termini dell'accordo⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ L'Art. 6.2.3 dei *Principi Unidroit*, 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 *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 ripristinare l'originario equilibrio". L'art. 6:111 dei PECL e l'art. III.-1:110 del DCFR dispongono che: "(1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. (2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: (a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto, (b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità suscettibile ragionevolmente di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e (c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare. (3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e vantaggi derivanti

Pur riconoscendo l'importanza di tali norme - che hanno di mira l'introduzione nel contratto commerciale di strumenti flessibili di conservazione - non si può prescindere dalla circostanza che esse, essendo fonti giuridiche persuasive (non legislative), sono applicabili solo su precisa scelta dei contraenti in posizione di parità⁴⁵⁹.

Pertanto, si rammenta che, pur non potendo escludere che in un futuro i principi europei del commercio internazionale possano essere tenuti in considerazione dal nostro legislatore per adeguare la disciplina dei contratti di durata, allo stato ogni estensione interpretativa del codice civile deve considerarsi in contrasto con l'autonomia privata⁴⁶⁰.

B. Quanto alle conseguenze che possono derivare dall'applicazione della teoria rinegoziativa ai contratti a lungo termine, si può concludere che:

1) l'integrazione giudiziaria di un contratto incompleto introduce un elemento di incertezza e precarietà nella relazione⁴⁶¹, non essendo prevedibile l'orientamento che assumerà il giudice, seppur quest'ultimo si attenga alla regola di buona fede (o all'equità)⁴⁶². Fanno eccezione le relazioni in cui è parte un consumatore o un

dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza".

In argomento, si cfr. F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 140 ss..

⁴⁵⁹ In questo senso G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 785.

F. MACARIO, *I Rimedi mantentivi l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi -2*, Milano, 2006, p. 730, considera tali principi come il condensato di un'attenta e corretta elaborazione in sede teorica dei rimedi più appropriati per la soluzione dei problemi di gestione del rischio contrattuale.

⁴⁶⁰ Con riferimento all'applicazione della rinegoziazione del contratto, prevista dagli *Unidroit Principle*, nel diritto Australiano, si rinvia a D. ROBERTSON, *Long-Term Relational Contracts and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, This is an updated version of a paper presented at the CLE Seminar on The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: What Do They Mean for Australia?, held at Sydney Law School on 25 June 2008, p. 187, che afferma: "This is an unusual stance for a lawyer in the Anglo-Australian tradition who is used to advising on questions of breach and the ability to terminate a contract".

⁴⁶¹ Si cfr. J.P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, *B.U. L. Rev.* 1984, 64, 1, p. 36.

⁴⁶² G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 938, sostiene che ci sia il rischio che i nostri rapporti privati quotidiani diventino precari e incerti ammettendo il potere del giudice di valutare il contratto di fronte alle sopravvenienze.

soggetto classificabile come “*debole*” essendo, in queste ipotesi, presumibile che il giudice decida in favore della parte contrattualmente meno “*forte*”.

Il concetto è riassunto in modo calzante da Roberto Pardolesi, secondo cui: “*Il fatto che una corte possa spesso integrare un contratto incompleto con un’allocazione di diritti teoricamente efficiente lascia irrisolto un problema fondamentale: quale efficienza e a favore di chi?*”⁴⁶³;

2) si è visto come un’interferenza esterna, priva del supporto tecnico adeguato e in assenza di dettami individuati dalle parti, possa avere ripercussioni anche gravi sulla realtà fattuale. La modifica potrebbe a titolo esemplificativo: (i) non corrispondere alla volontà dei contraenti; (ii) privilegiare solo uno di essi; (iii) generare conseguenze irreparabili a carico di una o di entrambe le parti⁴⁶⁴;

3) la logica conservativa ha spinto la dottrina troppo avanti arrivando a neutralizzare le patologie dei contratti di durata con un’imposizione che si mostra contraria alla logica cooperativa e relazionale su cui, di norma, si fondano queste operazioni⁴⁶⁵. Cooperare significa lavorare insieme per raggiungere un fine, tale sinergia è nei rapporti d’imprese specializzate ancor più importante. Tuttavia, se le

⁴⁶³ “*Le corti, verificano i fatti, possono accrescere l’efficienza se sono in grado di guidare le parti verso approdi sicuri: altrimenti, l’unico valore che la regola fornita può avere è semplicemente quello di essere una regola, che quindi risolve, in un modo o nell’altro, una controversia e perciò propizi la coesione sociale*” cit. R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 459.

⁴⁶⁴ Così M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 236. Se gli strumenti di adattamento hanno quale obiettivo quello di evitare i costi transattivi, la rinegoziazione, al contrario, proprio con riguardo a rapporti complessi impone costi transattivi necessari a rifare un accordo.

Si veda sul punto, A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 718 e G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 937, il quale sottolinea che la decisione del giudice andrebbe a privilegiare una parte a scapito dell’altra che magari, alle nuove condizioni, non avrebbe mai concluso l’accordo e che ora deve sopportare i costi per la cui prevenzione aveva già pagato un corrispettivo.

Nell’esperienza statunitense, si rinvia al disappunto di J.P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, *B.U. L. Rev.*, 1984, 64, 1, p. 36.

⁴⁶⁵ “*Ipotizzare che il giudice sia sempre e comunque autorizzato ad un intervento ex post di tipo modificativo - sia pure ispirato all’esigenza di superamento della alternativa stretta tra manutenzione/integrazione e risoluzione - costituisce un’interferenza troppo accentuata per l’autonomia privata ed un fattore di incertezza del diritto e imprevedibilità delle decisioni, che è tanto più temibile quanto più si accentua il significato che una pronuncia giudiziale proietta sulle sue future applicazioni*” cit. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, pp. 421 ss.. L’autore considera però l’intervento del giudice essenziale nella veste di *ultima ratio*, precisando come sia escluso che l’intervento del giudice

parti, a causa del cambiamento delle circostanze, non sembrano più disposte a lavorare insieme non potranno superare l'*impasse* attraverso un intervento impositivo del giudice. In questi casi una costrizione non risolve il problema, ma lo complica⁴⁶⁶.

Vale, quindi, la pena ribadire che non può darsi per scontato che la prosecuzione del rapporto sia sempre la soluzione più efficiente⁴⁶⁷.

possa considerarsi espressione di una posizione paternalistica, poiché sono i *Principi Unidroit* dei contratti commerciali a prevedere questa possibilità.

⁴⁶⁶ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 290, pur precisando che con la rinegoziazione si vuole evitare l'imposizione di una valutazione di un terzo, la impone in mancanza di accordo, richiamando la disciplina dell'art. 2932 c.c.. Ci si riferisce in particolare al passo in cui l'autore individua l'obbligo di rinegoziare a seguito dell'offerta ex art. 1467, comma 3: *"In tale contesto, la rimessione alla valutazione del giudice dell'assetto contrattuale equo ed il riconoscimento del potere d'intervento, indipendentemente, dal timore di ammettere, in tale modo, un'illegittima ingerenza giurisdizionale nell'ambito di azione dell'autonomia privata, induce a considerare l'offerta modificativa come un invito a trattare le condizioni per la revisione del contratto, allo scopo di evitare che al risultato finale pervenga il giudice con la pronuncia sostitutiva del mancato accordo"*.

⁴⁶⁷ Così R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 461.

2. *Relational e incomplete contracts*

Non si può capire fino in fondo una teoria se ci si limita ad osservare le sue ramificazioni, tralasciando il luogo in cui affondano le radici.

È, quindi, doveroso abbandonare, seppur per una breve digressione, il territorio nazionale e spostarsi negli Stati Uniti, dove è sorto il modello teorico preso a riferimento da Macario⁴⁶⁸.

Oltreoceano, nel secondo dopo guerra - in contrapposizione al diritto contrattuale classico e neoclassico degli anni precedenti - la scienza giuridica ha fornito una rielaborazione moderna del concetto di contratto⁴⁶⁹.

Il contratto è considerato da Ian R. Macneil, padre di questa dottrina, come una relazione basata sullo scambio tra due soggetti: *“Who have exchanged, are exchanging, or expect to be exchanging in the future”*⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ “Non vi è dubbio che lo spazio riconosciuto all’operatività del principio di buona fede avvicini significativamente la riflessione sulla revisione giudiziale del contratto all’impostazione socio-economica del discorso relativo ai contratti a lungo termine, intesa nella prospettiva «relazionale». La valorizzazione del precetto di buona fede quale regola di comportamento nell’esecuzione del contratto può dirsi, infatti, il più immediato risultato della ricaduta sul terreno giusciviltistico della dottrina dei «relational contracts», ove la logica cooperativa tendente alla realizzazione del risultato dedotto in contratto dovrebbe sostituire quella egoistica, finalizzata al mero advantage-taking (evidentemente antitetica a quella di sharing and cooperation) tipica dello scambio isolato (indicato, in area anglosassone, in contrapposizione al modello del long-term contract, come «discrete transaction»), normalmente ad efficacia istantanea” cit. F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziazione*, in *Dir. civ.*, 2002, p. 84 e *I Rimedi mantenutivi l’adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V. Rimedi -2, Milano, 2006, p. 740.

⁴⁶⁹ Si cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 55, nota 64.

“In the neoclassical system, the reference point for those questions about the change tends to be the original agreement. In a truly relational approach the reference point is the entire relation as it had developed to the time of the change in question (and in many instances as it has developed since the, change)” cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, p. 890. La raccolta dei lavori sull’argomento è rinvenibile nel seguente testo, I.R. MACNEIL, D. CAMPBELL, *The relational theory of contract, select works of Ian Macneil*, London, 2001.

⁴⁷⁰ Cit. I.R. MACNEIL, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in *Nw. U. L. Rev.*, 1999-2000, 94, p. 879. Tale citazione è utilizzata per chiarire meglio la definizione: *“No more and no less than the relations among parties to the process of projecting exchange into the future”* espressa in *The New Social Contract*, 1980, p. 4.

Nella visione neoclassica statunitense il contratto era considerato come uno scambio di promesse, nella nuova visione relazionale, il contratto, non è più un atto di volontà, ma una relazione. Si veda anche S. MACAULAY, *Non-contractual Relationships in Business: A preliminary study*, in *American Sociological Review*, 1963, 28, pp. 55 - 69.

Il contratto così inteso si contrappone alle cosiddette *discrete transaction* (letteralmente transazioni separate) le cui principali caratteristiche sono di seguito riassunte:

- (i) si tratta di transazioni che intervengono tra soggetti privi di alcun coinvolgimento personale, solitamente degli estranei;
- (ii) si presentano come scambi isolati, nel senso che non trovano fondamento in relazioni passate, pendenti o future e si esauriscono in breve tempo;
- (iii) hanno ad oggetto beni facilmente monetizzabili;
- (iv) le relative obbligazioni si prestano ad essere definite dalle parti fin dal momento della stipula, senza richiedere alcuno sforzo di programmazione⁴⁷¹.

Queste qualità sono adeguatamente poste in risalto nell'esempio dell'acquisto di benzina da parte di un automobilista in una stazione di servizio lungo l'autostrada, proposto da Macneil per descrivere le *discrete transaction*⁴⁷².

I *discrete exchange* si collocano sullo sfondo dell'idea classica di mercato perfetto in cui, al presentarsi di problematiche o controversie tra le parti, non risulta conveniente la continuazione del rapporto⁴⁷³. Gli interessi dei soggetti economici sono, infatti, soddisfatti ritornando sul mercato con la conclusione di nuove transazioni⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ V. GOLDBERG, *Towards an Expanded Economic Theory of Contract*, J. Econ. Issues, 1976, 10, pp. 45 ss., definisce questa categoria come contratti: "In which no duties exist between the parties prior to the contract formation".

Si rinvia anche a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 59.

⁴⁷² "For example, a cash purchase of gasoline at a station on the New Jersey Turnpike by someone rarely traveling the road is such a quite discrete transaction" cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, Nw. U. L. Rev., 1978, 72, p. 855. È chiaro che tutti i contratti hanno qualche dimensione relazionale, ma quello che evidenzia Macneil è l'assenza nelle *discrete transaction* di interazione tra le parti.

⁴⁷³ "The existence of the market that the discrete transactional system presupposes eliminates the necessity for economic relations between the firms to continue in spite of the disputes. That market, rather than continued relations between these particular parties, will supply their future needs" cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, Nw. U. L. Rev., 1978, 72, p. 861.

O.E. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations* Author(s), in *Journal of Law and Economics*, 1979, 22, 2, p. 247, fa l'esempio dell'acquisto di liquori locali da un negoziante in una zona remota di un paese straniero che non ci si aspetta di visitare un'altra volta, né di consigliare ad un amico.

⁴⁷⁴ "Classical contract law was implicitly based on a paradigm of bargains made between strangers transacting in a perfect market" cit. M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, Nw. U. L. Rev. 2000,

Viceversa le economie moderne, fondate sulla specializzazione e sulla pianificazione degli scambi, non possono che riconoscere un ruolo limitato alle *discrete transaction*⁴⁷⁵.

Nel mondo contemporaneo il fattore tempo assume un'influenza determinata sul contenuto delle obbligazioni delle parti, sia al momento della stipulazione sia durante la sua esecuzione⁴⁷⁶. Gli scambi attuali sono complessi e interattivi⁴⁷⁷ al punto da rendere i contraenti incapaci di prevedere compiutamente le reciproche obbligazioni al momento della conclusione dell'accordo⁴⁷⁸.

94, p. 808, a ciò deve aggiungersi che la dottrina classica considera le parti del contratto come attori razionali.

⁴⁷⁵ Le *discrete transaction* possono essere definite come scambi non indispensabili per le parti.

⁴⁷⁶ Così G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 38.

"In conventional contracts, the parties generally are able to reduce performance standards to rather specific obligations. By contrast, relational contracts create unique, interdependent relationships, wherein unknown contingencies or the intricacy of the required responses may prevent the specification of precise performance standard" cit. C.E. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, V. L. Rev., 1981, 67, p. 1092.

Gli studiosi giungono alla fine a considerare tutti i contratti come relazionali. R.E. SCOTT, *The Case of Formalism in Relational Contract*, Nw. U. L. Rev., 94, 2000, pp. 847 ss., scrive: *"All contracts are relational, complex and subjective"*.

Lo stesso Macneil ha affermato: *"Pure discreteness is an impossibility, as is pure presentation"* cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, Nw. U. L. Rev., 72, 1978, p. 883, e: *"I start from the proposition that all contracts of every kind, are relational, and they all occur in relations. Even the most truncated ones you can think of occur within relations"* cit. I.R. MACNEIL, *Symposium: The Common Law of Contracts as a World Force in Two Ages of Revolution: A Conference Celebrating the 150th Anniversary of Hadley v. Baxendale, Relational Contracting in a Digital Age*, 11 Tex. Wesleyan L. Rev., 2005, pp. 675 ss..

⁴⁷⁷ *"Highly interactive contractual arrangement"* cit. C.E. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, V. L. Rev., 1981, 67, p. 1090.

⁴⁷⁸ *"Some contracts, called here contractual relations are far more relational than others. They lie towards one end of a relational spectrum of contractual behavior, opposite from the non-relational end where the discrete transaction is found"* cit. I.R. MACNEIL, *Values in contract: internal and external*, Nw. U. L. Rev., 1983, 78, p. 342.

Macneil individua dieci norme applicabili ai contratti: (i) *role integrity*; (ii) *reciprocity*; (iii) *implementation of planning*; (iv) *effectuation of consent*; (v) *contractual solidarity*; (vi) *linking norms: restitution; reliance; e expectation*; (vii) *creation e restraint of power*; (viii) *flexibility*; (ix) *proprietary of means*; (x) *harmonization of the social matrix*. Inizialmente le norme erano cinque e sono poi state progressivamente integrate dall'autore fino ad arrivare a dieci.

Con riferimento agli scambi c.d. *discrete* devono essere combinate le norme relative all'*implementation of planning* e all'*effectuation of consent*, che l'autore definisce *enhancing discreteness and presentation*. Per gli scambi *relational*, invece, le norme che assumono rilievo sono: *role integrity* e *proprietary of means* a cui si aggiungono altre cinque regole che sono il risultato della combinazione delle residuali norme comuni, ossia: (i) *preservation of the relation*, che deriva dalla combinazione di *contractual solidarity* e *flexibility*; (ii) *harmonization of relational conflict*, che deriva dalla combinazione di *flexibility* e *harmonization of the social matrix*; (iii) *supra-contractual norm*, che deriva principalmente dalla norma di *harmonization of the social matrix*.

Durante l'esecuzione del contratto le parti sono, dunque, costrette ad apportare continui aggiustamenti ed aggiornamenti alla relazione affinché la stessa possa protrarsi nel tempo⁴⁷⁹. Ciò pure in considerazione del fatto che, essendo i legami economico-giuridici moderni improntati sulla solidarietà e sulla reciprocità, devono essere mantenuti a lungo, al fine di massimizzare la ricchezza e di non perdere gli investimenti specifici effettuati dai contraenti⁴⁸⁰.

Rispetto a queste nuove strutture contrattuali il diritto tradizionale statunitense, fondato sugli scambi istantanei, si presenta anacronistico. La conservazione del rapporto non è valorizzata nemmeno dai rimedi neoclassici relativi all'*impossibility of performance*, alla *frustration* e al *mistake* i quali, pur avendo fatto un passo in avanti rispetto alla tradizione, costringono i contraenti, incapaci di giungere ad un accordo, ad interrompere la relazione⁴⁸¹.

Nei sistemi di *common law* - ugualmente a quelli di *civil law* - vengono, quindi, proposte soluzioni che permettano di far fronte alla difficoltà di inquadrare

⁴⁷⁹ R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, p. 865, fa una precisa elencazione delle tecniche utilizzate in America per dare flessibilità al contratto, tra cui ad esempio le clausole di aggiustamento del prezzo, le clausole che attribuiscono particolari poteri ad una delle parti del rapporto o ad un soggetto terzo. Per una ricostruzione dettagliata della visione contrattuale negli Stati Uniti, si rinvia a L.A. DI MATTEO, *Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law*, *New Eng. L. Rev.* 265, 1999, 33, pp. 267 ss..

⁴⁸⁰ W.C. WHITFORD, *Ian Macneil's Contribution To Contracts Scholarship*, *Wis. L. Rev.*, 1985, p. 550, considera importante mantenere la relazione nel tempo (soprattutto in rapporti come quelli di *franchising* la cui interruzione può voler dire la fine della carriera del *franchisee*), ma allo stesso tempo ammette che in alcuni casi la prosecuzione non sia la soluzione migliore: "*Not all relationships are enjoyable, and at times the parties will prefer separation to a continued relationship*".

⁴⁸¹ "*Where the parties are unable to agree to adjustments to reflect changes in circumstances, neoclassical contract law provides a limited array of doctrines whereby one party may escape some or all the consequences of the change. Doctrines of impossibility of performance, frustration, and mistake are used with varying degrees of frequency to relieve parties. More covert techniques such as interpretation or manipulations of technical doctrines such as offer and acceptance and rules governing conditions are also available. But as a general proposition these doctrines aim not at continuing the contractual relations but at picking up the pieces of broken contracts and allocating them between the parties on some basis deemed equitable*" cit. I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, p. 879.

Si rinvia alla ricostruzione di M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 45.

la dimensione relazionale dei rapporti moderni nello scambio impersonale ed atemporale attorno al quale si sviluppa la teoria tradizionale del contratto⁴⁸².

La dottrina dei contratti relazionali suggerisce, in particolare, di introdurre nell'ordinamento delle regole destinate a preservare il rapporto nel tempo, che siano tali da consentire di andare oltre quanto - seppur espressamente manifestato dalle parti nel contratto - non risulti più adeguato alla mutata realtà⁴⁸³.

L'esigenza di flessibilità è così forte da portare la dottrina nordamericana a prospettare una gestione *ex post* del rapporto anche ricorrendo all'intervento di terzi sul contratto⁴⁸⁴.

Più precisamente, la teoria in questione ritiene che, al verificarsi di una variazione del mercato, le parti - in attuazione delle regole di cooperazione e solidarietà - siano tenute a rinegoziare in buona fede i termini dell'accordo e che,

⁴⁸² W.C. WHITFORD, *Ian Macneil's Contribution To Contracts Scholarship*, *Wis. L. Rev.*, 1985, p. 550, critica Macneil, ma riconosce che: "There is typically no single moment in which parties reach agreement on all important terms of the contract, dispute resolution cannot proceed on the assumption that only such an agreement can provide the law of the transaction".

Da una visione comparata emerge, infatti, la generalizzata predilezione per gli ordinamenti a prestare attenzione ai contratti per così dire istantanei tralasciando le relazioni contrattuali considerate durevoli, così M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 34.

⁴⁸³ Per R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, p. 838, le modifiche sulla disciplina del contratto devono avvenire attraverso la valorizzazione del principio di buona fede: "A continuing challenge is for courts to recognize the special characteristics of relational contracts and to develop a set of default rules that are more responsive to the problems that those characteristics generate. I suggest that the most important challenges involve (1) deterring opportunism, and (2) facilitating continuing negotiation and agreed adjustment under a contract that is preserved for that purpose. The key to these challenges is a more comprehensive, sophisticated development of the duty of good faith".

M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, p. 817, si oppone fortemente alla possibilità di individuare delle regole che siano applicabili solo ai contratti relazionali, poiché la relazionalità è una caratteristica che appartiene a tutti i contratti. La teoria dei contratti relazionali è tacitamente basata sul presupposto errato che i contratti relazionali siano una sottocategoria speciale di contratti come classe. Tuttavia, facendo riferimento alla definizione di contratti relazionali ci si rende conto che tutti o quasi tutti i contratti sono relazionali, per cui non devono e non possono essere disciplinati da un corpo di norme speciali.

⁴⁸⁴ Così M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 56.

R.E. SPEIDEL, *Afterword: The Shifting Domain of Contract*, *Nw. U. L. Rev.*, 90, 1995, p. 264, in merito dichiara: "Relational contracts, by necessity, are incomplete and dependent upon good faith adjustments after the time of formation".

qualora una di esse rifiutasse di procedere in tal senso, il giudice abbia il potere di sanzionare questo comportamento opportunistico, sostituendosi ai contraenti⁴⁸⁵.

Orbene, dopo avere delineato le principali caratteristiche della teoria relazionale, occorre a questo punto capire se l'approccio proposto da quest'ultima abbia trovato accoglimento o meno nei sistemi e nelle corti di *common law*⁴⁸⁶. Nel fare ciò, è necessario avere sottocchio alcuni riferimenti normativi.

In primo luogo, la disciplina contrattuale statunitense distingue tra *impossibility of performance* (o *impracticability*) e *frustration of purpose*, riferendosi, la prima, alla prestazione divenuta oggettivamente impossibile e, la seconda, alla frustrazione degli scopi che ciascuna delle parti ha nel contratto⁴⁸⁷.

In merito all'impossibilità, ed in particolare alla *commercial impracticability*, paragonabile all'eccessiva onerosità del nostro codice civile⁴⁸⁸, la giurisprudenza della Suprema Corte della California ha precisato che: "*A thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost*"⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ "In short, opportunism threatens the relationship. If the contract does not have a governance structure to regulate or define opportunism, or if that structure fails and the parties cannot agree, a court may be asked to intervene" cit. R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, p. 838. Quest'ultimo nel cercare il ruolo della buona fede nella rinegoziazione del contratto, richiama come moderno esempio di applicazione estensiva del principio di buona fede i *Principi Unidroit* dei contratti commerciali internazionali.

Si cfr. anche M.P. GERGEN, *Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, *Ind. L.J.*, 1995, 71, pp. 45 ss..

⁴⁸⁶ A.O SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, in *The Journal of Legal Studies*, 1990, 19, 1, pp. 43 ss..

⁴⁸⁷ Si vedano in proposito V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nordamericano. Appunti e materiali*, Milano, 1980, pp. 114 ss. e E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, pp. 1239 ss.. Per gli aspetti legati all'analisi economica del diritto si veda P. TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: An economic analysis*, *International Review of Law and Economics*, 1991, 11, 1, pp. 63 ss..

⁴⁸⁸ R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 454, l'ha definita: "Versione a stelle e strisce della nostra eccessiva onerosità".

⁴⁸⁹ *Mineral Park Land Co. v. P.A. Howard*, 172, Cal. 289 (S. Cal. 1916). Per approfondimenti si rinvia a A.O SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, in *The Journal of Legal Studies*, 1990, 19, 1, pp. 74 ss..

L'istituto della *commercial impracticability* è confluito nella *Section 2-615* - relativa alle vendite - dell'*Uniform Commercial Code (UCC)*⁴⁹⁰, rubricata: "*Excuse by Failure of Presupposed Condition*" secondo cui il venditore non è inadempiente se la prestazione concordata è divenuta impraticabile dal verificarsi di una contingenza, il cui non verificarsi era un assunto di base sul quale il contratto era stato stipulato⁴⁹¹.

La principale innovazione dell'*UCC* è stata la ridefinizione dell'impossibilità, in conformità agli orientamenti delle corti, in modo che la stessa potesse operare e consentire la liberazione delle parti (con eventuale restituzione di quanto già eseguito) anche in caso di prestazioni divenute impraticabili⁴⁹².

In un simile scenario, il potere del giudice di modificare i termini dell'accordo è riscontrabile nel commento ufficiale n. 6 della *Section 2-615*. Miratamente, il commento prevede un'eccezione alla liberazione del debitore

⁴⁹⁰ L'*UCC* nel 1945 aveva quale scopo quello di raccogliere in un unico testo le materie già disciplinate per mezzo dei vari *Uniform Acts*. La direzione del progetto fu affidata a Karl Llewellyn. Per approfondimenti si veda G. BELLANTUONO, voce *Uniform Commercial Code*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, 19, Torino, 1999, pp. 516 ss. e A.O SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, in *The Journal of Legal Studies*, 1990, 19, 1, pp. 43 ss..

⁴⁹¹ Si cfr. *Section 2-615 UCC* che letteralmente esenta il venditore (ed estensivamente anche il compratore): "*If performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made*".

Si vedano in proposito A. FRIGNANI, voce *Hardship clause*, *Digesto Quarto disc. priv. Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pp. 450 ss. e L.L. FULLER, M.A. EISENBERG, M. GERGEN, *Basic Contract Law, Concise Edition*, 9° ed, 2013, pp. 694 ss..

Il precedente *Transatlantic Financial Corp v. United States* 363, F.2d 312 (D.C. Cir. 1966) ha chiarito come debba essere applicato l'istituto dell'impraticabilità, individuando tre *steps*: 1) il verificarsi di una sopravvenienza inaspettata; 2) il rischio del verificarsi della sopravvenienza non è stato allocato dalle parti; 3) la sopravvenienza ha reso il contratto economicamente impraticabile.

Con riferimento al commento n. 4 dell'articolo in questione, si rinvia ad A. SCHWARTZ, *Sales Law and Inflation, Faculty Scholarship Series, Paper 1115*, 1976, p. 23. Il commento prevede: "*Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section*".

⁴⁹² Tale principio è stato adottato dalla *Section 261 del Restatement Second of Contracts* (1981) che lo ha esteso a tutti i tipi di contratti: "*Performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made [...] unless the language or the circumstances indicate the contrary*". Emerge, quindi, con chiarezza la necessità per i giudici di indagare lo stato soggettivo e cognitivo che i contraenti avevano al momento della stipulazione del contratto.

gravato dall'impraticabilità nelle situazioni in cui né il buon senso né la giustizia siano soddisfatti applicando la norma legale. In queste ipotesi, si richiede l'adeguamento giudiziale dell'accordo nel rispetto della buona fede, dell'*insecurity* e della giustizia, nonché in conformità alla politica generale che ispira lo stesso UCC, la quale a sua volta raccomanda il ricorso a principi equitativi in sostegno degli *standard* commerciali e della buona fede⁴⁹³.

Nel 1980, l'adeguamento giudiziale del contratto ha, invece, trovato attuazione concreta nella famosa sentenza *Aluminium Co. of America v. Essex Group*, chiamata più semplicemente *Alcoa*⁴⁹⁴.

La sentenza si è occupata di una fornitura di alluminio fuso della durata di sedici anni, il cui prezzo era determinabile nel contratto attraverso una formula variabile - con riferimento all'andamento di alcuni indici prestabiliti - dimostratasi nella pratica insufficiente al verificarsi di notevoli cambiamenti del mercato. Se, infatti, la società *Alcoa* avesse applicato la clausola di adeguamento automatico del prezzo sarebbe stata costretta a subire un'ingente perdita patrimoniale per gli anni a venire.

Posto di fronte a tale controversia, il giudice Teitelbaum - al fine di consentire la prosecuzione del rapporto di fornitura - ha riconosciuto alle parti il diritto di rinegoziare le condizioni del contratto, riservandosi il potere di procedere

⁴⁹³ Il commento ufficiale n. 6 dell'UCC 2-615, prevede: "In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of «excuse» or «no excuse» adjustment under the various provisions of this Article [Chapter] is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith". Aperture nel medesimo senso sono rinvenibili anche nella codificazione fatta dalla dottrina ed in particolare nella *Section 272* del *Restatement Second of Contracts* che a conclusione del capitolo sull'*impracticability* e *frustration* ha ammesso la modifica dei termini del contratto da parte del giudice se necessaria ad evitare l'ingiustizia: "In any case governed by the rules stated in this chapter, if those rules together with the rules stated in Chapter 16 [on remedies] will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests".

⁴⁹⁴ Per la traduzione italiana si veda Corte Distrettuale Degli Stati Uniti d'America; Distretto occidentale della Pennsylvania: sentenza 7 aprile 1980; Giud. Teitelbaum, *Aluminum Co. of America c. Essex Group Inc.*, in *Foro it.*, 1981, 104, 9, IV, pp. 361 ss.: "Un rimedio che modifichi il corrispettivo contrattuale alla luce delle circostanze che hanno inciso sulla formula per l'indicizzazione originariamente divisata garantirà meglio di qualunque altra forma di tutela gli scopi e le aspettative delle parti. Tale rimedio è essenziale onde evitare, in questa fattispecie, ingiustizie".

giudizialmente a tale adeguamento, nell'ipotesi in cui le medesime non fossero state in grado di raggiungere autonomamente un accordo.

A parere del giudice della sentenza *Alcoa*, la minaccia che il contratto possa essere modificato a seguito di un intervento autoritativo potrebbe indurre i contraenti a rinegoziare⁴⁹⁵; rinegoziazione, tra l'altro, effettivamente avvenuta nella vicenda *Alcoa*.

Nonostante ciò, il citato caso *Alcoa* è rimasto isolato⁴⁹⁶. Le corti statunitensi si mostrano, infatti, restie ad introdurre nel proprio ordinamento l'adeguamento giudiziale del contratto, promosso dalla dottrina⁴⁹⁷.

Le ragioni di questa chiusura sono le medesime per le quali, anche nell'ordinamento italiano, è stata reputata priva di giustificazione l'attribuzione al

⁴⁹⁵ "The court willingly concedes that the managements of Alcoa and Essex are better able to conduct their business than is the court" *Alcoa*, 499, F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

⁴⁹⁶ "So the Alcoa opinion is a lonely monument on a bleak landscape, the only instance in which an American judge has tried to dictate entirely different substantive terms (in this instance the price) in a contract that was still being actively performed. This may explain why so much attention has been given to the frustrated venture of a single trial judge whose fancy was unusually free" cit. J.P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, B.U. L. Rev., 1984, 64, 1, p. 35.

Si ricorda anche il più recente caso *Oglebay Norton CO. V. Armco Inv.*, 56 N.E.2d, 515 (Ohio 1990) richiamato da R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, Nw. U. L. Rev., 2000, 94, pp. 831 ss.. Questa decisione riguarda un contratto, considerato dall'autore fortemente relazionale, poiché destinato a durare nel tempo attraverso un'attenta pianificazione *ex ante* (doppio meccanismo di determinazione del prezzo) e clausole aperte. Con il passare del tempo la pianificazione delle parti si è dimostrata inadeguata e le medesime non sono state in grado di risolvere la controversia. La Corte, a fronte del fallimento delle parti di trovare un accordo sul tasso annuo del prezzo, ha fornito un tasso ragionevole, giustificando il proprio intervento in considerazione: (i) della volontà manifestata dalle medesime di rimanere vincolate, anche nell'ipotesi in cui i sistemi di determinazione del prezzo fossero falliti; (ii) delle previsioni di cui al *Restatement (Second) of Contracts* e (iii) della *Section 2-305, Article 2*, dell'*U.C.C.* La corte ha, inoltre, ordinato di rinegoziare, per gli anni futuri, il tasso, prevedendo in caso di mancato accordo la possibilità per le parti di chiedere la nomina di un mediatore.

Si veda, inoltre, la ricostruzione di S. MACAULAY *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Modern Law Review Limited*, 2003, 66, 1, p. 68.

⁴⁹⁷ M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, Nw. U. L. Rev., 2000, 94, p. 822, nonostante la critica alla teoria in esame e la propria opposizione a creare un diritto specifico per i contratti relazionali, ne ha valorizzato anche gli aspetti positivi. La teoria relazionale ha, infatti, evidenziato alcuni deboli fondamentali della dottrina classica del contratto, statica e fondata sul presupposto che la maggior parte dei contratti sono "discrete". La teoria del contratto relazionale ha anche notevolmente illuminato l'economia e la sociologia della contrattazione. Infine, la teoria del contratto relazionale si è distinta per aver dato rilievo alle particolarità di alcuni tipi di contratti, come il *franchising*, e a specifici termini espliciti o impliciti del contratto. Secondo l'autore, pertanto, tutti

giudice del potere di modificare il contratto⁴⁹⁸. In proposito, si possono richiamare le critiche alla sentenza *Alcoa* di John P. Dawson, secondo cui: (i) i giudici non hanno le competenze per riscrivere il testo del contratto e nulla li rende qualificati a ripristinare le turbative dell'impresa; (ii) si tratta di una questione di libertà civile, poiché non vi è alcuna fonte che legittima il potere dei giudici di imporre alle parti un contratto senza il loro libero consenso⁴⁹⁹.

Nei rapporti tra imprese, in mancanza di strumenti convenzionali di allocazione delle risorse, i giudici statunitensi hanno persino interpretato restrittivamente la *Section 2-615 UCC* sull'impraticabilità, reputando i professionisti capaci di prevedere i rischi del mercato in cui operano, rischi che - se non sono allocati diversamente - devono restare a carico della parte svantaggiata⁵⁰⁰.

Dall'analisi dei casi giudiziari statunitensi, emerge anche un altro dato, ossia

questi contributi sul tema sono stati un fattore molto importante nella formulazione del nuovo diritto contrattuale.

⁴⁹⁸ M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, p. 819, ritiene che: (i) l'obbligo di negoziare il contratto in buona fede a seguito del verificarsi di un cambiamento delle circostanze e (ii) il potere del giudice di rivedere i termini dello stesso, siano altamente discutibili per tutti i contratti. Ci sono, infatti, diversi sistemi che consentono l'aggiustamento del prezzo nel tempo e, se i contraenti non li hanno previsti, è probabile che si tratti una precisa decisione dei medesimi.

⁴⁹⁹ Si riporta il testo originale di Dawson: "*The first reason that I have urged (for me it is a sufficient reason) for judges to abstain from rewriting the contracts of other people is that they are not qualified for such tasks. Nothing in their prior training as lawyers or their experience in directing litigation and giving coherence to its results will qualify them to invent viable new designs for disrupted enterprises, now gone awry, that the persons most concerned had tried to construct but without success. As one able author has contended, judges, trained as judges, are "institutionally incapable" of achieving success in such undertakings. The second reason, however, is important enough to be stated first for it raises an issue that I regard as a major issue of civil liberty. The question that I have repeatedly raised but have not tried to answer is the question when an unforeseen event has so drastically altered a contract that the parties to it are fully excused from its further performance, from what source does any court derive the power to impose on them a new contract without the free assent of both? Where rescission is awarded on any of the other standard grounds fraud, mistake, substantial breach, defective capacity, duress no one has even suggested that such a power lay hidden somewhere. For myself, I do not propose to spend time looking for the source of the power. I am convinced that it does not exist*" cit. J.P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, *B.U. L. Rev.*, 1984, 64, 1, pp. 37 - 38.

⁵⁰⁰ Si confronti il caso *Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp.*, 826, F2d, 239 (4th Cir. Va. 1987) in cui il giudice ha suggerito una soluzione transattiva ritenendo le parti competenti a conferire al contratto un nuovo equilibrio, nonostante lo stesso non abbia riconosciuto gli estremi per liberare la parte gravata.

Per una ricostruzione in lingua italiana e il commento si rinvia a R. PARDOLESI, Corte Distrettuale della Virginia, Distretto orientale; sentenza 25 giugno 1981; Giud. Merhige, Florida, *Power & Light Co. c. Westinghouse Electric Corp.*, in *Foro it.*, 105, IV, 1982, pp. 375 ss., il quale evidenzia come tale decisione sia lontana da quella interventista del caso *Alcoa*, seppur esista un nesso tra le due che consiste nell'esigenza di ridisegnare l'approccio giurisprudenziale per renderlo più sensibile ai problemi della gestione dei contratti di durata.

che talvolta il giudice è il mezzo che consente ai contraenti di risolvere la lite spontaneamente, prima dell'intervento decisorio del medesimo⁵⁰¹. Una simile considerazione è sicuramente apprezzabile, ma deve essere ben circoscritta.

La minaccia di instaurare una causa, il rischio che quest'ultima si protragga per lungo tempo e l'incertezza dell'esito della stessa sono tutti elementi che inducono di per sé i litiganti a trovare una soluzione non giudiziale alla controversia.

È, dunque, corretto affermare che il giudizio talvolta agevola la soluzione transattiva della lite, anche attraverso una rinegoziazione del contratto, che deve, però, configurarsi come una rinegoziazione spontanea, operativa in tutti i tribunali del mondo per il solo motivo che litigare (di regola) non conviene⁵⁰². Non residua, pertanto, alcuna ragione per la quale debba ritenersi ammissibile riconoscere al giudice un potere di modifica dell'accordo, anche nell'ipotesi in cui tale potere sia utilizzato come minaccia per le parti, idonea ad indurre le stesse a trovare, autonomamente e fuori dalla sede processuale, una risoluzione alla problematica

⁵⁰¹ S. MACAULAY *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Modern Law Review Limited*, 2003, 66, 1, p. 79, prendendo ad esempio i comportamenti dei giudici rispettivamente nel caso *Alcoa* e *Westinghouse*, valorizza gli effetti positivi che possono derivare della mediazione della corte. Il giudice può, infatti, indurre o sostenere la parti nel cooperare per cercare una soluzione alla lite che soddisfi gli interessi comuni: "A judge, such as Judge Teitlebaum, who rewrites a contract base on his own view of what is demanded by relational norms may provoke the parties to rededicate their efforts to find a compromise that is more compatible with their needs. A judge, such as Judge Merhige, who participates actively in settlement negotiations may be able to act as mediator backed up by his power as a judge to discipline lawyers and even the parties". L'autore precisa, in ogni caso, che l'intervento del giudice deve tenere espressamente in considerazione il reale accordo delle parti, il quale spesso si nasconde implicitamente tra righe dei contratti.

⁵⁰² "Sometimes litigation is a pure salvage operation. The parties are not interested in continuing their relationship. Settlement then becomes a question of costs and benefits. By settling, the parties reduce or eliminate uncertainty and contain costs. Things are in their control rather than in the control of judges and jurors. It may make more sense to litigate and take one's chances that any judgment recovered could be satisfied. Having conceded this, still we cannot forget that settlements also can produce compromises that keep relationships alive. The effort to settle can force the parties to cooperate and seek common interests" cit. S. MACAULAY *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Modern Law Review Limited*, 2003, 66, 1, p. 77.

Si deve però tenere in considerazione che in alcuni casi la rinegoziazione non si mostra la soluzione ottimale, si rinvia al saggio di R.E. SCOTT, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, *Cal. L. Rev.*, 1987, 75, p. 2021, che riassume alcuni problemi della rinegoziazione, tra cui ad esempio da un lato il fatto che il rischio di sfruttamento impedisce alle parti di scambiarsi le informazioni necessarie per la cooperazione.

Si ricorda che l'articolo 185 del codice di procedura civile italiano riconosce espressamente al giudice, in caso di richiesta congiunta, di interrogare le parti liberamente al fine provocarne la conciliazione.

sopravvenuta.

Il quadro di *common law* finora descritto richiede di essere completato esaminando anche gli orientamenti della scienza economica, poiché contestualmente all'interessamento dimostrato della dottrina giuridica per i contratti relazionali, gli economisti si sono interessati alla limitrofa categoria dei c.d. *incomplete contract*⁵⁰³ (prendendo le distanze dalle teorie giuridiche anche a livello di denominazione)⁵⁰⁴.

Nel mondo di *common law* sembra, quindi, emergere una tripla ripartizione - i cui confini non sono sempre chiaramente definiti - tra: (i) contratti relazionali; (ii) contratti di durata e (iii) contratti incompleti⁵⁰⁵.

Le teorie economiche che affrontano le problematiche contrattuali sono molto elaborate e toccano anche rapporti diversi da quelli di scambio, pertanto in questa sede non possono essere discusse dettagliatamente. Ai nostri fini è, però, utile richiamare la trama economica sviluppatasi con riferimento al rapporto tra potere giudiziale e contratto.

⁵⁰³ Nonostante le due differenti visioni sia Macneil sia gli economisti sono d'accordo sul fatto che tutti i contratti sono, in una certa misura, relazionali, in questo senso si veda S. MOUZAS, K. BLOIS, *Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*, Paper presented at 24th IMP Conference, Uppsala, Sweden, 2008, p. 2.

⁵⁰⁴ A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, p. 271, afferma: "Two features largely define what lawyers mean by a relational contract: incompleteness and longevity" "Contracts scholars are paying increasing attention to a class of contracts that are called relational. Economists are paying increasing attention to a class of contracts called incomplete. According to the lawyers, relational contracts usually are incomplete. Thus, the legal and economic literatures should overlap but do not".

⁵⁰⁵ Anche se i rapporti destinati a durare nel tempo sono inevitabilmente lacunosi per impossibilità delle parti di prevedere tutto, l'estensione temporale non è considerata dalla dottrina caratteristica essenziale del rapporto relazionale: "A contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations" cit. C.E. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *V. L. Rev.*, 1981, 67, p. 1091. È della medesima opinione A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, p. 814.

I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, p. 865, afferma: "Two common characteristics of long-term contracts are the existence of gaps in their planning and the presence of a range of processes and techniques used by contract planners to create flexibility in lieu of either leaving gaps or trying to plan rigidly".

M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 145, ritiene che i contratti di durata: (i) abbiano caratteristiche relazionali, creandosi all'interno degli stessi vincoli di reciprocità e interdipendenza; (ii) siano incompleti, perché così vogliono le parti e a causa dell'influenza del tempo. J. TIROLE, *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?*, in *Econometrica*, 1999, 67, 4, p. 743, dichiara: "For all its importance, there is unfortunately no clear definition of «incomplete contracting» in the literature".

L'idea che il contratto sia incompleto è sorta nell'ambito degli studi neo-istituzionali sull'organizzazione industriale - con particolare riferimento alle problematiche dell'integrazione verticale e ai costi di transazione - su impulso di Oliver Williamson⁵⁰⁶, influenzato a sua volta dal modello concettuale diffuso dal premio Nobel per l'economia, Ronald H. Coase (considerato padre dell'analisi economica del diritto)⁵⁰⁷.

Per essere esatti Coase, nel suo contributo *The Nature of the Firm*, si riferisce ai *long-term contract*, quando dichiara che un contratto stipulato per un periodo più lungo permette di evitare i costi connessi alla conclusione di parecchi contratti brevi. Nel contempo, l'autore è consapevole del fatto che, essendo difficile fare previsioni sul lungo periodo, il servizio fornito da un contratto di questo tipo non può che essere definito in termini generali⁵⁰⁸. In sostanza, per Coase, soli i punti principali di un contratto di fornitura (contratto a lungo termine per antonomasia) devono essere fissati, mentre i dettagli possono essere decisi in seguito⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1985, p. 93, ritiene che la tesi dell'incompletezza si contrapponga all'idea classica che considerava il contratto esauriente: "La maggior parte degli studi dello scambio assume che le dispute contrattuali sono regolate da efficaci norme legali che la magistratura applica in modo competente, raffinato e poco costoso".

Secondo la ricostruzione dell'autore, l'incompletezza è causata: dall'impossibilità per le parti di prevedere tutte le contingenze future; dal costo della contrattazione; dal prezzo del sistema giudiziale per l'adempimento del contratto; dalle difficoltà di ottenere l'*enforcement* dell'accordo, per le informazioni limitate che possiedono le parti con riferimento alle azioni, alle caratteristiche o agli stati del mondo - o dalla difficoltà di trasmettere queste informazioni all'autorità terza. In altre parole, per Williamson, oltre ai costi di negoziazione del contratto, le parti dovranno accollarsi anche i costi *ex post* dell'adattamento dello stesso nel tempo, come i costi della rinegoziazione necessaria a salvaguardare l'investimento nei rapporti tra imprese specializzate (c.d. *hold-up*).

⁵⁰⁷ R.H. COASE, *The Nature of the Firm, Economica, New Series, 4, 16, 1937, pp. 386 ss.*, tradotto in italiano *La natura dell'impresa*, in R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, pp. 73 ss..

Per la ricostruzione generale si rinvia G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

⁵⁰⁸ R.H. COASE, *The Nature of the Firm, Economica, New Series, 4, 16, 1937, p. 391*, tradotto in italiano *La natura dell'impresa*, in R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, p. 80.

⁵⁰⁹ Se si analizza il testo di R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, p. 148, quando l'autore riprende il concetto dell'incompletezza precisa che oggi sarebbe espresso dicendo: "Tanto più lungo diventa il periodo coperto dal contratto, tanto più costoso diventa specificare nel contratto tutte le eventualità future e le prestazioni associate alle varie circostanze". Nel medesimo testo Coase mette in dubbio quanto precedentemente affermato, in *The Nature of the Firm*, con riferimento a quelli che aveva definito dettagli di minor rilevanza del contratto, che possono essere decisi in un secondo momento, rendendosi conto che i tempi di consegna, la quantità da spedire e i luoghi di consegna non sono nella maggior parte dei casi di minor importanza. Allo stesso tempo l'autore ricorda di aver avuto occasione di esaminare alcuni contratti a lungo termine scoprendo che in genere tali elementi non sono però

Nella contrattazione di lungo periodo è, infatti, inevitabile che rimanga una soglia oltre la quale non è possibile governare i rischi⁵¹⁰. Questa incompletezza può essere causata dall'impossibilità di prevedere tutto al momento della conclusione del contratto, come sostenuto da Coase, oppure dal fatto che una regolamentazione dei rischi prevedibili richiederebbe costi ed investimenti eccessivi⁵¹¹.

specificati. Tra gli esempi, l'autore cita la relazione contrattuale tra General Motors e A.O. Smith, in cui i prezzi erano determinati da contrattazioni annuali, ma rinegoziabili se ci fossero state modifiche nel *design* dei prodotti o variazioni nei costi.

⁵¹⁰ L'impossibilità di governare i rischi è considerata da G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 68, un implicito riconoscimento dei problemi connessi alla razionalità limitata. L'autore nella propria trattazione osserva anche che lo stesso Williamson ha adottato una versione attenuata della razionalità limitata, ritendendo che anche se gli agenti non possono scrivere contratti completi sono abbastanza lungimiranti da anticiparne gli inconvenienti. Si ricordi, in proposito, che c'è stata una rivisitazione delle teorie tradizionali dell'analisi economica del diritto soprattutto in relazione alle critiche della c.d. *Behavioral economics*. Quest'ultima si fonda sull'idea che l'uomo, quando prende una decisione, non è perfettamente razionale.

Si rinvia a R.B. KOROBKIN, T.S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *Cal. L. Rev.*, 2000, 88, pp. 1051, che criticano definendolo irrealistico l'assunto fondamentale dell'analisi economica del diritto secondo cui i soggetti di diritto agiscono razionalmente. Il nuovo paradigma teorico chiamato "*law and behavioral science*" osserva, invece, il comportamento umano anche dal punto di vista della psicologia cognitiva, della sociologia e di altre scienze del comportamento.

⁵¹¹ Così E.C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 491.

Partendo dal presupposto che "*sia l'integrazione verticale che i contratti di lungo periodo sono modi per legare le persone e quindi il rischio (rischio che ciascuna possa agire in un modo svantaggioso per l'altra)*" nella propria ricostruzione Coase s'interroga sulle differenze tra i due strumenti di organizzazione imprenditoriale, considerando che alcuni degli svantaggi della contrattazione a lungo periodo possono essere la morte dell'altra parte o il divenire inefficiente della medesima mentre con l'integrazione verticale la relazione contrattuale è garantita per l'intera vita e il rischio di frode è eliminato. Coase arriva, però, a dichiarare che le imprese possono risolvere i problemi impliciti alla negoziazione a lungo termine, senza ricorrere all'integrazione verticale: "*Ciò che decide se sia l'integrazione verticale oppure i contratti a lungo termine a rappresentare la soluzione più efficiente dipende dal rapporto tra i valori assoluti dei costi di queste forme alternative di organizzazione*". Il fatto che questa procedura funzioni nella pratica suggerisce che la propensione ad un comportamento opportunistico è efficacemente controllata dal bisogno di prendere in considerazione l'effetto delle azioni dell'impresa sugli affari futuri, si cfr. R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, pp. 116 ss..

Con riferimento all'integrazione verticale tra imprese si veda S.J. GROSSMAN, O.D. HART, *The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration*, in *Journal of Political Economy*, 1986, 94, 4, pp. 691 ss..

Con specifico rinvio alla questione dell'opportunismo soprattutto in sede di rinegoziazione del contratto si veda a O.E., WILLIAMSON, *Opportunistic behaviour in contracts*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, Newman ed., New York, 1998.

Infine, sull'importanza della reputazione per superare l'asimmetria informativa tra le parti si cfr. O. HART, B. HOLMSTROM, *The Theory of Contracts*, in *Advances in Economic Theory*, Fifth World Congress, Truman Bewley ed., Cambridge University Press, 1986, 418, pp. 1 ss..

Sul fondamento di queste premesse neo-istituzionali la teoria dei contratti incompleti⁵¹² giunge a fornire una doppia definizione di incompletezza⁵¹³. In primo luogo, il contratto è legalmente incompleto quando le obbligazioni non sono completamente specificate, pensiamo ad un contratto privo della determinazione del prezzo⁵¹⁴.

Il contratto è, altresì, incompleto quando l'accordo, pur apparendo giuridicamente completo, non tiene conto di alcuni aspetti necessari affinché il giudice possa esprimersi sullo stesso, si pensi ad esempio al caso in cui le parti non abbiano regolato l'incidenza di alcune circostanze sui guadagni attesi⁵¹⁵. In queste situazioni si configura un'asimmetria informativa del giudice eventualmente chiamato ad esprimersi sul contratto: *"L'incompletezza emerge perché vi sono stati del mondo, qualità e azioni che sono osservabili (dalle parti contrattuali) ma non verificabili (da soggetti terzi)"*⁵¹⁶.

⁵¹² Si cfr. J. TIROLE, *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?*, in *Econometrica*, 1999, 67, 4, pp. 741 ss., secondo cui: *"Almost every economist would agree that actual contracts are or appear quite incomplete"*. L'autore nel proprio *paper* ripercorre le cause a cui riconduce l'incompletezza: (i) *Unforeseen contingencies* (ii) *Cost of writing contract* (iii) *Costing of enforcing contracts*, soffermandosi in particolare sulla causa più comune di incompletezza: le sopravvenienze impreviste. Per una ricostruzione più recente si rinvia a V. SCOPPA, *Contratti incompleti ed enforcement endogeno. Una rassegna della letteratura*, Working Paper Version, pubblicato in *Economia Politica*, 2003, XX, 3, online <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/17284/>.

⁵¹³ Si cfr. S. SHAVELL, *Contracts*, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, in *Economics and Business Discussion*, Paper Series, Paper 222, 1997, pp.1 ss. e G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 72 (che ricostruisce la tesi di A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, pp. 271 ss.), nonché I. AYRES, R. GERTNER, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, Faculty Scholarship Series, Paper 1535, 1992, pp. 729 ss..

⁵¹⁴ A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, p. 272.

⁵¹⁵ Così G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 72, che ricostruisce la tesi di A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, p. 272.

⁵¹⁶ Si riproduce la citazione originaria: *"To use the jargon, incompleteness arises because states of the world, quality, and actions are observable (to the contractual parties) but not verifiable (to outsiders)"* cit. O. HART, B. HOLMSTROM, *The Theory of Contracts*, in *Advances in Economic Theory*, Fifth World Congress, Truman Bewley ed., Cambridge University Press, 1986, 418, p. 94 e 112. L'autore è consapevole che regolare tutti i possibili stati del mondo può avere un costo eccessivo, per cui prende in considerazione la possibilità che le parti attribuiscono poteri decisori ad una di esse: *"If it is too costly to state precisely how a particular asset is to be used in every state of the world, it may be efficient simply to give one party «control» of the asset, in the sense that he is entitled to do what he likes with it, subject perhaps to some explicit (contractible) limitations"*. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 70, osserva che il contratto è incompleto perché le informazioni di cui il giudice ha bisogno non sono state incluse nel contratto e non possono essere rilevate nel giudizio.

Sinteticamente, la prerogativa su cui si basa la teoria dei contratti incompleti è che, anche se le obbligazioni delle parti sono definite, il contratto potrebbe con il passare del tempo risultare economicamente inefficiente e, quindi, presentarsi come incompleto⁵¹⁷.

Ebbene, posto che l'incompletezza è facile causa di disputa tra le parti, lo scopo di codesta teoria diviene quello di fungere da supporto per il giudice, fornendo criteri per completare il contratto⁵¹⁸.

È a questo punto che l'analisi economica del diritto (c.d. *law and economics*) incontra i risultati raggiunti dalle teorie dei contratti incompleti. Gli studiosi dell'analisi economica del diritto sostengono, infatti, che le regole di fonte legislativa o giurisprudenziale (c.d. *default rules*⁵¹⁹) debbano essere utilizzate per integrare il contratto quando ci siano aspetti dello stesso non disciplinati dai contraenti⁵²⁰. Sicché tali norme possono sinteticamente definirsi: "Regole che i giudici e i legislatori applicano ai contratti incompleti"⁵²¹.

Attorno ai criteri di selezione di *default rule* efficienti⁵²² si sono sviluppate le ricerche ricostruttive di Alan Schwartz il quale - esplorando il significato giuridico

⁵¹⁷ Così G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 73. I. AYRES, R. GERTNER, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1535, 1992, p. 732, dichiarano: "Efficient contract law needs to be responsive to both forms of incompleteness".

⁵¹⁸ Le cause che determinano l'incompletezza del contratto sono da A. SCHWARTZ - *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 103, e *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, p. 280 - così riassumibili: (i) problemi di linguaggio e nella stesura del contratto; (2) disattenzione e dimenticanza delle parti; (3) costi necessari a predisporre un contratto esaustivo; (4) asimmetrie informative (l'informazione è osservabile quando le parti la conoscono, ma i costi per provarla davanti ad un terzo eccedono i benefici, l'informazione è osservabile e verificabile quando vale la considerazione opposta); (5) le parti preferiscono avvalersi di contratti "anonimi", non qualificati (*pooling*).

⁵¹⁹ Si rinvia al capitolo sulla *default rule* del libro di G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, pp. 103 ss. e per una analisi più dettagliata a A. SCHWARTZ, *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1085, 1994, p. 389.

⁵²⁰ La regola predisposta dallo Stato attraverso il legislatore, i giudici (ma anche gli usi contrattuali) è chiamata "default" proprio perché opera in mancanza di una previsione delle parti.

⁵²¹ Cit. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 114.

⁵²² La regola è efficiente per gli studiosi di analisi economica del diritto se massimizza i guadagni dei contraenti e incoraggia la parte più informata a rilevare le informazioni che facilitano la massimizzazione, cfr. A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 428.

ed economico dell'incompletezza - ha definito il ruolo attribuito ai giudici rispettivamente nella teoria relazionale e nell'analisi economia del diritto⁵²³.

Invero, anche l'analisi economica del diritto reputa necessario l'intervento della corte per colmare l'incompletezza del contratto, ma per procedere a tale integrazione si avvale di parametri diversi da quelli utilizzati dalla teoria giuridica relazionale⁵²⁴.

Se le teorie giuridiche (e la stessa *Section 2-615* dell'*UCC*) consigliano ai giudici di colmare le lacune in termini equi (considerando gli usi commerciali, la buona fede, la cooperazione ecc.), al contrario le teorie economiche evitano il ricorso all'equità preferendo far riferimento, nell'ottica dell'efficienza, ai termini che i contraenti avrebbero adottato se avessero previsto la contingenza⁵²⁵. Per individuare la volontà presunta delle parti, gli economisti si avvalgono di una presunzione che consiste nel ritenere che i contraenti avrebbero concordato sull'opportunità di

Si assume che i contraenti preferiscano termini efficienti perché massimizzano il *surplus* che gli stessi possono ottenere, così A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 100.

⁵²³ "Le possibilità di armonizzare il significato giuridico ed economico dell'incompletezza sarà vagliata nei paragrafi dedicati ai criteri di selezione della default rules" cit. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 75.

⁵²⁴ "Relational and law and economics scholars agree both that incompleteness is common and on the strategy that courts should follow in response to it: a court should complete the contract with a term that is, rule that governs the situation and then use the term to resolve the case before it" cit. A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, p. 275.

La teoria relazionale si divide a sua volta in due gruppi: (i) un gruppo ritiene che i giudici dovrebbero essere guidati dal senso della società di ciò che è giusto (approccio "esterno" relazionale); (ii) un secondo gruppo sostiene che i tribunali dovrebbero far derivare le regole dal rapporto e dalle aspettative delle parti, ossia dalla massimizzazione dell'utilità (approccio relazionale "interno"). L'approccio relazionale interno sembra mancare di contenuti indipendenti, perciò il principale scontro è tra coloro che spingono i tribunali a perseguire l'efficienza economica e coloro che spingono i tribunali a perseguire l'equità. Lo stesso autore in *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 428 ss., afferma che la questione dell'informazione asimmetrica che riguarda il diritto dei contratti può essere meglio dominata dalla *law and economics*, poiché: "Eccetto che nel caso remoto e puramente teorico dell'esistenza di più regole efficienti che è possibile distinguere tra loro secondo criteri equitativi, l'unica scelta fattiva da parte dello stato è quella di creare, se possibile, regole efficienti. Il problema dell'informazione asimmetrica non può essere risolto ricorrendo a principi di giustizia".

⁵²⁵ Così A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 99. Con riferimento ai due strumenti di intervento sul contratto l'autore ricorda che la *Section 204* del *Restatement Second of Contracts* riconosce al giudice il potere di integrare il contratto, quando le parti abbiano omesso di disciplinare un aspetto importante, precisando che il commento dell'articolo 204 per procedere a tale integrazione richiama i criteri dell'equità (e non dell'efficienza economica).

assegnare il rischio di sopravvenienze a chi tra essi avrebbe potuto sopportarlo direttamente con minor costo, oppure attraverso il meccanismo assicurativo⁵²⁶.

Schwartz, dopo aver svolto una dettagliata analisi in merito ai limiti dei due contrapposti orientamenti, è giunto ad una propria teoria basata su cinque assunzioni⁵²⁷, da cui derivano tre previsioni. Secondo cui:

1) quando il contratto è ordinariamente incompleto - per limitazioni di linguaggio, trascuratezza delle parti, costi per la creazione di regole contrattuali - le corti tenderanno a completarlo⁵²⁸. In questo caso, la teoria dell'analisi economica del diritto sarebbe d'aiuto ai contraenti e condurrebbe, tra l'altro, alle medesime soluzioni raggiungibili seguendo la tesi giuridica;

2) quando il contratto è inevitabilmente incompleto - poiché le informazioni non sono verificabili da parte del giudice - le corti cercheranno di evitare di

⁵²⁶ L'opinione che, al fine di perseguire l'efficienza, ritiene che il rischio debba essere addossato alla parte che poteva prevenire l'evento al costo minore o che poteva assicurarsi contro di esso, è nominata teoria del contratto ipotetico, si veda R.A. POSNER, A.M. ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 83 ss..

R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 455 - 456, ritiene che tale soluzione non possa dirsi adeguata quando si siano presentati eventi non razionalmente prevedibili: "Non è possibile incolpare nessuno per tale omissione. Agli occhi delle parti, l'integrazione delle lacune da parte del giudice sarà, per definizione, arbitraria".

Secondo G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 142, il criterio del contratto ipotetico rimane uno strumento di indagine per le controversie che coinvolgono rischi assicurativi o altri aspetti meno condizionati dalla dimensione temporale del rapporto.

A parere di A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 100, la teoria dell'analisi economica del diritto funziona bene solo per alcuni motivi di incompletezza, ad esempio se i contratti sono incompleti perché il costo sostenuto dalle parti per risolvere un particolare problema eccede i benefici, il giudice può pacificamente fornire il termine che le parti avrebbero scelto.

A.T. KRONMAN, *A Comment on Dean Clark*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1060, 1989, p. 1750, con riferimento ai contratti ipotetici afferma: "Put differently, once we have concluded, for whatever reasons, that a rule is welfare-enhancing, the assertion that the parties to a hypothetical contract would voluntarily choose it adds nothing but rhetorical force to our conclusion; it is, so to speak, pure window-dressing. Hypothetical contract arguments are thus not really contractualist at all".

⁵²⁷ "A1. La funzione giudiziaria è derivare le norme giuridiche da principi politici di giustizia generalmente applicabili. A2. In campo contrattuale, il principio generale di giustizia è che, in senso lato, la corte dovrebbe facilitare le disposizioni private soggette però a vincoli di equità. A3. Quando un contratto è incompleto, il ruolo della corte è di completare il contratto con una norma dispositiva efficiente, a meno che tale norma non sia ingiusta. A4. Quando un contratto è inevitabilmente incompleto, la corte non può ricoprire il ruolo stabilito nella A3. A5. La probabilità che la corte consideri un contratto ingiusto diminuisce all'aumentare del livello di sofisticatezza delle parti contrattuali" cit. A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 120.

⁵²⁸ L'incompletezza, in questo caso, deriva da informazioni che sono dal giudice facilmente dimostrabili e osservabili.

completarlo ricorrendo alla strategia passiva. La strategia passiva consiste nel dare esecuzione al contratto in attuazione dei termini originali, senza esonerare la parte gravata dalla sopravvenienza, anche laddove l'aumento dei costi sia elevato. Le corti non avendo parametri per stabilire quando operi l'*impracticability* tratteranno, quindi, il contratto incompleto tra imprese sofisticate come se fosse completo⁵²⁹.

3) quando un contratto è completo, ma il risultato che produce appare inefficiente ed iniquo per uno dei contraenti (si pensi al caso tipico in cui vi sia un consumatore) le corti "*completeranno*" il contratto con i termini preferiti dal giudice, fornendo ai contraenti un accordo sostitutivo.

A conclusione della disamina di questo autore, un dato condivisibile balza all'occhio: i *gap* dei contratti incompleti a causa di informazioni non verificabili, non sono completabili dalle corti, perché queste ultime "*non possono sapere cosa sia in gioco*"⁵³⁰.

Nessuna teoria sembra, infatti, fornire criteri per aiutare i giudici, che non dispongono di informazioni e cognizioni tecniche necessarie a regolare tale forma di incompletezza⁵³¹.

Allo stesso tempo, la teoria Schwartziana è estrema laddove giunge a giustificare l'assenteismo dei giudici americani nei confronti dell'impraticabilità⁵³².

⁵²⁹ L'autore giustifica la strategia passiva delle corti anche ritenendo che di fronte ad informazioni non verificabili, le corti sono consapevoli di non essere in grado di redigere il contratto in modo migliore rispetto ai contraenti stessi.

Questo approccio è criticato da G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, pp. 136 e ss. e da R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 459 ss..

⁵³⁰ A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 440, calca il problema irrisolto dell'analisi economica del diritto dei contratti, affermando: "*La funzione dello stato è quella di creare un bene pubblico - le regole contrattuali efficienti - ma essa non può essere svolta quando, come spesso accade, l'informazione rilevante a fini dell'applicazione della regola non è verificabile*".

⁵³¹ Un secondo elemento di rilievo che emerge dallo studio di Schwartz è che l'eterogenietà è tipica dei contratti a lungo termine così A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997, p. 114.

⁵³² Con riferimento alle problematiche dell'analisi economica nel diritto contrattuale si veda E. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, *Yale Law Journal*, 2003, 112, pp. 829 ss., che ha dichiarato: "*I will argue that economic analysis has failed to produce an economic theory of contract law, and does not seem likely to be able to do so. These models sometimes fail because they make predictions that are inconsistent with contract law. But more often they fail because they are indeterminate. The models incorporate variables that cannot be measured, and to which one cannot with any confidence attach general ranges or distributions*". R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 463, parla di

Questa conclusione non è del tutto condivisibile. I giudici devono, infatti, poter liberare la parte effettivamente gravata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, evitando che quest'ultima diventi schiava di un contratto insostenibile, poiché *“ignorare le lacune di un contratto incompleto è altrettanto inefficiente che integrarlo con una regola inadeguata”*⁵³³.

È interessante, infine, notare come Schwartz consideri riscrivibile dal giudice il contratto inefficiente ed iniquo per la parte considerata più *“debole”*.

fallimento dell'approccio economico *standard*. R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, p. 69, dichiara: *“La politica economica implica una scelta tra istituzioni sociali alternative, e queste ultime sono create dal diritto e dipendono da esso. La maggioranza degli economisti non vede il problema in questo modo. Essi dipingono il quadro di un sistema economico ideale, e poi, confrontandolo con ciò che osservano (o che pensano di osservare), prescrivono ciò che è necessario per raggiungere la condizione ideale senza molta considerazione per come ciò possa essere realizzato. L'analisi è sviluppata con grande impegno, ma non ha fondamento concreto. Si tratta, così come l'ho chiamata, di economia da lavagna”*.

⁵³³ Cit. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000, p. 136. *“Preferirei un attivismo giudiziale nelle forme di giustificazioni liberamente accordate alla parte colpita dall'evento, come primo passo verso una equilibrata ricontrattazione (che incidentalmente potrebbe essere assistita dalla stessa corte [...])”* cit. R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 462 ss..

CONCLUSIONI

L'intervento del giudice sul contratto non risolve i problemi dei rapporti di durata

Essendo l'impresa costituita da accordi contrattuali frutto di complesse scelte gestionali, finanziarie, strutturali, strategiche e anche valoriali, qualora si attribuisca ad un soggetto terzo il potere di incidere sul contenuto di tali accordi si correrà il rischio di minare gravemente gli equilibri alla base di ogni singola realtà imprenditoriale e di tutte le relazioni ad essa collegate.

La futura continuazione di un rapporto d'impresa non può, quindi, essere realisticamente posta nelle mani di chi ha il compito di applicare la legge nei tribunali.

Tra l'altro, anche nel caso in cui i giudici avessero un'adeguata competenza imprenditoriale, sarebbero pur sempre privi della necessaria legittimazione, in mancanza di una legge o di una clausola contrattuale che li autorizzi ad integrare il contratto.

Perché allora le tesi sull'obbligo di rinegoziare il contratto hanno tanto séguito tra gli accademici e gli economisti nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*?

La ragione è che trattandosi di teorie strutturate, ricercate e lodevoli, le stesse non possono che stimolare l'attenzione degli studiosi di tutto il mondo, ma allo stesso tempo - come disse il premio Nobel per l'economia Coase - sono insegnamenti attuabili solo "su una lavagna"⁵³⁴.

Le dottrine hanno, infatti, quale punto di partenza un quadro ideale difficilmente realizzabile nella pratica. Si pensi, ad esempio, all'impiego del principio di buona fede non solo per giustificare l'obbligo legale di rinegoziare,

⁵³⁴ L'immagine di cui si avvale R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, pp. 59 - 60, che definisce le teorie economiche "economia da lavagna", può ben essere utilizzata anche per le teorie giuridiche: "L'economia da lavagna è senza dubbio un esercizio che richiede una grande abilità intellettuale, e che può avere un ruolo nello sviluppo delle abilità di un economista, ma essa svia la nostra attenzione quando si ragioni di politica economica".

implicito ai contratti di durata, ma anche per guidare il giudice nella modifica dell'accordo stesso.

La genericità che caratterizza la buona fede se, da un lato, si presta (non senza obiezioni) ad estendere l'ambito di applicazione delle norme del codice civile, dall'altro, rende l'intervento del giudice discrezionale nonché, in un contesto come quello dei contratti d'impresa, rischioso, arbitrario e contrario al principio di certezza del diritto.

Negli Stati Uniti - rispetto al nostro ordinamento - si è attribuito maggior rilievo alle diverse sfaccettature assunte dai contratti di durata e/o relazionali, ma a livello giuridico e dal punto di vista economico non è stata, ugualmente, fornita una regola di integrazione dell'accordo che trovi concreto accoglimento nelle corti.

La questione è, quindi, aperta: come fare ad attenuare le problematiche derivanti dalla conclusione di contratti di lungo periodo tra imprese senza compromettere l'autonomia privata delle medesime?

Dal punto di vista preventivo si può pensare ad un contratto flessibile, come quello programmatico, aperto, quadro o ad "*umbrella*"⁵³⁵ che dir si voglia.

Avvalendosi di un contratto non rigido le parti possono regolare le future operazioni negoziali ricorrendo anche all'ausilio di clausole penali che sanzionino il mancato rispetto delle previsioni pattizie destinate a neutralizzare le sopravvenienze. La clausola penale consente, infatti, di monetizzare l'interruzione del rapporto evitando di demandare la controversia ad un giudice.

L'esperienza ha dimostrato che le imprese preferiscono ricorrere a strumenti convenzionali e flessibili di risoluzione delle complicità per due motivi: (i) gli imprenditori non fanno affidamento sui rimedi tradizionali e sulla macchina della giustizia; (ii) gli strumenti convenzionali evitano stalli antieconomici nei rapporti.

L'autonomia delle parti consente anche di arginare i limiti posti dall'art. 1467 c.c.. La soglia dell'eccessività indicata dall'articolo potrebbe, ad esempio, essere derogata ricorrendo ad una condizione risolutiva espressa, che porti allo

⁵³⁵ Si veda in proposito, S. MOUZAS, *Write umbrella agreements to foster innovation and avoid regret*, in *Harvard Business Review*, 2014.

scioglimento del rapporto quando l'alterazione dell'equilibrio tra le prestazioni pur essendo "nella norma", non corrisponda più a quello originario voluto dai contraenti.

Ciò anche perché, com'è emerso nella precedente trattazione, non sempre la soluzione ai problemi dei contratti di durata è la conservazione del rapporto.

Un contratto che individui strumenti di adattamento o di definizione delle controversie può soddisfare le sopra richiamate aspirazioni dell'imprenditore, solo ove escluda o limiti il ricorso al giudice e, laddove tale ricorso si mostri in ogni caso necessario, impedisca una modifica discrezionale del rapporto.

Si deve, infatti, calcolare il rischio che, al sopraggiungere di una complicità, una delle parti - non soddisfatta dagli strumenti di adattamento predefiniti nell'accordo - preferisca demandare la controversia ad un tribunale, come verificatosi per il citato caso *Alcoa*. Se così fosse, in presenza di clausole non dettagliate, l'eventualità che il giudice emetta una decisione discrezionale sarà molto elevata, anche considerando la difficoltà di delimitare nella pratica il confine tra interpretazione ed integrazione.

Rapporto flessibile non significa, però, maggior discrezionalità per il giudice, ma solo maggior discrezionalità per le parti, alle quali il primo non può sostituirsi senza autorizzazione. Questo è un punto fermo, che proprio in considerazione delle accertate tendenze dei giudici a torcere le clausole contrattuali (ricercando intenzioni e volontà nascoste), richiede di essere introdotto espressamente nel testo contrattuale.

Senonché, anche ricorrendo ad un contratto aperto i contraenti non saranno in grado di anticipare tutte le soluzioni e tutti gli strumenti di risoluzione delle future problematiche legate alle circostanze sopravvenute. In via residuale, per le ipotesi non contemplate dalle clausole contrattuali, la parte gravata dall'onerosità sopravvenuta potrà avvalersi del rimedio risolutorio di cui all'art. 1467 c.c., pacificamente applicabile anche a strutture contrattuali articolate - come il contratto di opzione, quello preliminare e l'accordo quadro - di cui spesso si avvale l'imprenditore per differire i propri impegni.

Pertanto, in aggiunta all'art. 1467 c.c. (il cui ricorso può portare a due differenti soluzioni, la risoluzione o la riduzione ad equità) nonché all'incerto istituto della presupposizione (per il quale si auspica un intervento legislativo), solo la volontà delle parti concorre a definire gli esiti del contratto colpito da imprevisti.

In conclusione, quando il sopporto minimale fornito dagli strumenti tradizionali non è dai contraenti valutato come adeguato a regolare in concreto le sopravvenienze, che potrebbero intaccare o hanno intaccato l'equilibrio della relazione negoziale, l'autonomia privata deve considerarsi unica e sovrana (oltre che fortemente consigliabile) per la gestione, preventiva o successiva, delle stesse.

BIBLIOGRAFIA

A

E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004.

A. ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966.

A. ALBANESE e M.L. D'ETTORRE, *Il contratto normativo in I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996.

C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, Diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1991.

M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, in *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative* di A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2012.

ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, libro V.

F. AROSSA, *Le clausole di "garanzia" e di indennizzo nel "contratto di acquisizione" di partecipazioni sociali*.

T. ASCARELLI, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società tra società*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.

A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981.

P.S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995.

I. AYRES, R. GERTNER, *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1535, 1992, pp. 729 ss..

G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, pp. 170 ss..

F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il révirement della Suprema Corte*, commento a Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, pp. 1181 ss..

B

M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, pp. 467 ss..

M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, pp. 155 ss..

P. BARBERIS, *La guerra nei rapporti di diritto privato contrattuale (commento ai decreti luogotenenziali 27 maggio, n. 739 e 30 maggio 1915, n. 764)*, in *Dir. comm.*, 1915, I, pp. 359 ss..

L. BARBIERA, G. GENTILE, *Diritto della banca e dei contratti bancari*, Padova, 2003.

A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003.

G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e dell'economia*, Trento, 2000.

B. BERARDICURTI, *I contratti di investimento e l'efficacia adesiva delle "Sentenze Rordorf"*, in *Giur. it.*, 2014, 10, pp. 2161 ss..

M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.

M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, pp. 326 e ss..

M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto, in Rischio contrattuale e autonomia privata*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, V. Roppo, Napoli, 1982.

C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.

C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 2012.

F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizione di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli- M. De Andrè, 1990.

A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952.

A. BOSELLI, *Patto di opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Foro Padano*, 1954, I, pp. 867 e ss..

A. BOSELLI, voce *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, pp. 331 ss..

C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 235 ss..

V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993.

C

F. CAFAGGI, P. LAMICELI, G.D. MOSCO, *Il contratto di rete le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *I Contratti*, 2013, pp. 799 ss..

O. CAGNASSO, *Trasferimento delle partecipazioni sociali, contratto aleatorio e rescissione per lesione*, commento a Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 601 ss..

C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra impresa. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 4, pp. 551 ss..

C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, 2007.

A. CAMEDDA, *L'attività di consulenza finanziaria tra autonomia e propedeuticità ai contratti di investimento (una questione in tema di responsabilità civile dell'intermediario finanziario)*, in *Resp. civ. e prev.*, f. 6, 2012, pp. 2043 ss..

M. CAMPOBASSO, *Vendita del pacchetto azionario di società in liquidazione per perdite*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, pp. 362 ss..

F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, pp. 108 ss..

F. CARNELUTTI, *Sulla efficacia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, pp. 1 ss..

U. CARNEVALI, *Garanzie nella cessione di quote sociali*, in *Le Società*, 1991, pp. 969 ss..

L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, Padova, 1937.

B. CARPINO, *La rescissione del contratto, art. 1447-1467, Il codice civile Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, Milano, 2000.

F. CARRESI, *Il contratto, Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XII, 2, Milano, 1987.

A. CATAUDELLA, *I Contratti, Parte Generale*, Torino, 2014.

A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

P. CASELLA, *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore in Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli- M. De Andrè, 1990.

C. CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, I, pp. 309 ss..

C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969.

M.T. CICERONE, lib. I, cap. 10, *De officiis*.

R.H. COASE, *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995.

R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, *Economica*, New Series, 4, 16, 1937, tradotto in italiano *La natura dell'impresa*, in R.H. COASE., *Impresa mercato e diritto*, Bologna, 1995, pp. 73 ss..

P. COGLIOLO, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, 4° ed., I, Torino, 1914.

P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, Torino 1917.

M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo, in Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e dei rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992.

M. COSTANZA, *Dalla causa alla presunzione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, pp. 291 ss..

M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989.

C.G. CORVESE, *L'apertura di credito*, in *L'attività delle banche* a cura di A. Urbani, 2010.

L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896, poi trasfuso in voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, 2, 3, Milano, 1902, pp. 68 ss..

D

S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006.

A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, IV, 2003.

F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, pp. 62 ss..

A. DAL MARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962.

J.P. DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, *B.U. L. Rev.*, 1984, 64, pp. 1 ss..

A. DE MARTINI, *Eccessiva onerosità della prestazione, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività nella dinamica del contratto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, pp. 681 ss..

A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950.

A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento del contratto ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giur. completa cass. civ.*, 1948, II, p. 753, nota a Cass., 5 marzo 1948, n. 316.

G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, 2011.
G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008.
G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2001.

A. DI MAJO, *La tutela del promissario-acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, I, pp. 1636 ss..
A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 5 ss..

L.A. DI MATTEO, *Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law*, *New Eng. L. Rev.* 265, 1999, 33, pp. 267 ss..

G. DI ROSA, *La joint venture*, in *Contratti di collaborazione*, a cura di Sirena, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 16, Torino, 2011.

P. DIVIZIA, *Patto di opzione con onerosità non apparente. Rielaborazione del concetto di opzione senza corrispettivo nell'ottica notarile*, in *Vita Not.*, 2009, 3, p. 1699 ss..

A.A. DOLMETTA e A. SCIARRIONE ALIBRANDI, *Ius variandi bancario*, in *Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012.

A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in *Ius variandi bancario, Sviluppi normativi e di diritto applicato*, a cura A.A. Dolmetta e A. Sciarrione Alibrandi, Milano, 2012.

E

M.A. EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, pp. 805 ss..

F

V. FARINA, *La ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 11, pp. 777 ss..

V. FARINA, *Principio di continuità dei contratti e ius variandi nei contratti bancari e finanziari*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, pp. 180 ss..

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 54 ss..

G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990.

G. FERRI, *Incidenza delle obbligazioni sociali nei rapporti fra cedente e cessionario di quota sociale*, in *Foro it.*, 1936, c. 712 ss..

F.C. FOLLIERI e G. RUSSO, *L'ammissibilità dell'opzione gratuita. Una questione ancora aperta*, in *I Contratti*, 2015, pp. 304 ss..

A. FRIGNANI, voce *Hardship clause*, *Digesto Quarto disc. priv. Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pp. 449 ss..

L.L. FULLER, M.A. EISENBERG, M. GERGEN, *Basic Contract Law, Concise Edition*, 9° ed., 2013.

G

F. GALBUSERA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, VII, in *Risoluzione dei contratti, Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*.

D. GALLETTI, *Brevi note in tema di vendita di quota sociale ed errore sui motivi*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1997, II, pp. 25 ss..

T. GALLETTO, *La clausola rebus sic stantibus*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, III, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa M. Bessone, Torino.

T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 383 ss..

P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 234 ss..

P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

F. GALGANO, *Cessione di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva fra socio e società*, in *Contr. impr.*, 2004, pp. 537 e ss..

F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, pp. 417 ss..

F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2015.

M. GAMBINI, *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 4, 2012, pp. 415 ss..

F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

F. GAMBINO, voce *Revisione del contratto (dir. comp. e stran.)*, *Enc. giur. Treccani, Agg.*, XVIII, Roma, 2010.

F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, *Enc. giur. Treccani, Agg.*, XV, Roma, 2006.

E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997.

E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 710 ss. (ora in E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi, Napoli*, 1997).

- E. GABRIELLI, *Contratti di put and call option*, in *Rass. dir. civ.*, Pareri, 4, 2007, pp. 1151 ss..
- E. GABRIELLI, *Contratto e contratti - Scritti*, Torino, 2011.
- E. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Commentario del Codice civile - Dei Contratti in generale - IV, artt. 1425 - 1469 bis e leggi collegate*, 2011.
- E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999.
- E. GABRIELLI, *Offerta di riduzione ad equità del contratto*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, 2003, pp. 972 ss..
- E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto della relazione presentata al convegno internazionale "Il contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Basi per un codice latinoamericano tipo"*, svoltosi a Bogotá dal 3 al 6 settembre 2001.
- G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.
- G. GABRIELLI, V. FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare, I, Diritto Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, pp. 10 ss..
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.
- F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, 14° ed., Napoli, 2008.
- A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, pp. 667 ss..
- M.P. GERGEN, *Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, *Ind. L.J.*, 1995, 71, pp. 45 ss..
- M.P. GERGEN, *The Use of Open Terms in Contract*, *Colum. L. Rev.*, 1992, 92, pp. 997 ss..
- P. GIRINO, voce *Presupposizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, pp. 775 ss..
- G. GITTI, G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- F.M. GIULIANI, *Le joint ventures nell'ordinamento giuridico italiano: topiche privatistiche e fiscali*, in *Contr. e impr.*, 2002., pp. 350 ss.
- A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992.
- C.E. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, *V. L. Rev.*, 1981, 67, pp. 1089 ss..
- V. GOLDBERG, *Towards an Expanded Economic Theory of Contract*, *J. Econ. Issues*, 1976, 10, pp. 45 ss..

M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico - comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

P. GRECO, *Le società di comodo e la vendita delle loro azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, pp. 123 ss..

S.J. GROSSMAN, O.D. HART, *The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration*, in *Journal of Political Economy*, 1986, 94, 4, pp. 691 ss..

E. GUERINONI, *L'incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007.

L. GUGLIELMUCCI, *Considerazioni sulla rescissione dei contratti preparatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, II, pp. 56 ss..

G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969.

H

O. HART, B. HOLMSTROM, *The Theory of Contracts*, in *Advances in Economic Theory*, Fifth World Congress, Truman Bewley ed., Cambridge University Press, 1986, 418, pp. 1 ss..

D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionvertrag, Vorrechtvertrag*, 1965, Berlin-Tubingen.

I

G. IORIO, *Strutture e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2006.

G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. delle Soc.*, 1991, pp. 750 ss..

J

A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, III.

J.C. JARILLO, *On strategic networks*, in *Strategic Management Journal*, 1988, 9, pp. 31 ss..

K

F. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921.

R.B. KOROBKIN, T.S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *Cal. L. Rev.*, 2000, 88, pp. 1051 ss..

A.T. KRONMAN, *A Comment on Dean Clark*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1060, 1989, pp. 1748 ss..

L

K. LAURENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I*, Munchen, 1970.

A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparata*, in *I Contratti*, 2013, pp. 913 ss..

G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

G. LOMBARDI, *E' valida l'opzione c.d. "gratuita"? - il commento*, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 805 ss..

A.M. LUCIANI, *Escrow*, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 801 ss..

A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2009.

M

F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

F. MACARIO, *I Rimedi mantenutivi l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006.

F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Dir. civ.*, 2002, pp. 63 ss..

S. MACAULAY, *Non-contractual relationships in business: A preliminary study*, in *American Sociological Review*, 1963, 28, pp. 55 ss..

S. MACAULAY *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Modern Law Review Limited*, 2003, 66, 1, pp. 44 ss..

F. MACIOCE, *La presupposizione*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, III, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa M. Bessone, Torino, 1991.

I.R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, *Nw. U. L. Rev.*, 1978, 72, pp. 854 ss..

I.R. MACNEIL, D. CAMPBELL, *The relational theory of contract, select works of Ian Macneil*, London, 2001, pp. 17 ss..

I.R. MACNEIL, *Symposium: The Common Law of Contracts as a World Force in Two Ages of Revolution: A Conference Celebrating the 150th Anniversary of Hadley v. Baxendale, Relational Contracting in a Digital Age*, 11 *Tex. Wesleyan L. Rev.*, 2005, pp. 675 ss..

I.R. MACNEIL, *Values in contract: internal and external*, *Nw. U. L. Rev.*, 1983, 78, pp. 340 ss..

S. MAIORCA, *Normativo (contratto)*, in *Digesto Quarto disc. priv. sez. civ.*, XII, 1995, p. 169 ss..

C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, di cui al Libro I del *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013.

V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2, 2005, pp. 539 ss..

F. MARTORANO, "Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1985, pp. 69 ss..

S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, pp. 601 ss..

S. MAZZAMUTO, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

S. MAZZAMUTO, *La vendita dei beni di consumo*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

F. MESSINEO, voce *Contratto normativo e contratto tipo*, *Enc. Dir.*, X, 1962, pp. 116 ss..

F. MESSINEO, voce *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, pp. 166 ss..

L. MIELE, *Opzione ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, I, pp. 129 ss..

G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951.

P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 409 ss..

L. MOSSA, *La vendita dell'impresa sociale*, in *Ann. dir. comp.*, VII, 1932, pp. 159 ss..

S. MOUZAS, K. BLOIS, *Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions*, Paper presented at 24th IMP Conference, Uppsala, Sweden, 2008, pp. 1 ss..

N

R. NICOLO', voce *Alea*, in *Enc. del dir.*, s.d., Milano, 1958, I, pp. 1025 ss..

A. NERVI, *La trasparenza bancaria*, in *L'attività delle banche* a cura di A. Urbani, 2010.

A. NERVI, *Il leasing*, in *L'attività delle banche*, a cura di A. Urbani, 2010.

O

P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig - Erlanger, 1921.

G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.* 1942, pp. 143 ss..

G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, pp. 629 ss..

E. OSILIA, *La sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.* 1924, I, pp. 297 ss..

G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno* in *Riv. dir. civ.*, 1913, pp. 471 e pp. 647 ss..

G. OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, pp. 1 ss..

G. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1975, pp. 353 ss..

P

A. PAGANINI, *L'opzione e le figure affini: gratuità o onerosità dell'opzione*, commento ad App. Milano, 27 luglio 2011, n. 2280, in *I Contratti*, 2011, pp. 1085 ss..

F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990.

E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, I.

E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2007.

G. PANZARINI, *La tutela dell'acquirente nella vendita dei titoli di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1959, I, pp. 252 ss..

R. PARDOLESI, Corte Distrettuale della Virginia, Distretto orientale; sentenza 25 giugno 1981; Giud. Merhige, Florida, *Power & Light Co. c. Westinghouse Electric Corp.*, in *Foro it.*, 105, IV, 1982, pp. 375 ss..

R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pp. 267 - 268.

R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e responsabilità*, 2012, pp. 1165.

R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 451 ss.

B. PASCAL, *Pensieri*, p. 223.

F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, commento all'ordinanza Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, pp. 120 ss..

F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, commento alla ordinanza del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, pp. 573 ss..

R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013.

G. PENZO, *La risoluzione per eccessiva onerosità delle opzioni di vendita di partecipazioni societarie*, commento a Trib. Milano, 30 gennaio 2014, n. 1419, in *Le Società*, 2014, 8-9, pp. 932 ss..

E. PEREGO, *I vincoli preliminari ed il contratto*, Milano, 1974.

E. PEREGO, *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*, commento a Cass., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 2274 ss..

L. PICARDI, *Castelletto di sconto e apertura di credito in conto corrente: collegamento e autonomia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, pp. 59 ss..

V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

V. PIETROBON, voce *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, pp. 1 ss..

M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, *Nuova g. civ. comm.*, 2015, pp. 411 ss..

L. POLITO, *L'alleanza Fiat-GM e la fusione Daimler-Chrysler nella prospettiva della globalizzazione dei mercati e ruolo dell'informazione*, in *Quaderni Luiss Guido Carli*, Novembre, 2002.

A. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007.

R.A. POSNER, A.M. ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 83 ss..

E. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, *Yale Law Journal*, 2003, 112, pp. 829 ss..

M. PORZIO, *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, II, Milano, 1978.

M. PRESCIUTTI CINTI, *Il piano di risanamento Fiat*, in *Quaderni Luiss Guido Carli*, Novembre, 2002.

Q

E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

R

R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967.

F. REALMONTE, *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996.

B.J. REITER e J. SWAN, *Studies in contract law, The allocation of risk in the analysis of mistake and frustration*, Toronto, 1980, pp. 181 ss..

A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta pie in the sky?*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, pp. 243 ss..

L. RENNA, *Compravendita di partecipazioni sociali, Dalla lettera di intenti al closing*, Torino, 2015.

A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in *Libro IV delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010.

D. ROBERTSON, *Long-Term Relational Contracts and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, This is an updated version of a paper presented at the CLE Seminar on The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: What Do They Mean for Australia?, held at Sydney Law School on 25 June 2008, pp. 185 ss..

S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

R. ROLLI, *Cessione di partecipazioni societarie e tutela del compratore: aliud pro aliud?*, in *Contr. impr.* 1994, pp. 183 ss..

G. ROMAGNOLI, *Cessioni di partecipazioni nelle società di capitali: annotazioni sulla tutela dell'acquirente*, in *Giur. comm.*, 1993, pp. 437 ss..

G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1996, p. 135.

V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 957 e ss..

V. ROPPO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Rimedi -2, Milano, 2006.

V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in AA. VV., *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, a cura di Rizzo, Napoli, 1997.

V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 2011.

V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2001, pp. 1083 ss..

E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, pp. 1239 ss..

G. ROSSI, *Le condizioni del closing*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli- M. De André, 1990.

P.A. ROVATTI, *Il paiolo bucato. La nostra condizione paradossale*, 1998.

V. RUBINO DE RITIS, *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 1997, pp. 880 ss..

E. RUSSO, *Le tutele legali*, in *I contratti di acquisizione di società ed aziende*, a cura di U. Draetta e C. Monesi, 2007.

S

R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, pp. 163 e ss..

R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *I rimedi per le sopravvenienze, Obbligazioni e Contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da P. Rescigno), 10, 3° ed., Torino, 2008.

R. SACCO, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da R. Sacco), II, 3° ed., Torino, 2004.

V. SALAFIA, *Natura giuridica del diritto di opzione nelle società di capitali*, *Le Società*, n. 8, 2007, pp. 921 ss..

V. SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, *Studi onore di Scorza*, 1940, pp. 721 e ss., e in *Riv. dir. com.*, 1940, II, pp. 21 ss..

V. SALANDRA, senza titolo, in *Foro it.*, 1936, I, c. 207 ss..

G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temi*, Torino, 1949.

V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzia del venditore*, in *Notariato*, 2, 2012, pp. 203 ss..

V. SANGIOVANNI, *Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo*, in *I Contratti*, 12, 2011, pp. 1611 ss..

V. SAKO, S. HELPER, *Determinants of trust in supplier relations: evidence from the automotive industry in Japan and the United States*, in *Forthcoming in the Journal of Economic Behavior and Organization*, 1998, pp. 387 ss..

D. SCARPA, *Cessione di quota di s.r.l. e tutela dei reali interessi sottesi al negozio*, commento ad App. Milano, 28 gennaio 2009, in *Le Società*, 2010, 3, pp. 342.

D. SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, pp. 395 ss..

A. SCARPELLO, *Jus variandi e strumenti di tutela del contraente*, relazione al V congresso giuridico per l'aggiornamento forense, Roma, 12 marzo 2010.

A.P. SCARSO, *La vendita non garantita di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. comm.*, 1999, II, pp. 123 ss..

P. SCHELSINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 229 ss..

A. SCHWARTZ, *Law and Economics: l'approccio alla teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 427 ss..

A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in *L'analisi economica del diritto*, a cura di Fabbri, Fiorentini, Franzoni, Roma, 1997.

A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the courts an analysis of incomplete agreements and judicial strategies*, in *J Legal Studies*, 1992, 21, pp. 271 ss..

A. SCHWARTZ, *Sales Law and Inflation*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1115, 1976, pp. 1 ss..

A. SCHWARTZ, *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1085, 1994, pp. 389 ss..

A. SCIARRIONE ALIBRANDI e G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in *Ius variandi bancario, Sviluppo normativo e di diritto applicato*, a cura di A.A. Dolmetta e A. Sciarrione Alibrandi, Milano, 2012.

A. SCIARRIONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi, oltre la trasparenza?*, Atti del Convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010.

A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'opzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato Grosso-Santoro Passatelli*, 3° ed, Milano, 1975.

R. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

V. SCOPPA, *Contratti incompleti ed enforcement endogeno. Una rassegna della letteratura*, Working Paper Version, pubblicato in *Economia Politica*, 2003, XX, 3.

R.E. SCOTT, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, *Cal. L. Rev.*, 1987, 75, pp. 2005 ss..

R.E. SCOTT, *The Case of Formalism in Relational Contract*, *Nw. U. L. Rev.*, 94, 2000, pp. 847 ss..

L.A. SENECA, lib. IV, *De Beneficiis*.

E. SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002.

S. SHAVELL, *Contracts*, *Harvard Law School John M. Olin Center for Law*, in *Economics and Business Discussion*, Paper Series, Paper 222, 1997, pp.1 ss..

G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 919 ss..

G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato del Contratto*, a cura di M. Costanza, III, Effetti, Milano, 2006.

G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 774 ss..

R.E. SPEIDEL, *Afterword: The Shifting Domain of Contract*, *Nw. U. L. Rev.*, 90 , 1995, pp. 264 ss..

R.E. SPEIDEL, *Relational Contract Theory: unanswered questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, *Nw. U. L. Rev.*, 2000, 94, pp. 823 ss..

M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006.

A.O SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World*, in *The Journal of Legal Studies*, 1990, 19, 1, pp. 43 ss..

T

G. TAMBURRINO, *I Vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954.

P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, pp. 155 ss..

V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nordamericano. Appunti e materiali*, Milano, 1980.

C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 - 1469, *Il Codice Civile*, in *Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995.

A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007.

J. TIROLE, *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?*, in *Econometrica*, 1999, 67, 4, pp. 741 ss..

R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 104 ss..

A. TORRENTE, *Contratto preliminare, opzione ed eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, pp. 376 ss..

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999.

P. TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: An economic analysis*, *International Review of Law and Economics*, 1991, 11, 1, pp. 63 ss..

F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 6, pp. 447 ss..

C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, 2011, p. 403.

E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I Contratti*, 2014, pp. 990 ss..

U

V

F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997.

M. VENTRICINI, *Il contratto d'opzione: le problematiche, l'ammissibilità della mancata previsione di un corrispettivo e il rapporto con l'art. 1333 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2005, 7 - 8, pp. 297 ss..

G. VETTORELLO, *Il contratto di subfornitura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, 2, Torino, 1995.

G. VIDIRI, *Vendita di titoli azionari, errore su qualità essenziale e presupposizione*, commento a Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Giust. civ.*, 1996, pp. 1052 ss..

G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

G. VISINTINI, *Inadempimento e rimedi*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, I.

W

O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1985.

O.E., WILLIAMSON, *Opportunistic behavior in contracts*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics and Law*, Newman ed., New York, 1998.

O.E. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations Author(s)*, in *Journal of Law and Economics*, 1979, 22, 2, pp. 233 ss..

B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850.

W.C. WHITFORD, *Ian Macneil's Contribution To Contracts Scholarship*, *Wis. L. Rev.*, 1985, pp. 545 ss..

X

Y

Z

E.C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 478 ss..

GIURISPRUDENZA

- Cass., 27 luglio 1933 (sentenza Raggio), in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, p. 123.
- Cass., 15 gennaio 1947, n. 32, in *Mon. trib.*, 1947, p. 35.
- Cass., 14 ottobre 1947, n. 1607, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1947, XXVI, 2° quadrim., p. 347.
- Cass., 17 ottobre 1947, n. 1619, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, XXVI, p. 354.
- Trib. Torino, 3 marzo 1948, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, p. 345.
- Trib. Milano, 11 ottobre 1948, in *Foro it.*, 1948, I, p. 994.
- App. Milano, 13 aprile 1951, in *Foro it.*, 1951, I, p. 607.
- Cass., 16 aprile 1951, n. 431, in *Mass. giur. it.*, 1951, II, p. 320.
- Cass., 20 marzo 1952, n. 739, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1952, 1, p. 611.
- Cass., 28 agosto 1952, n. 2784, in *Foro it.*, 1953, I, p. 1639.
- Cass., 10 agosto 1953, n. 2694, in *Foro it.*, 1954, I, p. 1276.
- Cass., 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro it.*, 1954, I, p. 755.
- Cass., 3 maggio 1955, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1955, p. 446.
- Cass., 18 settembre 1956, n. 3222, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 497.
- Cass., 19 aprile 1958, n. 1300, in *Rep. giust. civ.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 570.
- Cass., 9 dicembre 1958, n. 3854, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 245.
- Cass., 29 aprile 1959, n. 1385, in *Orient. giur. lav.*, 1959, p. 246.
- Trib. Roma, 6 febbraio 1960, in *Temi romana*, 1960, p. 545.
- Cass., 14 febbraio 1963, n. 325, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 743.
- Trib. Milano, 9 aprile 1964, in *Rass. dir. civ.*, 1965, p. 28.
- Cass., 21 luglio 1965, n. 1299, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1412.
- Cass., 14 giugno 1966, n. 1544, in *Foro pad.*, 1967, I, p. 790.
- Cass., Sez. U., 22 luglio 1966, n. 1987, *Giur. comm.*, 1966, I, p. 1896.
- Cass., Sez. U., 28 ottobre 1966, n. 2688, *Giur. comm.*, 1967, I, p. 18. App. Roma, 15 giugno 1968, in *Foro Pad.*, 1969, p. 458.
- Cass., 22 giugno 1968, n. 2096, *Giur. it.*, 1969, p. 2212.
- Cass., 6 febbraio 1970, n. 257, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 562.
- Cass., 17 settembre 1970, n. 1512, in *Foro it.*, 1971, I, p. 3028.
- Cass., 6 luglio 1971, n. 2104, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, p. 283 e in *Riv. not.*, 1973, p. 293.
- Cass., 3 ottobre 1972, n. 2828, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 83.
- Trib. Pavia, 24 febbraio 1973, in *Giur. mer.*, 1974, I, p. 20.
- Cass., 18 dicembre 1973, n. 1706, in *Giur. it.*, 1974, 1, p. 771.
- Trib. Bologna, 4 dicembre 1975, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 362.
- Cass. 24 dicembre 1975, n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 780.
- Cass., 20 gennaio 1976, n. 167, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 918.
- Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 341.
- Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1493.
- Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, p. 587, n. 169.
- Cass., 8 agosto 1978, n. 3864, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 835.

Cass., 9 luglio 1980, n. 166, in *Giur. civ. mass.*, 1980, p. 1.

Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1343.

Cass., 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2272, con nota di E. PEREGO, *Trattativa, proposta irrevocabile e patto di opzione*.

Cass., 9 maggio 1981, n. 3074, in *Giur. it.*, 1983, I, I, p. 1737.

Cass., 21 settembre 1981, n. 5186 in *Foro it.*, 1982, p. 106.

Cass., 22 settembre 1981, n. 5168, in *Foro it.*, 1982, I, c. 104.

Cass., 8 giugno 1982, n. 3464, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, in *Giust. civ. mass.*, 1982, p. 1267.

Cass., 22 ottobre 1982, n. 5496, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 302.

Cass., 14 dicembre 1982, n. 6858, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, p. 41.

Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 362, con nota di P. MARINO, *Preliminare, eccessiva onerosità sopravvenuta, offerta di riduzione ad equità*.

Trib. Napoli, 6 ottobre 1984, in *Resp. civ. e prev.*, 1986, p. 350.

Cass., 7 novembre 1984, n. 5626, in *Arch. civ.*, 1984, p. 584.

Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giust. civ. mass.*, 1984, 12.

Cass., 22 novembre 1985, n. 5785, in *Rep. Foro it.* 1985, voce *Contratto in genere*, n. 285.

Cass., 11 ottobre 1986, n. 5950, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1626.

Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Giur. civ.*, 1987, I, p. 1494.

Cass., 2 dicembre 1986, n. 7119, in *Comm. trib. centr.* 1989, I, p. 828 e in *Bollettino trib.* 1990, p. 1348.

Cass., 15 maggio 1987, n. 4487, in *Giust. civ. mass.*, 1987, 5.

App. Trieste, 12 ottobre 1987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, p. 23.

Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Foro it.* 1988, I, p. 1606.

Cass., 15 dicembre 1987, n. 9272, in *Giust. civ. mass.*, 1997.

Cass., Sez. lav., 11 gennaio 1988, n. 84, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1227, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 375 e in *Arch. civ.*, 1988, p. 562.

Trib. Milano, 17 aprile 1989, in *Le Società*, 1989, p. 939.

Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, c. 564, con nota di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice* e in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2564.

Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 944.

Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. en. elet.*, 1991, p. 523.

Cass., 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 163.

Cass., 11 ottobre 1990, n. 8200, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 8.

App. Milano, 15 marzo 1991, in *Le Società*, 1991, p. 696.

Cass., 4 luglio 1991, n. 7368, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 7.

Cass., 27 settembre 1991, n. 10139, in *Giust. civ. mass.*, 1991, p. 1412.

Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.* 1992, I, 1, c. 2210.

Cass., 17 dicembre 1991, n. 13578, in *Mass. giur. it.*, 1991.

Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corr. giur.*, 1992, p. 662.

Cass., 23 gennaio 1992, n. 728, in *Notiziario giuridico lav.*, 1992, p. 564.

Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 601 ss., con nota di O. CAGNASSO, *Trasferimento delle partecipazioni sociali, contratto aleatorio e rescissione per lesione*.

Cass., 20 novembre 1992, n. 24101, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1506.

Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021.

Cass., 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 857.

Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *I Contratti*, 1993, p. 677 e in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601.

Cass., 6 novembre 1993, n. 10989, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 140.

Cass., 21 febbraio 1994, n. 1649, in *Giust. civ. mass.*, 1994, p.185.

Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1296.

Cass., 9 novembre 1994 n. 9304, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 11.

Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 34.

Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502.

Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559, in *Riv. not.*,1996, p. 601.

Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 1498.

Cass., 28 agosto 1995, n. 9035, in *Dir. Fall.* 1996, II, p. 851.

Cass., 29 agosto 1995, n. 9067, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1049.

App. Cagliari, 26 gennaio 1996 in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 65, con nota di E. RICCI ARMANI, *In tema di trasferimento di quote di una s.r.l. in liquidazione.*

App. Cagliari, 23 marzo, 1996, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 633.

Cass., 2 aprile 1996, n. 3028, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2036.

Cass., 28 marzo 1996, n. 2843, in *Giur. comm.* 1998, II, p. 362.

Cass., 13 maggio 1996, n. 4449, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 718.

Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67.

Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613.

App. Milano, 11 marzo 1997, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 805 ss., in *Giur. it.*, 1998, p. 488 e in *Riv. not.*, 1997, II, pp. 1493 ss..

Cass., 26 marzo 1997, n. 2692, in *Mass. Foro it.*, 1997, p. 469.

Cass., 28 marzo 1997, n. 2776, *Mass. Foro it.*, 1997.

Cass., 13 giugno 1997, n. 5349, in *Rep. Giust. civ.*, 1997, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 288.

Cass., 14 gennaio 1998, n. 295, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 64.

Cass., 25 febbraio 1998, n. 2017, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2809.

Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, c. 511.

Trib. Firenze, 28 marzo 1998, in *Gius.*, 1998, p. 2189.

Cass., 22 febbraio 1999, n. 1469, in *Giur. it.*, 1999, p. 1655 e in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1811.

Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2929.

Cass., 11 febbraio 2000, n. 1525, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 303.

Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Le Società*, 2000, p. 1205 e in *I Contratti*, 2000, p. 1008.

Cass., 6 ottobre 2000, n. 13333, in *Foro pad.*, 2001, I, p. 55.

Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661, *Giur. it.*, 2001, p. 1824.

Trib. Milano, 19 aprile 2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 748.

Cass., sez. II, 8 ottobre 2001, n. 12323, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 1720.

Cass., 21 novembre 2001, n. 14629, in *Le Società*, 2002, p. 1246.

Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Foro it.*, 2002, I, c. 366.

Trib. Milano, 17 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 297.

Cass., 22 ottobre 2002, n. 14891, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 2479.

Cass., 9 dicembre 2002, n. 17534, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 2155.

Cass., 11 luglio 2003, n. 10935, in *Mass. giur. it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 552.

App. Torino, 11 luglio 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 6.

Trib. Napoli, 7 ottobre 2003, in *Giur. napoletana*, 2003, p. 397.

Cass., 23 settembre 2004, n. 19144, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

Cass., 26 ottobre 2004, n. 20744, in *Giust. civ. mass.*, 2004.

Cass., 9 settembre 2004, n. 18181, in *Giust. civ. mass.*, 2005.

Cass., 17 dicembre, 2004, n. 23520, in *Giust. civ. mass.*, 2005.

Cass., 7 aprile 2005, n. 7275, in *Mass. Foro it.*, 2005, c. 606.

Cass., 17 maggio 2005, n. 10340, in *Il civilista*, 2009, 12, p. 88.

Trib. Milano, 15 febbraio 2006, in *Impresa*, 2007, p. 591.

Trib. Milano, 24 aprile 2006, in *Giur. it.*, 11, 2006, p. 2093.

Cass., 24 maggio 2006, n. 6631, in *Mass. giur. it.*, 2006, p. 311.

Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396, in *I Contratti*, n. 6, 2007, p. 559.

Cass., 14 novembre 2006, n. 24295, in *Guida dir.*, 2007, p. 50.

Cass., 13 dicembre 2006, n. 26690, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 12 e in *Giur. comm.*, 2008, 5, II, p. 948.

Cass., 15 febbraio 2007, n. 3383, in *Diritto e Giustizia online*, 2007, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 2, in *Obbl. e contr.*, 2007, 6, p. 550.

Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177.

Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 103.

Cass., 14 agosto 2007, n. 17698, in *Giust. civ. mass.*, 2007.

Trib. Modena, 29 novembre 2007, in www.pluris-online.it.

Trib. Torino, Sez. lav., 06 febbraio 2008, in www.pluris-online.it.

Cass., 11 giugno 2009, n. 13568, in *Mass. giur. it.*, 2009.

App. Milano, 28 gennaio 2009, in *Le Società*, 2010, 3, p. 339, con nota D. SCARPA, *Cessione di quota di s.r.l. e tutela dei reali interessi sottesi al negozio*.

Trib. Bari, 23 giugno 2009, in *Contratti*, 2010, p. 149 e in *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Contratto in generale*, n. 369.

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I Contratti*, 2010, p. 5.

Cass., 18 settembre 2009 n. 20245, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 9, p. 1336.

Cass., 03 dicembre 2009, n. 25401, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Contratto in genere* n. 347.

Cass., 26 gennaio 2010, n. 1562, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 1, p. 99.

Cass., 19 febbraio 2010, n. 3990, in *Guida dir.*, 2010, 11, p. 75 e in *Giust. civ. mass.*, 2010, 2, p. 239.

Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, p. 571, con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*.

App. Milano, 27 luglio 2011, n. 2280, in *I Contratti*, 2011, p. 1085, con nota di A. PAGANINI, *L'opzione e le figure affini: gratuità o onerosità dell'opzione*.

Trib. Modena, 14 giugno 2012, in *Contratti*, 2012, 10, p. 825.

Trib. Milano, 06 febbraio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 7.

Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117, con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*.

Cass., 31 luglio 2012, n. 13739, in *Dir. giustizia*, 2012.
Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 9, p. 1088, in *Vita Not.* 2013, 1, p. 209 e in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, p. 563.
Cass., 18 settembre 2012, n. 15640, in *Diritto e Giustizia* online, 2012.
Trib. Taranto, 16 ottobre 2012, in www.ilcaso.it.
Cass., 27 novembre 2012, n. 21094, in *Guida dir.*, 2013, 11, p. 37.
Trib. Milano, Sez. Imp., 21 febbraio 2013.
Cass., 2 luglio 2013, n. 16556, in *Giust. civ. mass.*, 2013.
Trib. Milano, 3 ottobre 2013, n. 12213, in *Redaz. Giuffrè*, 2013 e in www.giurisprudenzadelleimprese.it.
Cass., 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Diritto & Giustizia*, 2013 e in *Imm. e propr.*, 2013, p. 12.
Cass., 17 dicembre 2013, n. 28194, in *Diritto e Giustizia* online, 2013.
Cass., 19 dicembre 2013, n. 28456, in *Giust. civ. mass.*, 2013.
Trib. Milano, Sez. Impr., 30 gennaio 2014, n. 1419, in *Le Società*, p. 927 e in www.giurisprudenzadelleimprese.it.
Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, in *Diritto & Giustizia*, 2014.
Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Giust. civ. mass.*, 2014 e in *Diritto & Giustizia*, 2015.
Trib. Milano, 5 gennaio 2015, n. 32, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.
Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19193, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.
Cass., 9 maggio 2016, n. 9318, in www.iusexplorer.it.

Mineral Park Land Co. v. P.A. Howard, 172, Cal. 289 (S. Cal. 1916).

Transatlantic Financial Corp v. United States, 363, F.2d 312 (D.C. Cir. 1966).

Alcoa, 499, F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

Corte Distrettuale Degli Stati Uniti d'America; Distretto occidentale della Pennsylvania: sentenza 7 aprile 1980; Giud. Teitelbaum, *Aluminum Co. of America c. Essex Group Inc.*, in *Foro it.*, 1981, 104, 9, IV, pp. 361 ss..

Corte Distrettuale della Virginia, Distretto orientale; sentenza 25 giugno 1981; Giud. Merhige, Florida, *Power & Light Co. c. Westinghouse Electric Corp.*, in *Foro it.*, 105, IV, 1982, pp. 375 ss..

Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp., 826, F2d, 239 (4th Cir. Va. 1987).

ABF Milano, n. 98/2010 (Est. Lucchini Guastalla).

ABF Milano, n. 249/2010 (Est. Sciarrone Alibrandi).

Desidero ricordare tutti coloro che mi hanno aiutato nella stesura di questa tesi di dottorato con suggerimenti, critiche ed osservazioni, a loro va la mia gratitudine più sincera.

Ringrazio anzitutto il mio tutor, professor Gianluca Sicchiero, per il supporto e la sapiente guida che ha saputo fornirmi nella stesura della mia tesi.

Ringrazio la professoressa Carmela Camardi per la passione e il cuore che mette ogni giorno nel corso di dottorato Diritto, Mercato e Persona.

Ringrazio il professore Arturo Maniaci per avermi spinto ad iniziare questo percorso e perché mi ha insegnato l'amore per il sapere e per la cultura giuridica.

Ringrazio la professoressa Chiara Tenella Sillani e il professor Paolo Duvia per i sempre presenti suggerimenti professionali e personali.

Ringrazio l'Università della California perché mi ha accolto tra i suoi studenti regalandomi una possibilità unica, che ricorderò per tutta la vita.

Ringrazio lo Studio Legale Accinni Cartolano e Associati per avere appoggiato in tutto e per tutto il mio percorso di studio.

Ringrazio i colleghi e amici del XXIX ciclo di dottorato. Abbiamo vissuto insieme momenti indimenticabili nella città più bella del mondo.

Un grazie particolare e speciale va a Laura con cui ho condiviso ogni giorno (e anche qualche nottata) di questo tragitto. Senza di te non ce l'avrei mai fatta a superare i tratti in salita e mi sarei sentita molto più sola quando inaspettatamente e raramente si presentava qualche discesa; sei stata una scoperta.

Un ringraziamento va anche Lavinia, perché oltre al supporto nello studio, si è sempre occupata del mio alloggio a Venezia.

Un ulteriore e sentitissimo ringraziamento va a chi ha corretto le mie bozze, primo fra tutti Daniele Cugini.

Altrettanto fondamentali sono stati i miei colleghi di Milano, che hanno riletto più volte la mia tesi: Genny Muccardi, Nicolò Marascalchi, Enrica Di Cagno, Matteo Acerbi, Maria Ferrigno e per lo sforzo finale, ad agosto in una Milano semideserta, Giulia Giannelli.

Con malinconia ringrazio i miei compagni di studi e nottate (di lavoro e non) incontrati oltreoceano, non avrei potuto desiderare di meglio. Grazie Iris, Nicola, Nicolò, Scott e Chiara.

Vorrei, inoltre, ringraziare le persone a me più care: la mia famiglia, i miei amici.

Infine, ringrazio con il cuore il mio fidanzato, a cui questo lavoro è dedicato, per aver capito i miei sacrifici.