ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SCUOLA DOTTORALE INTERNZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA "TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA
XXIII CICLO

PRESUPPOSIZIONE E RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO

Dottoranda:
Silvia Ansuini

Docente Tutor:
Chiar.mo Prof. Renato Clarizia

Anno Accademico 2010/2011

A coloro che
mi hanno accompagnato e
sostenuto lungo il tragitto percorso

INDICE ANALITICO

Presupposizione e rinegoziazione del contratto

INTRODUZIONE

Presupposizione e rinegoziazione: due istituti di giustizia contrattuale…….. *6*

CAPITOLO I

La presupposizione: dalle teorie soggettivistiche alle più recenti posizioni giurisprudenziali

1. Breve premessa sul sistema delle sopravvenienze nell'ordinamento interno…… *11*
2. Le concezioni volontaristiche: dal pensiero di Windscheid alle posizioni della dottrina italiana…….. *16*
3. Segni di superamento delle teorie soggettivistiche……..... *27*
4. Gli orientamenti giurisprudenziali tradizionali in tema di presupposizione…….. *34*
5. Gli ultimi arresti giurisprudenziali e i rimedi esperibili……*45*

CAPITOLO II

La gestione delle sopravvenienze in un'ottica comparatistica: la *common law* inglese

1. La vincolatività del contratto e il principio dei *pacta sunt servanda*…….... *53*
2. Le prime eccezioni alla regola: i *Coronation cases* e le *implied conditions*…….. *58*
3. La teoria della *frustration of contract* e il *Law reform Act* del 1943…… *65*

CAPITOLO III

Rinegoziazione e manutenzione del contratto nella prospettiva di diritto privato europeo

1. La rinegoziazione: un rimedio nato nel diritto internazionale dei contratti. Le clausole di *hardship* e i principi UNIDROIT…… *75*
2. I PDEC e il mutamento delle circostanze……. *82*
3. (segue) Mutamento delle circostanze e il *Draft Common Frame of Reference*……. *86*
4. I caratteri comuni della rinegoziazione nel diritto privato europeo ed internazionale……. *88*

CAPITOLO IV

La rinegoziazione del contratto nell'ordinamento interno

1. Le clausole di rinegoziazione e l'obbligo convenzionale di manutenzione del contratto…… *93*
2. Obbligo legale di rinegoziazione nel diritto interno: le varie ipotesi dottrinarie…… *100*
3. (*segue)* E' ipotizzabile un obbligo legale di rinegoziazione? Il ruolo della buona fede integrativa……..….*109*
4. I poteri del giudice in caso di trattativa rinegoziativa non andata a buon fine…… *114*

CAPITOLO V

Presupposizione e rinegoziazione del contratto: un'ipotesi ricostruttiva…….. *125*

BIBLIOGRAFIA…….. *140*

INTRODUZIONE

Presupposizione e rinegoziazione: due istituti di giustizia contrattuale

Nel momento storico attuale il tema della giustizia contrattuale e dell'equilibrio tra le prestazioni delle parti è stato oggetto di particolare attenzione sia da parte della dottrina che della giurisprudenza. Tale ambito di studio è reso particolarmente interessante dagli interventi del legislatore comunitario e, più in generale, dalle normative internazionali, che sebbene abbiano valenza di *soft law*, influenzano, in diversa misura, l'evoluzione della legislazione nei singoli ordinamenti.

Tra i temi connessi alla richiamata problematica, meritano di essere menzionati la gestione del rischio contrattuale e i rimedi elaborati dagli ordinamenti nazionali in caso di sopravvenienze. Infatti, il verificarsi di eventi sopravvenuti ed imprevedibili può alterare l'equilibrio contrattuale ovvero può comportare l'impossibilità di adempiere la prestazione da parte di uno dei contraenti. In quest'ottica, assume un peculiare rilievo l'istituto della presupposizione.

Questa figura giuridica è stata oggetto di studio da parte di autorevole dottrina, la quale, dal vigore del codice previgente fino ad oggi, si è interrogata sulla natura giuridica di un istituto che non risulta positivizzato all'interno del nostro ordinamento. Partendo dalla concezione soggettivistica di Windscheid, infatti, insigni giuristi hanno proposto la propria ricostruzione relativa al fondamento giuridico e alla

ratio della presupposizione, cercando di volta in volta di assimilare tale figura ad altre fattispecie affini disciplinate all'interno del codice civile.

Risulta molto complesso compiere una ricognizione inerente alla varie posizioni espresse dalla dottrina con riguardo alla presupposizione; la difficoltà non attiene solo alle innumerevoli ricostruzioni proposte nel corso degli anni, ma anche, e soprattutto, alle infinite sfumature delle argomentazioni sostenute di volta in volta dai diversi autori. Sebbene nel panorama dottrinario italiano sia possibile rinvenire delle attente e complete raccolte delle tesi ricostruttive in materia, lo scopo principale del presente lavoro non deve essere individuato esclusivamente e prevalentemente nell'analisi delle differenti posizioni della dottrina in tema di presupposizione.

Al contrario, dopo avere esposto le principali tesi dottrinarie e giurisprudenziali sulla natura giuridica dell'istituto, ci si soffermerà sui rimedi offerti dall'ordinamento nell'ipotesi di sopravvenienze. La presente trattazione, infatti, ha un'ottica prevalentemente rimediale, nel senso che ha lo scopo di indagare le diverse forme di tutela predisposte dall'ordinamento in caso di alterazione dell'originario equilibrio contrattuale.

Il contratto, se non ha un'esecuzione immediata, produce i propri effetti nel tempo e il suo contenuto può risultare inadeguato al variare delle circostanze esistenti al momento del suo perfezionamento. Quando ciò accade, si provoca un disequilibrio tra le prestazioni dedotte in contratto. L'istituto della presupposizione ha la finalità di individuare le fattispecie nelle quali le circostanze passate, presenti o future, esterne al contratto, date per certe dalle parti, ma non espressamente previste

nell'accordo concluso, vengano a mancare, ovvero mutino. In queste ipotesi, l'ordinamento deve predisporre rimedi idonei a tutelare gli interessi dei contraenti, cercando di eliminare lo squilibrio contrattuale verificatosi.

Con riferimento alla problematica della tutela, le posizioni espresse dalla dottrina sono differenti a seconda della ricostruzione adottata in relazione alla natura giuridica della presupposizione; pertanto, varie sono state le ipotesi avanzate in ordine i rimedi applicabili all'istituto in esame, dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, all'invalidità del contratto, al recesso. Sebbene i richiamati strumenti si fondino su diversi presupposti ed abbiano un differente ambito applicativo, gli stessi sono accomunati dalla medesima finalità, quella di sciogliere i contraenti dal vincolo negoziale. Pertanto, ogniqualvolta si verifichi una sopravvenienza inquadrabile nell'ambito della presupposizione, la tutela offerta dall'ordinamento – alla luce delle posizioni dottrinarie maggioritarie – dovrebbe essere improntata alla caducazione del contratto. Non si ravvisa, infatti, alcun interesse di uno dei due contraenti alla prestazione così come prevista nell'originario accordo a seguito dell'evento perturbativo.

Senza voler anticipare i risultati dell'analisi che si tenterà di condurre, e senza alcun intento esaustivo in merito ad un tema così vasto e complesso, lo scopo del presente lavoro deve essere individuato nello studio della compatibilità o meno tra l'istituto della presupposizione ed il rimedio della rinegoziazione del contratto colpito dalla sopravvenienza.

Si ritiene, infatti, di poter differenziare – come suggerito da attenta dottrina – le ipotesi di presupposizione, a seconda che permanga

o meno un interesse del creditore alla prestazione. Qualora l'interesse avuto di mira dalle parti non sia più realizzabile, il rimedio caducatorio appare l'unica via praticabile. Se, al contrario, è possibile ravvisare, nonostante la sopravvenienza, un interesse della controparte alla prestazione – anche se differente nella quantità o nella qualità rispetto all'originaria obbligazione – sembra possibile ricorrere allo strumento della rinegoziazione.

Tale istituto, così come la presupposizione, trova il suo fondamento in un'ottica di giustizia contrattuale; il menzionato rimedio, infatti, è finalizzato al riequilibrio delle prestazioni in seguito al verificarsi di eventi perturbativi dell'originario assetto negoziale. Al fine di valutare la compatibilità tra i due menzionati istituti di giustizia contrattuale, si rende opportuna una breve ricostruzione delle problematiche inerenti allo strumento rinegoziativo.

Tale rimedio verrà esaminato innanzitutto in un'ottica internazionale e di diritto privato europeo, dal momento che la sua prima regolamentazione deve essere individuata nei Principi UNIDROIT prima e nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti poi. Dopo avere esposto le soluzioni adottate dalle normative di *soft law*, accomunate da una preferenza per la conservazione del contratto e per l'intervento sostitutivo-integrativo del giudice nel caso in cui le parti non raggiungano un nuovo accordo, sarà necessario un *excursus* sulle problematiche legate alla rinegoziazione nell'ordinamento interno.

In tale ottica ci si interrogherà, in primo luogo, sulla validità delle clausole convenzionali di rinegoziazione ed sul loro possibile fondamento giuridico all'interno del sistema nazionale; in secondo

luogo, ci si soffermerà sulle diverse posizioni dottrinarie inerenti la possibilità di configurare un obbligo legale di rinegoziazione sulla base della disciplina delle sopravvenienze e sulla clausola di buona fede; infine, l'indagine sarà incentrata sulla ampiezza dei poteri del giudice nell'ipotesi di trattative rinegoziative non andate a buon fine.

Pertanto, dopo avere analizzato separatamente i due istituti della presupposizione e della rinegoziazione del contratto, ci si soffermerà sulla compatibilità delle conclusioni raggiunte separatamente per ognuna delle figure. Si cercherà di verificare la possibilità di ricostruire un sistema di giustizia contrattuale all'interno del nostro ordinamento, anche alla luce delle influenze del diritto internazionale ed europeo e del crescente ruolo della buona fede quale fonte di integrazione del contratto.

CAPITOLO I

La presupposizione: dalle teorie soggettivistiche alle più recenti posizioni giurisprudenziali

SOMMARIO: 1. Breve premessa sul sistema delle sopravvenienze nell'ordinamento interno – 2. Le concezioni volontaristiche: dal pensiero di Windscheid alle posizioni della dottrina italiana – 3. Segni di superamento delle teorie soggettivistiche – 4. Gli orientamenti giurisprudenziali tradizionali in tema di presupposizione – 5. Gli ultimi arresti giurisprudenziali e i rimedi esperibili

1. Breve premessa sul sistema delle sopravvenienze nell'ordinamento interno

Prima di iniziare l'analisi dell'istituto della presupposizione, oggetto di studio del presente capitolo, appare necessario compiere una breve ricostruzione sul sistema delle sopravvenienze[1] nell'ambito dell'ordinamento interno.

Il codice civile preunitario del 1865 disciplinava l'impossibilità della prestazione, che comportava la liberazione del debitore[2], ma non

[1] Il tema delle sopravvenienze è stato oggetto di studio da parte di attenta dottrina e innumerevoli sono i contributi in materia. Tra i molti vedi ALPA G – BESSONE M. – ROPPO E., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Jovene Editore, Napoli, 1982; AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002; GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*,Giuffrè, Milano, 1992; GENTILE A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, Utet, Torino, 1983; PENNAZIO R., *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2006, 2, pg. 673 ss.; TOMASSINI R. (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2003; TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003

[2] Gli articoli del codice del 1865 a cui fare riferimento erano gli artt. 1225 e1226, dettati nella parte relativa alle obbligazioni e che sancivano la liberazione del debitore nei casi in cui l'inadempimento era derivante da causa estranea a lui non imputabile, da caso fortuito ovvero da forza maggiore. L'art. 1298 c.c. 1865, invece, disciplinava,

conteneva alcuna norma in tema di sopravvenienze non impossibilitanti[3]; non era individuabile, pertanto, alcuna disposizione che sancisse espressamente il principio della risolubilità o della riducibilità dei contratti per il sopravvenire di mutamenti dello stato di fatto, tali da rendere eccessivamente onerosa la prestazione dovuta dal debitore. Ciò nonostante, aspro fu il dibattito fra i giuristi tra il finire del secolo XIX e i primi decenni del XX: partendo dalla c.d. clausola *rebus sic stantibus*, elaborata dai giuristi del diritto comune[4], la dottrina italiana si interrogò sull'esistenza di un principio più generale, accolto anche solo implicitamente dall'ordinamento giuridico, sulla cui base risolvere il problema della ripercussione, sul vincolo derivante da contratto, del mutamento non previsto relativo alla situazione di fatto sussistente all'atto dell'assunzione dell'impegno obbligatorio[5].

Senza entrare nel merito del dibattito tra concezioni soggettivistiche[6] e teorie oggettive[7], che verranno analizzate nel

---

quale modo di estinzione dell'obbligazione, la perdita della cosa, la sua messa fuori commercio ed il suo smarrimento.

[3] Vedi sul punto TRAISCI F.P., *op. ult. cit.*, pg. 10 ss., nonché ACCARDO G., *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1996, 1, pg. 1 ss

[4] TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 50 osserva come si facciano risalire la radici della clausola *rebus sic stantibus* all'antico *ius commune*, "nel quale sarebbero state rielaborate considerazioni risalenti agli scritti di Cicerone e Seneca, riprese successivamente da San Tommaso e dalla cultura scolastica". Per un approfondimento vedi OSTI G., *Clausola «rebus sic stantibus»* in Novissimo Digesto Italiano, III, Utet, Torino, 1957, pg. 353 ss., il quale osserva che la clausola in esame sarebbe la traduzione giuridica di un pensiero extragiuridico, connesso alla necessità di riconoscere "una stretta connessione fra i mutamenti dello stato di fatto e la vita dei vincoli consensuali"

[5] Vedi sul punto FERRI G.B., *Anamorfosi del diritto civile*, Cedam, Padova, 1994, pg. 493 ss.

[6] Le tesi soggettivistiche sono ispirate alla concezione pandettistica della presupposizione e ricollegano la necessità di una tutela in caso di sopravvenienze ad una volontà inespressa delle parti, ad una condizione inespressa

prosieguo del presente capitolo, si osserva come sia la dottrina che la giurisprudenza abbiano evidenziato la necessità di elaborare una regola che attribuisse rilevanza al mutamento delle circostanze verificatesi nello spazio temporale esistente tra la conclusione del contratto e la sua esecuzione. Pertanto, il legislatore del 1942, con un innovazione rispetto al previgente sistema, ha introdotto nel codice civile gli artt. 1467 ss. c.c., prevedendo il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta per i contratti sinallagmatici ad esecuzione continuata o periodica ovvero differita (art. 1467 c.c.[8]), con esclusione dei contratti aleatori (art. 1469 c.c.).

Nella sistematica del codice, quindi, il rimedio previsto sia per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e che per l'eccessiva onerosità sopravvenuta è la risoluzione del contratto, ma tale strumento di tutela opera con meccanismi differenti nelle due ipotesi; infatti, nella prima fattispecie si ha lo scioglimento automatico, di diritto, dell'accordo negoziale, mentre nella seconda ipotesi la risoluzione opera esclusivamente su richiesta di parte, salva la possibilità di ricondurre ad

---

[7] Le teorie oggettive ricollegano il mutamento delle circostanze alla lesione della causa del contratto, ovvero ad esigenze di equità, sulla base del principio di collaborazione e buona fede

[8] L'art. 1467 c.c. dispone: "1. 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 eventi straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. 2. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. 3. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto". L'art. 1468 c.c., dettato per i contratti con obbligazioni di una sola parte, stabilisce invece che nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, l'obbligato può chiedere esclusivamente la riduzione della sua prestazione ovvero una modifica nelle modalità di esecuzione, sufficiente a ricondurla ad equità.

equità il contratto su istanza della controparte nei contratti a prestazioni corrispettive[9].

Le condizioni richieste dalla legge per l'operatività del rimedio previsto dall'art 1467 c.c. sono descritti minuziosamente dal legislatore: l'ambito applicativo è circoscritto ai contratti con prestazioni corrispettive, la cui esecuzione sia continuata, periodica ovvero differita rispetto alla conclusione del contratto; per quanto concerne i presupposti necessari ai fini della concessione della tutela, gli stessi possono essere individuati nella sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione, che deve da un lato superare la normale alea del contratto, da intendersi come alterazione del rapporto tra il costo prevedibile e il risultato prevedibile della prestazione[10], ovvero nell'eventuale perturbamento dell'originale equilibrio contrattuale, e dall'altro lato derivare da eventi straordinari e imprevedibili[11]. In particolare, la straordinarietà di un evento deve essere valutata esaminando elementi suscettibili di misurazione, quali la frequenza: un avvenimento è straordinario quando è statisticamente di rara verificazione; per quanto riguarda la imprevedibilità, questa ha una connotazione soggettiva, poiché è legata

---

[9] Per un approfondimento sul dettato codicistico vedi AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale cit.*,TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, ne Il commentario al codice civile di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1995

[10] Con riferimento al concetto di normale alea del contratto, TRAISCI F.P., *op. cit.* osserva che "il termine «alea normale» sarebbe dunque da intendere alla stregua di un concetto esclusivamente di ordine economico, che riguarda tutti i contratti e non è in alcun modo assimilabile allo schema causale dei contratti aleatori di cui all'art. 1469. Il giudizio sul superamento dell'alea normale del contratto sarebbe perciò un giudizio di prevedibilità che si articola su profili quantitativi, qualitativi e temporali, mentre quello sulla aleatorietà del contratto riguarda la causa tipici del contratto in concreto posto in essere dalle parti". In tal senso vedi anche TERRANOVA C. G., *op. ult. cit.*, pg. 157 ss.

[11] Per un approfondimento vedi BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*,Cedam, Padova, 1952; TERRANOVA C. G., *op. cit.*

alla prevedibilità dell'evento da parte di un soggetto mediamente diligente.

Qualora sussistano tutti i requisiti descritti, la parte svantaggiata può rivolgersi al giudice per richiedere una sentenza costitutiva che sciolga il vincolo contrattuale modificato nel proprio equilibrio, fatta salva la possibilità per la controparte di chiedere la riconduzione ad equità[12], offrendo di modificare le condizioni dell'accordo, evitando così la risoluzione del negozio.

Date tali brevi premesse relative alla disciplina codicistica delle sopravvenienze contenuta nella parte relativa ai contratti in generale, è possibile osservare l'insufficienza delle fattispecie normativamente previste a fronte della varietà degli eventi empiricamente verificabili. Infatti, i rimedi predisposti dal codice sono esperibili in ipotesi piuttosto circoscritte, che sembrano privilegiare l'esigenza di liberare le parti dal vincolo contrattuale piuttosto che consentire il ricorso a correttivi volti a riequilibrare il contenuto dell'accordo. In virtù di tali conclusioni, la dottrina ha, da una parte, cercato di dare rilevanza a ipotesi di sopravvenienze non codificate, quali la presupposizione[13]; dall'altra

---

[12] L'offerta di equa modificazione è prevista anche per i contratti rescindibili; la dottrina, approfondendo l'analisi di tali istituti, muovendo dal data letterale e dalla sua differenza, afferma una sostanziale diversità di disciplina tra i due istituti. In particolare, si rileva come il contraente interessato ad evitare la rescissione del contratto deve formulare un'offerta di modificazione idonea a ripristinare integralmente l'equilibrio tra le prestazioni. Invece, ai sensi dell'art. 1467 c.c., il contraente che intende evitare la risoluzione non deve elaborare un'offerta volta a ristabilire tra le prestazioni il rapporto di proporzionalità originario, bensì un'offerta che ripartisca offerta che ripartisca in modo adeguato tra i contraenti l'onerosità sopravvenuta. Viene pertanto ritenuta sufficiente un'offerta di ricondurre entri i limiti dell'alea normale i vantaggi che il fattore sopravvenuto ha apportato alla parte interessata alla conservazione del contratto.

[13] Il tema della presupposizione affonda le sue radici nel pensiero del giurista tedesco Windscheid, ed è stato a lungo studiato da i più insigni studiosi italiani. Tra le molteplici opere dedicate a tale istituto vedi BELFIORE A., *La presupposizione*,

parte, invece, valorizzando la recente tendenza legislativa a tutelare l'equilibrio contrattuale originario e la crescente influenza del principio generale di buona fede, ha approfondito lo studio del rimedio della rinegoziazione, volto a menutenere l'accordo perturbato da eventi successivi al suo perfezionamento.

2. Le concezioni volontaristiche: dal pensiero di Windscheid alle posizioni della dottrina italiana

Partendo dal primo degli aspetti problematici oggetto del presente lavoro, è necessario sottolineare la difficoltà di approcciarsi ad una tematica tanto vasta e complessa come quella della presupposizione.

Giappichelli, Torino, 1998; BESSONE M., *Presupposizione, "oggettività" delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1978, 4, pg. 1747 ss.; BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione,* in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1986; BRANCA G., *Considerazioni pratiche sulla presupposizione,* in Foro italiano, 1962, I, pg. 239 ss.; CACCAVALE C., *Giustizia del contratto e presupposizione,* Giappichelli, Torino, 2005; CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione,* Giuffrè, Milano, 1997; CANTELMO V.E., *La presupposizione nella giurisprudenza italiana,* Giuffrè, Milano 1969; CASSOTTANA M., *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza,* in Rivista di diritto commerciale, 1977, II, pg. 11 ss.; FEDE A., *Presupposizione,* in Studium Iuris n. 2/2008, pg. 214 ss.; GENTILE A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza,* Utet, Torino, 1983; GIRINO F., *Presupposizione,* in Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1966; MANTELLO M, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale. Il problema dei presupposti del contratto nelle esperienze giuridiche di common law e civil law con particolare riguardo all'istituto della presupposizione,* Jovene Editore, Napoli, 2003; NICOLUSSI A., *Presupposizione e risoluzione,* in Mazzamuto S. (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2002; OSTI G., *Scritti giuridici,* Giuffrè, Milano, 1973; PELLICANÒ A., *La presupposizione,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1976, 4, pg. 1636 ss.; PENNAZIO R., *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2006, 2, pg. 673 ss.; PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1983, 2, pg. 735 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti,* in Rivista commerciale, 1985, II, pg. 130 ss.

L'analisi è particolarmente delicata all'interno del nostro ordinamento non solo per la molteplicità delle posizioni espresse in dottrina sull'istituto, ma anche perché il legislatore del 1942, come quello del 1865, non ha dedicato alla menzionata figura una puntuale disposizione normativa volta a definire le caratteristiche del fenomeno e le loro possibili ripercussioni sulla validità o sull'efficacia del regolamento negoziale posto in essere dalle parti.

In via preliminare, appare opportuno cercare di fornire una prima definizione della figura della presupposizione[14], per poi approfondire le posizioni della dottrina tedesca prima, e italiana poi, sulla menzionata tematica. La presupposizione rappresenta una situazione obiettiva di fatto o di diritto, presente passata o futura, del tutto indipendente nella sua esistenza, cessazione o verificazione dall'attività dei contraenti e non costituente oggetto di una loro specifica obbligazione, tenuta presente dalle parti nella formazione del consenso negoziale quale presupposto essenziale per il sorgere e il permanere del vincolo, sebbene in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole negoziali[15]. Pertanto,

---

[14] Fornire una definizione dell'istituto appare particolarmente difficile, dal momento che la medesima può cambiare a seconda della tesi accolta con riferimento alla natura e al fondamento dell'istituto; per un approfondimento vedi BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.*, pg. 326 ss.; COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Giustizia civile, 1998, II, pg. 3 ss. In senso critico vedi BELFIORE A., *La presupposizione cit.*, pg. 1 che sottolinea come "dallo studio delle varie dottrine, chi scrive non è riuscito a ricavare alcuna ragione che giustifichi la costruzione di un'autonoma categoria etichettabile come presupposizione"

[15] La definizione esposta è accolta tradizionalmente dalla giurisprudenza di legittimità; vedi Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giustizia civile*, 1998, 1, pg. 3161 ss.; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, con nota di ODDI P., *In tema di presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1992, I, 1, pg. 2209 ss. Per un approfondimento sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di presupposizione vedi PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1983, 2, pg. 735 ss.; ROCCO G., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1972, I, 1, pg. 211 ss.;

l'espressione "presupposizione" viene frequentemente utilizzata per indicare due diverse situazioni che possono verificarsi nella pratica degli affari: in un caso, si fa riferimento ad un contratto posto in essere sulla base di un presupposto fin dall'inizio inesistente; nell'altro caso, la situazione di fatto posta a fondamento del contratto viene meno od è alterata successivamente alla conclusione del contratto. La *ratio* dell'istituto può essere ricercata, oltre che nella necessità di realizzare una giustizia sostanziale tra le parti di un contratto, anche nell'esigenza di garantire all'interno del sistema la stabilità e la sicurezza dei traffici e alla preoccupazione che questi non siano minacciati da una eccessiva protezione di interessi particolari e parziali.

Lo studioso che per primo ha affrontato la tematica della presupposizione è il giurista tedesco Windscheid, il quale ha il merito di avere attirato l'attenzione della dottrina civilistica tedesca prima, europea poi su un tema che ancora oggi è oggetto di un vivace dibattito[16].

Nel pensiero di Windscheid l'espressione « presupposizione » assumeva il valore di una condizione non sviluppata: infatti, era inerente a rappresentazioni della realtà o aspettative influenti sul processo formativo della volontà delle parti, le quali non avrebbero emesso quella determinata dichiarazione negoziale se avessero conosciuto il reale stato

---

ROPPO E., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione,* in Giurisprudenza italiana, 1972, 1, pt. 1A, pg. 211 ss.; MEZZANOTTE S., *Istituto della presupposizione tra teoria e applicazione pratica,* in Giurisprudenza di merito n. 9/2008, pg. 363 ss.; COMPORTI M., *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, Giustizia civile, 1985, II, pg. 102 ss.; COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza cit.*

[16] Per un'evoluzione sul pensiero dei giuristi tedeschi vedi PELLICANÒ A., *La presupposizione cit.*, pg. 1636 ss; BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.*, pg. 327 ss.; COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi cit.*

delle cose ovvero il loro divenire. Il giurista tedesco sosteneva che "chi manifesta una volontà sotto una presupposizione vuole, al pari di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà, e qui la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione che la giustifichi"[17].

Alla luce delle suesposte osservazioni, è possibile affermare come nella sua originaria formulazione la presupposizione fosse configurata come un elemento accidentale del negozio giuridico e, in particolare, come una condizione tacita che, sebbene non espressamente pattuita dalle parti, doveva considerarsi condizione esplicita. La teoria è espressione della concezione del negozio giuridico di Windscheid, il quale esaltava il dogma della volontà, ponendolo a fondamento degli effetti giuridici di ogni atto umano[18].

La teoria della presupposizione, sopra brevemente descritta, è stata sottoposta ad alcune obiezioni dal momento che la stessa sembrava determinare una generale rilevanza delle motivazioni personali del

---

[17] PELLICANÒ A., *La presupposizione cit.*, pg. 1636, che riporta una citazione da FADDA – BENSA (traduzione italiana di), *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1930, §§ 97-100

[18] Vedi COPPI G., *op. cit.*, pg. 5 ss. che riporta il pensiero del giurista di Dusseldorf, che, nell'illustrare il pensiero di Windscheid, osserva che, sebbene dalla mancata inserzione della rilevanza di una situazione di fatto all'interno del contratto dovrebbe derivare che l'effetto giuridico voluto nella dichiarazione negoziale «sussiste e perdura» sebbene venga meno la presupposizione, pur tuttavia tale situazione non corrisponde al reale volere del dichiarante con la conseguenza che colui che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà «può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni, che da essa si derivano, quanto anche instituire a sua volta contro colui, a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione diretta a farlo cessare».

contrarre a scapito di una fondamentale esigenza di certezza dei traffici giuridici. Inizia, inoltre, a farsi spazio la convinzione di evitare che venga privilegiata esclusivamente o comunque in maniera assolutamente prevalente la posizione della parte che ha errato sulla base del presupposto e che è invece necessario garantire anche la controparte che ha fatto affidamento sulla dichiarazione del soggetto che è caduto in errore e che è opportuno, anche per garantire l'oggettiva stabilità dei rapporti giuridico-economici, orientarsi verso soluzioni che consentano di contemperare la tutela di entrambe le parti del negozio[19]. Seguendo questa linea di pensiero, il giurista tedesco Oertmann individuò quale fondamento della presupposizione non più l'intenzione delle parti ma l'esistenza di un vizio obiettivo del negozio consistente nella mancanza o nel venir meno della base negoziale del regolamento di interessi divisato dalle parti, oggettivizzando il concetto di presupposizione[20].

Anche la ricostruzione fatta propria dall'insigne giurista Oertmann, nonostante l'intento di oggettivizzare il concetto di presupposizione, non si e` sottratta ad alcune censure precedentemente avanzate nei confronti di Windscheid in quanto si pone ancora su di un piano soggettivo; Oertmann, infatti, fa costante riferimento alla volontà delle parti che costituisce quindi il fondamento di rilevanza della presupposizione. Infatti, la menzionata posizione "non costituisce già un superamento del dogma volontaristico, ma, al contrario, un sua più evoluta e coerente espressione"[21]: infatti, il ricorso alla nozione di affidamento per la tutela del contraente interessato alla conservazione

[19] COPPI G., *op. cit.*, pg. 6 ss.
[20] PELLICANÒ A., *La presupposizione cit.*, pg. 1637
[21] Cfr. BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.*, pg. 333

del vincolo si risolve comunque nella considerazione delle intenzioni delle parti e, dunque, affronta la tematica della presupposizione in termini volontaristici[22].

Nel continuo tentativo di sganciare l'istituto della presupposizione da considerazioni meramente soggettive e volontaristiche, la dottrina tedesca più recente opera la nota distinzione tra una *subjective Geschäftsgrundlage* e una *objective Geschäftsgrundlage*[23]: la prima espressione indica l'insieme di quelle rappresentazioni mentali o aspettative comuni dei contraenti che hanno determinatole parti a concludere un contratto; la seconda è, al contrario, ogni circostanza essenziale per l'economia dell'affare, la cui eventuale assenza compromette la realizzazione dello scopo del contratto e delle intenzioni dei contraenti.

In conclusione, è possibile affermare che la dottrina di lingua tedesca, dopo aver preso le mosse da presupposti tipici della concezione

---

[22] Oltre a Windscheid e Oertmann, molti altri insigni giuristi tedeschi si sono occupati del tema della presupposizione; esula dal fine del presente lavoro descrivere ogni singola posizione espressa dalla pandettistica. E' opportuno richiamare brevemente il pensiero di Kruckmann, il quale afferma che il contemperamento tra i diversi interessi delle parti può essere realizzato attraverso il ricorso al principio di buona fede nell'interpretazione del contratto che permetterebbe di individuare nel contenuto del regolamento negoziale l'eventuale esistenza di una riserva implicita con la quale il dichiarante subordina la vincolatività del contratto all'effettiva esistenza o al permanere della circostanza presupposta. La mancata contestazione di tale riserva da parte dell'altro contraente, continua Krukmann, significherebbe accettazione della riserva stessa e quindi la possibilità di giustificare un sacrificio delle sue aspettative nel caso risulti inesistente o venga meno la circostanza presupposta. Per un approfondimento sul punto vedi COPPI G., *op. cit.*, pg. 7 ss.

[23] Vedi PELLICANÒ A., *op. cit.*, pg. 1638 ss., che riporta la tesi di Larenz; secondo tale autore, la *subjective Geschäftsgrundlage* consiste nella rappresentazione comune dei contraenti, da cui entrambi si sono lasciati dirigere nella determinazione del contenuto contrattuale, mentre per quanto concerne la *objective Geschäftsgrundlage*, la base negoziale è fondata dal complesso delle circostanze, la cui esistenza o conservazione è un presupposto conforme allo spirito del regolamento negoziale – ne abbiano o meno coscienza le parti – perché altrimenti lo scopo del contratto, l'intenzione delle parti, non può realizzarsi.

volontaristica del negozio giuridico, abbia cercato di trovare il fondamento giuridico della figura della presupposizione facendo riferimento a linee capaci di contemperare secondo criteri oggettivi le contrapposte posizioni delle parti contrattuali, evitando da un parte una eccessiva valorizzazione delle motivazioni soggettive di un contraente dall'altra parte la drastica affermazione dell'irrilevanza assoluta dei motivi, pur non esplicitati, che abbiano costituito il presupposto comune del regolamento negoziale.

Dopo avere esposto brevemente e senza alcun intento di completezza alcuni dei risultati cui è approdata la dottrina tedesca in tema di presupposizione, è necessario esporre brevemente le tesi sostenute dalla insigne dottrina italiana che si è occupata della problematica in questione[24]. In un primo momento, anche la dottrina interna, così come quella tedesca, ha affrontato la tematica in esame affermando tesi soggettivistiche; successivamente, però, l'attenzione dei giuristi nostrani si è spostata su tesi oggettive, avvicinando di volta in volta l'istituto della presupposizione a figure codificate all'interno del nostro ordinamento[25].

---

[24] Per una esposizione completa e critica delle tesi dottrinarie sulla presupposizione vedi CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale cit.*, MANTELLO M, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale cit.*

[25] PELLICANÒ A., *La presupposizione cit,* pg. 1638 ss. riporta le posizioni dei più insigni giuristi italiani sul tema della presupposizione, a partire da Battistoni, Giorgianni e Gorla, fino alle tesi di Bessone, Branca e Barcellona. BARBERA L., *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali,* in TOMASSINI R. (a cura di), Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale, Giappichelli, Torino, 2003, pg. 277 ss. osserva come i giuristi favorevoli ad ammettere la figura della presupposizione , la giustificavano seguendo differenti motivazioni: "alcuni si basava sulla teoria del Windscheid, altri la collegavano alla clausola *rebus sic stanti bus* (…), altri facevano ricorso ad istanze equitative (…) altri richiamavano il concetto di causa (…)" (pg. 299)

Preliminarmente, occorre osservare che parte della dottrina, sia sotto il vigore della normativa previgente che dopo l'introduzione dell'attuale codice civile, era ostile a riconoscere giuridica rilevanza all'istituto della presupposizione all'interno dell'ordinamento interno; tale posizione veniva giustificata sulla base della irrilevanza dei motivi nel sistema codici stico e sul timore di rendere instabili i traffici giuridici[26]. Tale orientamento è stato sottoposto a varie critiche da parte della dottrina la quale, da un lato, ha ritenuto in qualche misura eccessivo l'ostruzionismo riservato alla rilevanza dei motivi, dall'altro lato, ha fortemente rivalutato — riconoscendone appunto la rilevanza giuridica — l'istituto della presupposizione.

Ritenendo di dovere aderire alla posizione favorevole al riconoscimento della figura in esame, poiché la stessa assume un particolare rilievo nell'ambito della problematica delle sopravvenienze, e non confligge con il principio dell'irrilevanza dei motivi soggettivi, avendo la stessa una rilevanza oggettiva – come si cercherà di dimostrare nel proseguo del presente lavoro – occorre illustrare brevemente le principali tesi dottrinarie sul tema. Partendo dalle conclusione raggiunte dalla dottrina tedesca sul tema, i giuristi italiani hanno sostenuto tesi soggettivistiche con riferimento ala presupposizione, accostandola dapprima ai motivi inespressi, poi all'errore.

[26] Vedi BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.*, pg. 334, che in nota riporta il pensiero di Astolfi, Scuto, Carrara e altri, tutti inclini a non riconoscere giuridica rilevanza all'istituto in esame. Con riferimento alla dottrina più recente vedi BELFIORE A., *La presupposizione*

In primo luogo, la presupposizione è stata inquadrata come errore sul motivo[27]. La presupposizione viene definita da tale dottrina come "una falsa rappresentazione della realtà, presente, passata o futura, rispetto al momento in cui viene posta in essere la dichiarazione di volontà e determinante sulla formazione di essa"[28]; inoltre, sia la mancanza originaria che la mancanza successiva della circostanza assunta come presupposto sono trattate come un unico problema, dal momento che la tematica della presupposizione viene sganciata dalla materia delle sopravvenienze[29]. Pertanto, la falsa rappresentazione della circostanza presupposta viene inquadrata da tale dottrina come un errore sui motivi, che comporta lo scioglimento del vincolo contrattuale per il venire meno dell'interesse posto alla base dello stesso. In particolare, la presupposizione rappresenterebbe un'ipotesi eccezionale di rilevanza dei motivi all'interno del nostro ordinamento ed il consequenziale rimedio viene individuato nell'annullamento del negozio giuridico[30].

---

[27] MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in Rivista di diritto civile, 1958, pg. 69 ss.; MARTORANO F., *Motivo inespresso - Irrilevanza dei motivi e presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1959, I, 1, pg. 329 ss.

[28] MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti cit.*, pg. 70

[29] Per un approfondimento vedi CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale cit.* pg. 331 ss. MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti cit* precisa che "è la modificazione della realtà base del contratto (…) successiva alla formazione di esso e determinata da eventi che, per il loro carattere straordinario e imprevedibile non permettono di configurare esistente, all'atto della conclusione del negozio, un'aspettativa del permanere di quella realtà che consenta di tradurre in termini psicologici l'influenza della stessa sulla volontà del soggetto" (pg. 70)

[30] Nel riportare il pensiero di Martorano, CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale cit.* pg. 334 ss. osserva come, "ricostruito il fondamento dommatico della presupposizione sul piano della rilevanza eccezionale dell'errore sul motivo, l'applicazione del rimedio dell'annullamento non troverebbe più alcun ostacolo nelle condizioni legali che ne consentono l'accesso: non in quella che prescrive il carattere essenziale dell'errore, perché nei casi prospettati non è dubitabile che il dichiarante non avrebbe concluso il contratto se avesse esattamente conosciuto la realtà; e nemmeno in quella che prescrive la riconoscibilità dell'errore, perché negli stessi casi non è dubitabile che l'altro contraente non solo ha riconosciuto, ma ha

Tale ricostruzione non merita accoglimento ed è stata criticata dalla dottrina successiva, che – come si illustrerà nel proseguo del lavoro – ha inquadrato l'istituto in un ottica oggettiva. In primo luogo, si è osservato come sia ontologicamente scorretto equiparare la presupposizione al motivo: mentre la prima è una circostanza obiettiva, che non appartiene al processo psichico del soggetto, ma alla realtà fattuale, il motivo è un elemento riconducibile alla sfera psichica del soggetto, determinante per la sua volontà[31]. In secondo luogo, si contesta la possibilità di ricondurre la figura in esame alla nozione di errore: l'ordinamento, infatti, attribuisce rilevanza esclusivamente ad alcune rappresentazioni erronee, a non a tutte; in particolare, il sistema codicistico tutela i motivi individuali nella misura in cui gli stessi sono inseriti all'interno dell'autoregolamentazione e sono assunti ad oggetto dello stesso. Pertanto, appare configgente con l'ordinamento equiparare l'ignoranza delle circostanze presupposte ovvero l'errore relativo alle circostanze esterne dello stesso con l'errore relativo al contenuto precettivo del negozio giuridico, il solo che comporta conseguenze in termini di annullamento[32]. Infine, viene criticata l'equiparazione in termini di rimedi tra due fattispecie così differenti quali la falsa presupposizione e la sopravvenuta mancanza del presupposto: essendo le stesse due ipotesi ontologicamente differenti, le stesse non possono produrre i medesimi effetti sul regolamento contrattuale.

---

tenuto conto dell'erronea motivazione del dichiarante nella determinazione del contenuto del contratto"

[31] In tal senso vedi trai molti BARBERA L., *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, pg. 304 ss.

[32] In tal senso vedi CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale cit.* pg. 331 ss.

Presenta caratteri di affinità con la dottrina suesposta la tesi che ricostruisce la presupposizione in termini di errore comune bilaterale[33]; tale errore si differenzierebbe da quello sul motivo predicato dalla precedente tesi, poiché l'errore comune si identifica nella falsa rappresentazione del conflitto di interessi composto dalla regolamentazione contrattuale. In particolare, dal punto di vista soggettivo due sono le situazioni astrattamente configurabili: qualora solo una delle due parti si inganni nel ritenere esistente una realtà fattuale idonea a giustificare il conflitto di interessi, si ha errore unilaterale, e il contratto è annullabile; se, invece, la falsa rappresentazione sia riconducibile ad entrambi le parti, è configurabile la fattispecie di presupposizione quale errore comune bilaterale[34].

La rilevanza del motivo comune è giustificata alla luce dell'art. 1345 c.c. e si differenzia dal semplice motivo individuale. I sostenitori della ricostruzione suesposta differenziano la falsa presupposizione dalla sopravvenuta carenza del presupposto la quale, facendo venire meno il conflitto di interessi posto alla base del contratto, influisce sull'efficacia del negozio; in particolare, il rimedio proposto è la risoluzione ovvero la caducità del contratto attraverso una clausola risolutiva implicita, giustificabile alla luce di un'interpretazione del contratto in buona fede[35].

Anche tale teoria è stata criticata da insigne dottrina, di cui si condivide la visione; innanzitutto, vengono ribadite le osservazioni già

---

[33] In tal senso vedi PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico,* Cedam, Padova, 1963; PIETROBON V., *La presupposizione,* in Quadrimestre, 1987, pg. 590 ss.
[34] Per un approfondimento vedi BARBERA L., *op. cit.*, pg. 306 ss.
[35] MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti cit.*

svolte per confutare la tesi che definisce la presupposizione come un errore sui motivi. Inoltre, si aggiunge che appare particolarmente complesso assimilare l'errore di previsione all'errore essenziale *ex* art. 1429 c.c.: differenti, infatti, sono le *rationes* sottese alla disciplina dell'errore e delle sopravvenienze; la prima, infatti, tutela la corrispondenza tra il processo volitivo e la dichiarazione negoziale, mentre le seconde riguardano la gestione del rischio e la sua distribuzione tra le parti. Infine, si osserva come sia logicamente difficile parlare di errore di previsione[36]: non è, infatti, possibile parlare di errore con riferimento ad un evento futuro che al momento della dichiarazione di volontà non esiste.

3. Segni di superamento delle teorie soggettivistiche

Negli ultimi decenni, la tematica della presupposizione è stata studiata su basi profondamente diverse rispetto all'orientamento tradizionale e alle varie concezioni volontaristiche che, in un modo o nell'altro, facevano riferimento ad una ipotetica volontà delle parti; a queste posizioni si sono sostituiti nuovi criteri di giudizio basati su parametri oggettivi di valutazione delle circostanze che turbano l'economia del negozio[37]. In tale prospettiva possono essere collocate sia

[36] Vedi AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale cit.*, pg. 343 ss.

[37] Cass. 9 febbraio 1985 n. 1064, con nota di SCOGNAMIGLIO C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in Rivista commerciale, 1985, II, pg. 130 ss. la Cassazione ha affermato che "la categoria della presupposizione va riconosciuta solo in una accezione del tutto spogliata dalla sua originaria impronta soggettivistica, vale a dire e` un certo qual strumento oggettivo di interpretazione e di controllo della validità ed efficacia dei contratti che, prescindendo totalmente dalle motivazioni soggettive, si ispira al criterio dell'equilibrio delle prestazioni e della ripartizione del rischio, in presenza di una situazione di fatto che sembra sconvolgere le pattuizioni concordate fra le parti"

le teorie di coloro che sono favorevoli ad inserire la tematica della presupposizione nel più generale problema del difetto della causa del contratto sia coloro i quali affrontano l'intera questione della sopravvenienza in termini di ripartizione dei rischi tra i contraenti[38].

Con riferimento al primo di questi diversi orientamenti è possibile individuare due distinte correnti di pensiero circa le conseguenze giuridiche derivanti dall'esistenza di un vizio della causa del contratto: la prima impostazione, sostenuta in particolare dalla giurisprudenza – che si analizzerà nel prossimo paragrafo – afferma che il venir meno della presupposizione determina la nullità del contratto[39]; la seconda impostazione sostiene, invece, che in caso di presupposizione il contratto posto in essere è inefficace non potendo più realizzare la funzione concreta per cui è stato posto in essere[40].

Per quanto concerne la prima delle richiamate ricostruzioni, quella favorevole alla nullità del contratto, occorre distinguere il fenomeno della falsa presupposizione da quello della successiva mancanza della base negoziale: esclusivamente quando al momento della conclusione del contratto difetti la situazione presupposta è possibile individuare quale rimedio la nullità del contratto per difetto di causa[41].

---

[38] Vedi in particolare le posizioni di CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto,* Giuffrè, Milano, 1966; BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto,* in Giurisprudenza italiana, 1978, 11, pt. 4, pg. 97 ss.; BESSONE M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windschield e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza,* in Il foro italiano, 1978, 11, pt. V, pg. 281 ss.

[39] Vedi Cass. 17 maggio 1976 n. 1738, con nota di CASSOTTANA M., *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza cit.*

[40] CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto cit.*, pg. 231 ss.

[41] Cass. 17 maggio 1976 n. 1738 *cit.* afferma che solamente nella descritta fattispecie "la mancanza del sinallagma genetico impedisce la creazione del *vinculum iuris* per difetto originario di causa: questa infatti costituisce uno dei requisiti essenziali indicati dall'art. 1325, la cui mancanza produce la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 2"

Al contrario, la tutela esperibile da parte del contraente danneggiato dal venire meno della situazione presupposta successivamente alla conclusione dell'accordo deve essere individuata nella risoluzione del rapporto per causa non imputabile alle parti.

La descritta teoria merita condivisione nella parte in cui distingue le due ipotesi di falsa presupposizione e del successivo venir meno del presupposto; tuttavia, la scelta dei rimedi applicabili appare particolarmente rigorosa e non completamente idonea a tutelare gli interessi delle parti, come si esporrà in seguito. Al momento è sufficiente affermare come il rimedio della nullità venga da alcuni autori esteso anche all'ipotesi del successivo venir meno della base negoziale: tale ricostruzione non può essere condivisa, dal momento che tale invalidità attiene esclusivamente ad anomalie originarie, esistenti fin dalla conclusione del contratto, e non anche ad eventi successivi[42].

Con riferimento alla seconda delle richiamate ricostruzioni, essa è stata sostenuta da autorevole dottrina; se ne riporteranno i passaggi salienti, senza ambizioni di completezza[43]. Preliminarmente, la richiamata ricostruzione delimita l'ambito applicativo dell'istituto della presupposizione, riconducendo la fattispecie alla problematica delle sopravvenienze. In primo luogo, è necessaria l'esistenza di un accordo da parte dei contraenti in ordine alla sussistenza o alla sopravvenienza della circostanza presupposta. In secondo luogo, ai fini della sussistenza della figura in esame, si richiede che alla suddetta enunciativa possa

[42] CATAUDELLA A., *op. cit.*,pg. 326, alla luce della sua ricostruzione che andremo a descrivere nell'immediato proseguo del presente lavoro osserva che "in tutte le ipotesi di non conformità della funzione concreta alla funzione astratta, non si presenta un problema di invalidità bensì di inefficacia"

[43] Per una disamina più completa vedi CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 358 ss.

attribuirsi valore dispositivo, nel senso che la stessa deve determinare almeno parzialmente il contenuto negoziale[44]. In terzo luogo, la mancanza del presupposto assume rilievo solo se conduce ad un'alterazione dell'equilibrio contrattuale[45].

Ciò premesso in ordine alla delimitazione dell'istituto della presupposizione, la dottrina in esame individua nel rimedio dell'inefficacia lo strumento maggiormente idoneo a tutelare gli interessi delle parti. In particolare, inquadrando la problematica nell'ambito del controllo dello scambio e della reazione ad eventuali alterazioni dell'originario assetto, si individuano all'interno dell'ordinamento istituti tesi a tutelare l'equilibrio contrattuale, quali la rescissione del contratto e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Nelle ipotesi disciplinate dalle menzionate fattispecie, l'ordinamento rileva una discrepanza tra funzione astratta e funzione concreta del regolamento negoziale e reagisce con il rimedio dell'inefficacia. Dal momento che la medesima situazione di scompenso tra situazione astratta e concreta si verifica quando le parti si determinano alla conclusione dell'accordo presupponendo circostanze che non esistono o

---

[44] CATAUDELLA A., *op. cit.*, pg. 280 ss. osserva come sia necessaria un'enunciativa avente ad oggetto un presupposto il quale, oltre ad essere condiviso dai contraenti, determini almeno parzialmente la struttura del regolamento, costituendo la comune base di valutazione dello stesso.

[45] CATAUDELLA A., *op. ult. cit.*,pg. 360 ss. osserva che ai fini della configurazione della presupposizione è necessaria l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e non la frustrazione del conseguimento di scopi ulteriori da parte dei contraenti. Lo stesso Autore aggiunge, però, che "sul piano naturalistico la distinzione è tutt'altro che evidente, in quanto l'alterazione dell'equilibrio tra le prestazioni corrisponde sempre la frustrazione dello scopo del contraente di ottenere un vantaggio che si ponga in una determinata proporzione con il sacrificio sostenuto; mentre l mancato perseguimento dello scopo corrisponde sempre l'alterazione della proporzione tra le prestazioni, quale il contraente se l'era rappresentata"

che non si verificano, il rimedio applicabile deve essere individuato nell'inefficacia del contratto[46].

In conclusione, secondo l'orientamento in esame se il contratto non può in concreto realizzare la propria funzione, la tutela apprestata dall'ordinamento per far fronte a tale situazione deve essere individuata nella inefficacia del contratto e non in quella della nullità.

Anche questo insegnamento, tuttavia, non è rimasto immune da rilievi critici[47]. Preliminarmente, si osserva come la delimitazione dell'ambito applicativo della figura in esame appare troppo rigoroso: in presenza delle caratteristiche richieste (enunciativa avente carattere dispositivo e avente ad oggetto il presupposto, incidenza sull'equilibrio contrattuale in caso di mancanza del presupposto), infatti, sembra che ogni aspetto critico possa essere risolto in via interpretativa, con strumenti di tutela già presenti all'interno dell'ordinamento[48]. Inoltre, è stato obiettato che da un punto di vista teorico l'inefficacia assoluta non può mai avere un carattere perpetuo poichè, se così fosse, tale rimedio equivarrebbe alla nullità; al contrario, l'inefficacia ha un carattere provvisorio ed indica la temporanea improduttività degli effetti giuridici del regolamento negoziale posto in essere. Orbene, da queste

---

[46] CATAUDELLA A., *op. ult. cit.*,pg. 330 ss.

[47] Per i rilievi critici vedi CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 369 ss.; COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza,* pg. 18 ss.

[48] CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 361 osserva: "se veramente le parti avessero inserito una clausola relativa al presupposto e di carattere dispositivo, l'unico problema che si porrebbe sarebbe quello di definire in via interpretativa tale carattere dispositivo, e precisamente: o nel senso di una clausola condizionale, o nel senso di una clausola che definisce profili o qualità dell'oggetto della prestazione, o modalità di quest'ultima. Sicchè nel primo caso sarebbe operativa la disciplina della condizione, e nel secondo quella dell'inadempimento e si sarebbe comunque fuori dal problema della presupposizione, perché la circostanza ha trovato considerazione nello stesso regolamento contrattuale"

considerazioni si deduce che l'eccezione di inefficacia in numerosi casi, rischia di non soddisfare le esigenze dei privati, i quali potrebbero avere interesse a rimuovere l'atto attraverso la sua invalidazione[49]. Infine, parte della dottrina critica l'accostamento tra l'istituto della rescissione e quello della risoluzione per eccessiva onerosità per individuare l'espressione di un medesimo principio di diritto in tema di reazione dell'ordinamento nell'ipotesi di sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni contrattuali. Ad eccezione del fatto che entrambi gli istituti richiamati individuano fattispecie di scioglimento del vincolo contrattuale, gli stessi rispondono a differenti *rationes* e non possono essere accostati quale espressione di una regola generale. Infatti, mentre la rescissione rappresenta una reazione ad un'anomalia riscontrabile nel procedimento formativo del contratto, l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità risponde ad una logica diversa, quella della disciplina delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, accordando al contraente svantaggiato il rimedio della risoluzione del vincolo negoziale[50].

Come precedentemente esposto, nell'ambito del processo di oggettivizzazione dell'istituto della presupposizione è individuabile la corrente di pensiero che concepisce l'intera problematica della sopravvenienza in termini di distribuzione e amministrazione dei rischi contrattuali[51]. Alla luce di questa ricostruzione, ogni contratto deve essere qualificato come un progetto economico caratterizzato da "un

---

[49] COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi* pg. 19

[50] Vedi CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 371 ss.

[51] Tale teoria è stata sostenuta da BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto cit*; BESSONE M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windschield e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza cit.*, BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.;* BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969

reciproco accollo di rischi e di obblighi, l'equilibrio di essi e una correlativa distribuzione dei costi"[52]. Alcuni rischi costituiscono l'essenza del tipo contrattuale prescelto dai contraenti, e formano oggetto di un controllo preventivo da parte degli stessi; altri, non prevedibili ed ulteriori, che incidono sull'equilibrio programmato, sono alla base dell'istituto della presupposizione. Attraverso una rivisitazione del concetto di causa ed un'esaltazione del concetto di buona fede come soluzione più efficiente per definire quale sia il contraente che deve sopportare il rischio contrattuale derivante dalla verificazione di quelle circostanze contrarie ai presupposti negoziali che hanno turbato l'economia del contratto, la richiamata dottrina giunge a richiedere la necessità di un giudizio sull'esigibilità o meno della prestazione da parte dell'obbligato[53]. Qualora questo giudizio, condotto alla stregua dei parametri della diligenza e della buona fede, dia esito negativo, nel senso che la prestazione sia divenuta inesigibile in quanto l'alterazione dell'equilibrio contrattuale ha stravolto l'originario assetto di interessi programmato dalle parti, l'unico rimedio esperibile appare quello della risoluzione del contratto.

Tale ricostruzione, sebbene abbia ricevuto apprezzamenti positivi sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, avendo definitivamente sganciato la tematica della presupposizione dalle concezioni soggettivistiche, ha comunque ricevuto delle critiche soprattutto con riferimento alla valorizzazione della clausola di buona fede. In particolare, è stato evidenziato come sia particolarmente

---

[52] BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale cit.*, pg. 273

[53] Per un approfondimento vedi BARBERA L., *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali cit.*, pg. 312 ss.; CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 382 ss.

complesso risolvere la problematica in esame facendo riferimenti a clausole generali eccessivamente vaghe e sfuggenti[54]

4. Gli orientamenti giurisprudenziali tradizionali in tema di presupposizione

Oltre alla dottrina, anche la giurisprudenza si è occupata della problematica in esame, e a partire dai primi decenni del ventesimo secolo, svariate pronunce si sono succedute in tema di presupposizione, sposando di volta in volta le differenti ricostruzioni. Si proverà a ripercorre i vari orientamenti giurisprudenziali, così come nei precedenti paragrafi si sono brevemente ricostruite le dottrine che si sono occupate della controversa figura.

Preliminarmente, si osserva come l'evoluzione ermeneutica dell'istituto è stata talmente travagliata da indurre la migliore dottrina a definire lo stesso termine "presupposizione" come "espressione sintetica, che è stata di volta in volta riferita a diverse teorie e ad orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel tempo per risolvere i problemi posti dal verificarsi di circostanze incoerenti con il contenuto del contratto"[55]. In altri termini, si sottolinea come da parte dei giudici di legittimità (e non solo) sia stato compiuto un vero e proprio "sforzo creativo"[56] teso ad inquadrare l'istituto nel sistema italiano, a partire da un'epoca in cui

---

[54] In tal senso GALLO P. , *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto cit.*, pg. 311 ss., secondo cui "La regola della buona fede costituisce però un qualche cosa di eccessivamente vago, un contenitore nel quale è possibile far confluire gli istituti più disparati come del resto insegna la stessa esperienza tedesca dove le applicazioni di questo principio sono molteplici. Non pare quindi che neppure il mero riferimento alla buona fede sia esaustivo"

[55] BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.*, pg. 326.

[56] PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale,* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* 1983, 2, pg. 735.

parte della dottrina ne contestava addirittura la cittadinanza nel nostro ordinamento.

Per una ricostruzione non certo esaustiva, ma indicativa dei tratti di sviluppo più importanti, è dunque necessario partire proprio dall'epoca più datata, vale a dire quella precedente all'entrata in vigore del Codice Civile; risalgono a tale periodo, infatti, le prime attribuzioni di rilevanza alla presupposizione. In particolare la massima di riferimento, datata 1932, va a definire l'istituto "quella circostanza od evento, che, sebbene non svolto, costituisce pur sempre parte od elemento del contenuto volitivo, circoscrivendone l'efficacia"[57].

Intorno a tale principio prendono vita già in quegli anni alcuni orientamenti tra loro in contrasto. Da un lato, infatti, non mancano pronunce che negano *in toto* la rilevanza della teorica della presupposizione "per cui in ogni contratto dovrebbe ritenersi sottintesa la clausola *rebus sic stantibus*"[58]. Alla base di tale orientamento, una forte preoccupazione di indebolimento dell'obbligo di buona fede, che invece andrebbe preservato come presidio dell'esecuzione dei contratti. Dall'altro lato, e in contrapposizione a tali letture, si consolida l'indirizzo pretorio secondo il quale la presupposizione trova fondamento nell'esperienza giuridica italiana, e in particolare si basa "sopra uno stato di fatto esistente all'atto del contratto e riconoscibile esternamente che, in via di interpretazione del contratto, sia può ritenere

[57] C. Cass., 15 Febbraio 1932 n. 352 del, in *Massimario del Foro Italiano*, 1932, c. 116.
[58] C. Cass., 29 Luglio 1938 n. 3088, in *Foro italiano*, con nota di FERRARA L., *Accenni sulla "presupposizione"*.

sia stato tenuto presente da entrambi i contraenti nella formazione del consenso, come cosa certa e necessaria"[59].

Sull'onda di tali pronunce, i giudici di merito e di legittimità dell'epoca elaborano alcuni indirizzi, su cui influirà pesantemente la riforma del 1942, portatrice del nuovo e tuttora vigente codice civile, che consoliderà definitivamente "il riconoscimento giurisprudenziale dell'operatività nel nostro ordinamento dei principi riassunti nella formula presupposizione"[60]. Per dare un'idea del raffronto tra la normativa previgente e quella scaturita dalla novella, appare utile richiamare una sentenza di Cassazione che, in applicazione della teorica della presupposizione, cassa una pronuncia d'appello che aveva negato la revisione del corrispettivo di una fornitura richiesta per l'aumento dei costi di produzione.

A parte la questione di fatto, l'importanza della pronuncia in esame sta nel soffermarsi nel sistema riferito al codice del 1865, che finiva per ammettere la possibilità di una revisione contrattuale per eventi sopravvenuti in virtù "dei limiti imposti dall'equità, riconosciuta dalla legge quale fonte integrativa del contratto". Individuata in questo modo la "comune intenzione delle parti", si apriva la possibilità, ai sensi dell'art. 1124 c.c., "di una revisione diretta a ristabilire il venuto meno equilibrio"[61]. La Cassazione, tuttavia, oltre a richiamarsi al passato, sottolinea anche "che la questione della clausola *rebus sic stantibus* è venuta meno grazie al codice del 1942"[62], che introducendo la normativa

[59] C. Cass., 19 Gennaio 1937 n. 141, in *Massimario del Foro Italiano*, 1937, c. 35.
[60] BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit*, pg. 334.
[61] Cass. 13 luglio 1942 n. 1984, in *Giurisprudenza italiana*, 1942, I, 1, c. 606.
[62] PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, cit., pg. 738.

sull'eccessiva onerosità sopravvenuta ha contribuito a orientare le ipotesi ricostruttive su altre e più vaste prospettive.

Ed è proprio dalla pronuncia del 1942 sopra richiamata che prendono le mosse i più importanti indirizzi ermeneutici in materia, che hanno costituito i filoni maggioritari e più influenti, fino al fondamentale *revirement* operato dalla Cassazione con la sentenza n. 12235 del 25 maggio 2007.

In primo luogo, un orientamento risalente al 1947 ravvisa nelle disposizioni sull'eccessiva onerosità sopravvenuta la fonte del regime applicabile anche qualora la circostanza sopravvenuta che turba l'adempimento contrattuale non sia un evento imprevedibile dalle parti, vale a dire quello previsto a rigore dalla fattispecie codicistica di cui all'art. 1467c.c.. E dunque, da un lato si è andati ad inquadrare il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità in termini di difetto funzionale della causa, dichiarando la nullità di un contratto, per esserne venuta meno la causa, nel caso "di un negozio avente ad oggetto il pagamento di un premio concordato per eliminare o comunque attenuare la differenza fra il cambio ufficiale e quello reale del dollaro, funzione che era venuta meno con l'allineamento della lira"[63]; e dall'altro lato, si è continuato a riferire la presupposizione all'art. 1467 c.c. attraverso richiami incidentali, mantenendo una disposizione testamentaria a favore della moglie del *de cuius* nonostante l'annullamento del matrimonio[64].

---

[63] C. Cass. 15 Gennaio 1947, n. 32, in *Monitore dei tribunali*, 1947, pg. 35.

[64] C. Cass. 17 Ottobre 1947, n. 1619, in Giurisprudenza completa della Cassazione civile, 1947, III, pg. 354 ss., con nota di DE MARTINI P., *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*. In tema, cfr. anche SACCO R., *La presupposizione e l'art. 1467*, in Rivista di Diritto Commerciale, 1947, II, pg. 163 ss.

Si è, dunque, di fronte ad un orientamento, condiviso anche nei decenni successivi da diversi giudici di merito e di legittimità, che riconduce la presupposizione all'art. 1467 del codice civile, ipotizzando il rimedio della risoluzione del contratto, salvo poi sconfinare nella fattispecie del venir meno della causa negoziale, e dunque nella declaratoria di nullità dell'accordo. "L'eco delle connessioni dogmatiche tra presupposizione e causa del contratto"[65], inoltre, è riscontrabile anche in altre pronunce, laddove proprio la causa è stata ritenuta il fondamento giuridico della presupposizione, e di conseguenza è stata dichiarata nulla la permuta di aree fabbricabili fra un privato e un comune, perché subito dopo l'atto era mutata la destinazione dell'area acquistata dal privato, e impedita la sua utilizzazione per fini edilizi[66].

In secondo luogo, alcuni indirizzi giurisprudenziali, in tema di presupposizione, optano per una ricostruzione dell'istituto in riferimento alla tematica dell'errore di cui agli artt. 1427 ss. c.c. Tale lettura, temporalmente concentrata tra gli anni '40 e 50' del secolo scorso, si richiama alla presupposizione teorizzando il rimedio dell'invalidità del contratto (nella forma dell'annullamento), e arriva a dichiararla per l'esistenza di circostanze che rendevano irrealizzabile o comunque realizzabile a lunghissima durata il fine per il quale l'acquirente di un bene si era indotto a contrarre, noto all'altra parte[67].

---

[65] BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit*, pg. 334.

[66] Cass. 17 maggio 1976 n. 1738, in Rivista di Diritto Commerciale, 1977, II, pg. 341 ss.

[67] I casi giurisprudenziali più rilevanti riferibili a questa ricostruzione ermeneutica, citati e riassunti da PEREGO E., *La presupposizione*, op. cit., pg. 739, sono Cass. 31 Luglio 1941, n. 2507, e Cass. 8 Giugno 1948, n. 864, in *Giurisprudenza italiana*, 1949, I, 1, c. 174. Oltre a tali sentenze, è interessante consultare in materia alcune pronunce di merito, attinenti al tema dei contratti di lavoro, raccolti da BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit*, pg. 334. Cfr. in particolare: Trib. Milano 11 Ottobre 1948, in *Foro italiano*, 1948, I, 994; Trib. Torino 3 Marzo 1948, in

In terzo luogo, una delle tesi ricostruttive più ricorrenti in giurisprudenza concepisce la presupposizione in analogia con la condizione tacita (o implicita), riferendosi alla categoria concettuale, teorizzata dal Windscheid, della limitazione della volontà dei contraenti. Stiamo, dunque, seguendo l'*iter* argomentativo di una delle pronunce più significative di questo indirizzo[68], ad una diversa articolazione dell'istituto in esame, che ricorre "quando una determinata situazione di fatto, comune ad entrambi i contraenti, il cui verificarsi sia indipendente dalla volontà degli stessi ed avente perciò carattere obiettivo, desumibile dal contesto del negozio e che le parti hanno tenuto presente pur in mancanza di un esplicito riferimento (…), risulti in definitiva difforme da quella che era stata presupposta". Inevitabile, secondo tale lettura, il riferimento all'istituto della condizione contrattuale, che infatti viene subito specificato equiparando la presupposizione, nel modo di operare, "ad una condizione che deve ritenersi implicita in ogni contratto", e che quindi opera come "autolimitazione degli effetti giuridici del negozio" e conduce, in caso di difformità da quanto voluto, inevitabilmente e "con effetto *ex tunc* (al) la risoluzione del contratto"[69].

Tuttavia, l'accostamento non può tradursi in una vera e propria analogia, in quanto l'elemento addotto dalle parti a base negoziale, a differenza che nella condizione "ordinaria", non assume il carattere dell'incertezza. Al contrario le parti "vi fanno affidamento perché ritengono che si sia verificato o si verificherà, o che non si sia verificato

---

Giurisprudenza Italiana, 1948, I, 2, 345, con nota di PERETTI GRIVA D.R., *Limiti di subordinazione e risoluzione del rapporto giornalistico.*

[68] Cass. Sez. III, 17 Settembre 1970, n. 1512, con nota di ROPPO E., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1972, I, pg. 211 ss.

[69] C. Cass. Sez. III, 17 Settembre 1970, n. 1512, cit.

o non si verificherà". E dunque, anche se non espressamente formulata, la presupposizione andrà ricavata per implicito dalla interpretazione della volontà delle parti, in relazione alle finalità che queste si propongono di realizzare con la stipula del contratto.

L'ultimo indirizzo sopra richiamato, che costituisce anche in termini di numero di pronunce la lettura più accreditata fino a tempi molto recenti, ha aperto la strada a diversi inquadramenti anche teorici dell'istituto della presupposizione, che costituiscono il coronamento del panorama frastagliato che fin qui si è tentato di riassumere, e allo stesso tempo la premessa per successivi sviluppi giurisprudenziali che hanno trovato spazio negli anni successivi.

Da un lato, infatti, c'è chi ha sottolineato come la teoria della presupposizione sia la manifestazione della necessità di una "integrazione del contratto" secondo i principi riconducibili alla buona fede. E dunque come essa sia, in riferimento al negozio, il mezzo per "arricchirne il contenuto, introdurvi elementi, disposizioni, precetti che la sua lettera non esprime, e che il giudice è legittimato a ricavare attraverso una appropriata applicazione della normativa di correttezza"[70]. Dall'altro lato, e in via più generale, non manca la voce di chi coglie i tratti unificanti delle teorie finora richiamate, tutte riferite all'interpretazione del contratto, sposando dunque una concezione volontaristica dell'istituto della presupposizione. Tale indirizzo, per così dire onnicomprensivo, prende le mosse dalla considerazione ovvia

[70] ROPPO E., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di "presupposizione"*, cit., pg. 220.

secondo cui "la radice logica della teoria della presupposizione debba essere ricercata, e ritrovata, nell'ambito della volontà dei contraenti"[71].

E proprio da quest'ambito è corretto partire, per individuare l'elemento presupposto, non esteriorizzato dalle parti, ma "dalle stesse circostanze oggettive presenti nel momento in cui (le loro) dichiarazioni sono state manifestate". In base a tali circostanze oggettive e alla loro interpretazione, sarà dunque il giudice di merito a poter condurre l'indagine "diretta all'individuazione di una presupposizione"[72], sottratto in tal senso nella sua indagine, "se immune da vizi logici o giuridici"[73], anche al sindacato del giudice di legittimità. In sostanza, facendo leva sul criterio ermeneutico della buona fede, al giudice si richiede di indagare sulle circostanze incompatibili con l'adempimento sulla base di "un supposto intento limitativo della volontà espressa"[74], inseguendo in ultima analisi "nulla più della giustizia del caso singolo"[75].

Le pronunce giurisprudenziali degli anni successivi possono essere lette in via di continuità con gli orientamenti più datati, in quanto in massima parte ripropongono argomenti e letture già entrate nella tradizione giuridica italiana.

Da un lato, infatti, alcune sentenze si rifanno alla figura giuridica della condizione, considerando la presupposizione come "condizione non sviluppata o inespressa"[76] e riferendosi agli orientamenti passati. Sempre

---

[71] GENTILI A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza,* nota a C. Cass., Sez. III, 9 Maggio 1981, n. 3074, in Giurisprudenza italiana, 1983, I, pg. 1737 ss.
[72] Così C. Cass. Sez. III, 9 Maggio 1981, n. 3074, cit.
[73] GENTILI A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza,* cit., pg. 1742.
[74] BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit*, pg. 335.
[75] GENTILI A., *Presupposizione*, cit., pg. 1743.
[76] C. Cass. Sez. II, 9 Novembre 1994, n. 9304. In tale pronuncia, si considera la presupposizione "configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti

in riferimento alle tesi precedentemente richiamate, è possibile riscontrare anche altre pronunce che attribuiscono rilevanza alla presupposizione in quanto "errata rappresentazione o previsione comune ad entrambe le parti, e relativa a una situazione o ad un evento praticamente importante per entrambe"[77].

Altri arresti giurisprudenziali ancora, facendo riferimento alla causa, hanno individuato nella teorica della presupposizione uno strumento di "riequilibrio delle posizioni dei contraenti"[78], sempre suffragato e custodito dal principio di buona fede. Da altre sentenze,

---

abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto, comune e determinante, della volontà negoziale, la mancanza del quale comporti la caducazione del contratto stesso, ancorchè a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non sia fatto espresso riferimento". Per il tratto saliente ai fini del taglio del nostro discorso della sentenza, vedi RICCIO A., *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto,* in *Contratto e impresa,* n. 1/2008, pg. 23.

[77] RICCIO A., *La presupposizione,* cit., pg. 24. Si tratta, in particolare, di un orientamento riconducibile a pronunce degli anni '50, tra le quali è necessario citare C. Cass. 24 Aprile 1952, in *Giurisprudenza Italiana,* 1952, I, 1, c. 894, e C. Cass. SS.UU., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Rivista Commerciale,* 1953, II, pg. 282. Le due pronunce, rispettivamente, hanno sancito che "la presupposizione ricorre quando una determinata situazione di diritto o di fatto costituisce il presupposto comune ad entrambi i contraenti, per modo che la considerazione di quella situazione forma parte della dichiarazione di volontà", e che "ove dal contenuto dell'atto risulti che le parti hanno inteso concludere il contratto solo nella presupposizione di una data situazione di fatto, e subordinatamente quindi all'esistenza di questa, tale previsione, lungi dal relegarsi nella sfera dei motivi interni, viene ad assurgere a presupposto della volontà negoziale; presupposto da cui la manifestazione del consenso resta dominata e influenzata, sì da portare, ove esso venga poi meno, la caducità stessa del contratto. Ma, perché di presupposizione possa parlarsi nel senso ora spiegato, è necessario che oggetto della comune previsione delle parti , in base alla quale si sono determinate a stipulare, sia stata una situazione di fatto il cui verificarsi, ove non risulta già esistente, sia peraltro del tutto indipendente dalla volontà di uno dei contraenti".

[78] Così Cass., 21 Luglio 1980, n. 4775, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1983, II, pg. 91. La Corte, in particolare, stabilisce che "il ricorso alla presupposizione intesa come circostanza assunta da entrambe le parti come base della contrattazione, è ammesso come ricerca del vero e completo contenuto del contratto, realizzandosi così, attraverso un'indagine della volontà e soprattutto della causa negoziale, alla luce del principio di buona fede, il riequilibrio delle posizioni dei contraenti di fronte al sopravvenuto accertamento della realtà, che sembra sconvolgere quanto espressamente convenuto".

infine, si rileva un'adesione "in blocco" alle tesi "di coloro che vedono nell'art. 1467 del codice civile una tipica applicazione della presupposizione di diritto[79].

E' dunque agevole osservare come tali orientamenti, che originariamente nascono come indirizzi in contrapposizione tra loro, progressivamente abbiano teso invece ad avvicinarsi, formando un indirizzo interpretativo consolidato e maggioritario. La pronuncia che meglio rappresenta questo stato dell'arte, destinato comunque ad essere sovvertito dalla stessa Cassazione l'anno dopo, è la sentenza n. 6631 del 24 marzo 2006[80].

Il caso di specie che s'intende richiamare, a testimonianza del consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali, riguardava la stipula di un contratto di affitto di un canale artificiale, con concessione ad un Consorzio del diritto di immettervi le proprie acque. Essendo avviato il giudizio dal mancato pagamento dei canoni da parte del conduttore, quest'ultimo oppose che il canale era divenuto inadeguato a

---

[79] Ci si riferisce, in primo luogo, alla già citata Cass. 9 Maggio 1981, n. 3074, in *Giurisprudenza Italiana,* 1983, I, 1, c. 1738, in cui si stabilisce che "il principio della presupposizione, introdotto nel nostro ordinamento in modo espresso ed in via generale dall'art. 1467 c.c., è presente allorquando una data situazione di fatto o di diritto sia stata considerata, anche senza espresso riferimento, nella formulazione del consenso da parte dei contraenti, purchè si tratti di presupposto obiettivo il cui verificarsi è del tutto indipendente dalla volontà di questi ultimi. L'orientamento in parola è confermato da Cass. Sez. II, 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giustizia Civile,* 1994, I, pg. 1982, con nota di D'ANGELO M., *Presupposizione e buona fede,* secondo cui "la rilevanza della presupposizione postula che una situazione di fatto considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del contratto, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse; per cui, nel caso che il mutamento della situazione presupposta sia ascrivibile alle parti, l'eliminazione del vincolo non può trovare giustificazione, né prospettando un conflitto con la volontà negoziale né adducendo il rispetto dei principi di correttezza e buona fede che presiedono all'interpretazione dei negozi giuridici".

[80] Cassazione, 24 marzo 2006, n. 6631, in I contratti, 2006, n. 12, pg. 1085 ss, con nota di AMBROSOLI M., *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*

recepire le acque, a causa di un'erosione del letto del fiume che "aveva determinato un dislivello di circa tre metri rispetto all'imboccatura del canale"[81]. I giudici di merito avevano risolto il caso in senso sfavorevole all'attore, giustificando la mancata corresponsione del canone con un'ipotesi di mutata condizione della realtà, a causa dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La Cassazione, pur non intaccando la decisione finale che rigettava le istanze dell'attore, va a sconfessarla in punto di diritto, in particolare sull'impossibilità. La Corte, infatti, ribadisce in tale pronuncia che il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta a carico del ricorrente deve derivare "da causa a lui non imputabile, cioè da una causa obiettiva estranea alla sua volontà, caso fortuito o forza maggiore". Tali categorie, secondo la lettura della Cassazione, non ricorrono nel caso concreto, atteso che l'abbassamento del letto fluviale non si traduce assolutamente in un impedimento assoluto, "tale cioè da non poter essere rimosso in alcun modo".

Al contrario, secondo i giudici di legittimità, nel caso di specie era da ravvisare un'ipotesi di presupposizione; essa, come tale, riconosce una situazione di fatto ritenuta come "presupposta" da entrambi i contraenti anche se non espressamente menzionata nell'atto negoziale, e dunque un mutamento di quella situazione comporta inevitabilmente la risoluzione del contratto, anche se per fatto non imputabile alle parti. Più che per gli aspetti definitori, la sentenza in parola riveste una grande importanza ai fini dell'individuazione del fondamento dell'istituto della presupposizione. Esso infatti, va inteso come "figura giuridica che si

[81] Così la ricostruzione di AMBROSOLI M., *op.ult.cit.*, pg. 1088

avvicina, da un lato, ad una particolare forma di condizione" implicita, "e dall'altro, alla stessa causa del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare"[82].

Siamo dunque ad una concezione "inclusiva", che va a riunire elementi caratterizzanti degli orientamenti precedenti, conduce al rimedio della risoluzione contrattuale ai sensi dell'art. 1467 del codice civile, e riporta al centro dell'indagine giudiziale sulla esistenza o meno della presupposizione l'interpretazione della volontà delle parti. Essa riveste un ruolo centrale in quanto compiuta "in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato", e dunque legittima il giudice a sindacarne il rilievo qualora "l'assetto che costoro hanno dato ai rispettivi interessi venga a trovarsi", per l'effetto dell'evento sopravvenuto, "a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale".

5. Gli ultimi arresti giurisprudenziali e i rimedi esperibili

Gli sviluppi giurisprudenziali più recenti in tema di presupposizione registrano, da parte della Corte di Cassazione, un significativo *revirement*. La Corte, infatti, attraverso la pronuncia n. 12235 del 25 maggio 2007, ha optato per una ricostruzione "rivoluzionaria" e completa dell'istituto, totalmente distaccata dagli orientamenti pressoché costanti della giurisprudenza precedente, che sostanzialmente finivano per ricondurla alla stessa "causa concreta del

[82] Cass. Sez. III, 24 marzo 2006, n. 6631, e Cass. 11 marzo 2006, n. 5390, entrambe in I contratti, 2006, n. 12, cit., pg. 1085 ss, con commento di AMBROSOLI M. *cit*.

contratto"[83]. La Cassazione, in particolare, "ha distinto la presupposizione dagli elementi essenziali e accidentali del contratto e ha individuato nel recesso, e non nella nullità o nella risoluzione, il rimedio a fronte dell'originaria o sopravvenuta mancanza dell'istituto"[84].

Il caso di specie si riferiva a una permuta, intervenuta tra una acciaieria e il Comune di Genova, il quale si era impegnato a fornire alla controparte un certo quantitativo di acqua, per soddisfare le sue esigenze industriali, ricevendo in cambio la cessione di un terreno. L'acqua avrebbe dovuto essere prelevata da un depuratore, il quale però a causa di scarichi abusivi non aveva potuto rifornire lo stabilimento industriale, con conseguente ricorso a fonti sostitutive e un enorme incremento delle spese in capo al Comune. A fronte della domanda giudiziale di quest'ultimo, avente ad oggetto la risoluzione del contratto fondata, alternativamente, sulla presupposizione o sulla eccessiva onerosità sopravvenuta, la Suprema Corte, confermando le pronunce di entrambi i gradi dei giudizi di merito, nega il ricorrere nella fattispecie in esame di tali istituti, accogliendo le istanze dell'acciaieria convenuta.

Ai fini del taglio del nostro discorso, è importante sottolineare come la Corte arrivi a tali conclusioni ricostruendo l'istituto della presupposizione "in modo del tutto nuovo rispetto alla tradizionale configurazione proposta dalla giurisprudenza"[85]. In particolare, il ragionamento della Corte prende in esame analiticamente ogni

---

[83] Cfr. Cass. 24 Marzo 2006, n. 6631, cit. In materia, come richiamato da RICCIO A., *La presupposizione*, cit., pg. 31, cfr. anche il saggio di ROLLI R. *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in Contratto e impresa, 2007, pg. 416 ss.

[84] AZZARI F., *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, commento a Cass. n. 12235/2007, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, pg. 1181 ss.

[85] FEDE A., *op.cit.*, pg. 215.

orientamento precedente, e fino ad allora fatto proprio dalla giurisprudenza, che legava la presupposizione a qualche elemento essenziale o accidentale del contratto, facendone discendere effetti diversi in termini di rimedi[86].

[86] Riportiamo, a fini di chiarezza, l'iter argomentativo svolto dalla Corte, all'interno del quale sono riscontrabili tutti i punti toccati nella presente trattazione. "Orbene, la presupposizione - vale anzitutto osservare - non è invero prevista da alcuna norma di legge, ma costituisce un principio dogmatico (di matrice tedesca) contestato da gran parte della dottrina, che vi ravvisa una condizione non sviluppata del negozio o un motivo non assurto a clausola condizionale, ma accolto in giurisprudenza anche di legittimità, ove viene costantemente definita come obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione - pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali - dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno o verificarsi è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde - integrandolo - all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro (v. Cass., 23/9/2004, n. 19144; Cass., 4/3/2002, n. 3052; Cass., 21/11/2001, n. 14629; Cass., 8/8/1995, n. 8689). Va al riguardo ulteriormente precisato che, come posto in rilievo da una parte della dottrina, la presupposizione costituisce in realtà un fenomeno articolato, cui vengono ricondotti fatti e circostanze sia di carattere obiettivo che valorizzati dalla volontà delle parti. A tale figura può riconoscersi invero significato pregnante solamente laddove se ne individui un autonomo e specifico rilievo, che valga a distinguerla dagli elementi - essenziali o accidentali - del contratto. A tale stregua deve pertanto escludersi 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., 8/5/2006, n. 10490). I cd. presupposti causali assumono infatti rilievo già sul piano dell'interesse che giustifica l'impegno contrattuale, e pertanto appunto la causa dello stesso. Ne consegue che il relativo difetto rileva in termini di invalidità del contratto (e su tale piano, diversamente che in passato, da una parte della dottrina viene ora propriamente ricondotto il classico esempio del balcone affittato per assistere alla sfilata del corteo, evento riconducibile all'interesse dalle parti concretamente inteso realizzare con la stipulazione del contratto e pertanto alla causa del medesimo, il cui mancato verificarsi depone, con la venuta meno della medesima, per la conseguente invalidità del negozio). Alla presupposizione non possono essere propriamente ricondotti nemmeno i cd. risultati dovuti, ed in particolare la qualità del bene, giacchè in tal caso gli stessi vengono a rientrare nel contenuto del contratto, il relativo difetto conseguentemente ridondando sul diverso piano dell'inadempimento.
La circostanza che il bene sia idoneo all'uso previsto dall'acquirente costituisce invero una qualità giuridica dell'oggetto, la cui mancanza se del caso (in quanto cioè trattisi di qualità dovuta) rileva sul piano dell'inesattezza della prestazione, e pertanto in termini di inadempimento (ad es. la perdita della qualità di edificabilità del terreno promesso in vendita per atto della P.A., con conseguente impossibilità della prestazione legittimante la risoluzione del contratto: cfr. Cass., 19/3/1981, n. 1635). Del pari distinta va tenuta l'ipotesi in cui i fatti e le circostanze presi in considerazione dalle parti vengano specificamente dedotti in contratto come condizione di efficacia,

In primo luogo, la Cassazione confuta l'orientamento giurisprudenziale che riconduce la presupposizione "al profilo causale, ricomprendendovi quei fatti e quelle circostanze che possono influenzare la realizzazione della causa concreta"[87]. Tale impostazione, resa possibile grazie a una particolare lettura della causa negoziale come interesse individuale emergente dall'operazione contrattuale, apriva al rimedio della nullità del contratto che fosse incappato in un evento sopravvenuto contrario proprio alla volontà presupposta delle parti. Tuttavia la Corte, nell'interpretazione dottrinaria, non recepisce più tale modello in quanto, nei casi riferibili alla presupposizione, non è dato

---

giacchè a parte il rilievo che non vi sarebbe altrimenti ragione di enucleare un'autonoma e differente figura, la presupposizione costituisce fenomeno oggettivamente diverso, trattandosi di ipotesi in cui i fatti e le circostanze giustappunto non vengono dalle parti specificamente dedotti in una clausola condizionale. Estranei alla presupposizione vanno a fortiori tenuti i motivi, quali meri impulsi psichici alla stipulazione concernenti interessi che, rimasti nella sfera volitiva interna della parte, esulano dal contenuto del contratto, laddove se obiettivati divengono viceversa interessi che il contratto è funzionalizzato a realizzare, concorrendo pertanto ad integrarne la causa concreta. Ed anche se essi sono comuni ad entrambe le parti, non viene comunque al riguardo in rilievo l'istituto della presupposizione, giacchè l'interesse comune integra appunto la causa concreta del contratto. Come correttamente osservato in dottrina, alla presupposizione può allora riconoscersi autonomo rilievo di categoria unificante assumente specifico significato laddove nell'ambito delle circostanze giuridicamente influenti sul contratto ad essa si riconducano, quali presupposti oggettivi, fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale. Circostanze che, pur senza essere - come detto - dedotte specificamente quale condizione del contratto, e pertanto rispetto ad esso "esterne", ne costituiscano specifico ed oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del negozio determinato alla stregua dei criteri legali d'interpretazione, assumenti valore determinante per il mantenimento del vincolo contrattuale (es. l'ottenimento dello sperato finanziamento). Il relativo difetto legittima allora le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, nè a chiederne la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1256 c.c., art. 1463 c.c. e ss.) della prestazione (contra. v. peraltro Cass., 22/9/1981, n. 5168), bensì all'esercizio del potere di recesso (anche qualora il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi)".

[87] AZZARRI F., *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte,* cit., pg. 1183.

riscontrare "interessi perseguiti illeciti o immeritevoli", ma soltanto "una discrasia fra il funzionamento concreto del negozio e quello prefigurato dai contraenti"[88]. Pertanto appare preferibile, a livello rimediale, non optare per la sanzione dell'invalidità.

In secondo luogo, non attengono alla presupposizione nemmeno i presupposti che rientrano nel contenuto del contratto quali risultati dovuti (in particolare una data qualità del bene oggetto della prestazione di una delle parti), la cui mancanza rileva sul piano dell'inadempimento; l'esempio addotto dalla Corte attiene all'edificabilità del terreno promesso in vendita, il cui venire meno, non essendo imputabile al promittente venditore, causa la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

In terzo luogo, la Corte diversifica la presupposizione anche l'ipotesi in cui i fatti e le circostanze presi in considerazione dalle parti siano specificamente dedotti in contratto come condizione d'efficacia. Sotto questo profilo, i giudici chiariscono come i due fenomeni siano oggettivamente diversi, trattandosi nel caso di presupposizione, di ipotesi in cui i fatti e le circostanze giustappunto non vengono dalle parti specificamente dedotti in una clausola condizionale. In altri termini, e nell'interpretazione dottrinaria della pronuncia, l'evento condizionante "è dedotto nel contratto e non viene affatto dato per certo e per scontato nel suo verificarsi o nel suo persistere"[89], al contrario di quello

---

[88] AZZARRI F., *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, cit., pg. 1183.

[89] BERTOTTO N., *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, n. 2, pg. 310. Altri giuristi, inoltre, finiscono per criticare da altri punti di vista la teoria della condizione non sviluppata, considerata "vetusta e inadeguata se consideriamo che, da un lato, fu elaborata dalla dottrina tedesca ottocentesca al fine di negare validità ed effetti al negozio in cui si riscontrasse una discrasia fra volontà dichiarata e volontà

presupposto, il quale invece costituisce la base che ha spinto le parti ad atteggiare il contenuto negoziale in un modo anziché in un altro.

Infine, secondo la Cassazione la presupposizione deve essere tenuta distinta dai motivi, qualificati come "meri impulsi psichici alla stipulazione". In particolare i motivi che hanno spinto le parti a contrarre, possono essere interni, e quindi rimasti nella sfera volitiva privata, e come tali rappresentano interessi irrilevanti ai fini negoziali; oppure, i motivi possono essere obietti vati, e dunque costituiscono interessi meritevoli di tutela a fine contrattuali; ma in quest'ultimo caso, non possono essere considerati meri motivi, assurgendo al contrario a causa in concreto del contratto, il cui accostamento con la presupposizione è già stato escluso dalla Corte.

Confutati, attraverso le argomentazioni richiamate, gli orientamenti giurisprudenziali precedenti, il giudice supremo di legittimità a questo punto può delineare in positivo i caratteri della presupposizione, riconoscendo alla stessa autonomo rilievo "laddove, nell'ambito delle circostanze giuridicamente influenti sul contratto, ad essa si riconducano, quali presupposti oggettivi, fatti e circostanze che (…) assumono, per entrambe le parti o per una sola di esse (purchè in quest'ultimo caso vi sia il riconoscimento da parte dell'altra), un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale". Si va dunque a delineare la funzione dell'istituto, che non attiene alla validità negoziale, ma "salvaguarda l'equilibrio economico del contratto intervenendo su una distribuzione dei rischi che, equilibrata

---

reale in nome del dogma volontaristico, e, da un altro lato, che in ultima istanza essa si risolve in una *fictio* per assegnare surrettiziamente rilevanza ai motivi individuali che hanno spinto a contrarre" (AZZARRI F., *op. cit.*, pg. 1182, in riferimento al pensiero di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966).

nell'originaria prospettazione dei contraenti, si rivela di fatto tutt'altro che tale"[90].

E per ripristinare questa situazione di equilibrio, di fronte all'inesistenza o al venir meno del presupposto, la Corte afferma che non si dovrà invocare l'invalidità, l'inefficacia o la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma legittima ad esercitare il potere di recesso, ovviamente in riferimento alla parte "nei confronti della quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile"[91].

La tesi finora richiamata, che sembra aver accolto interamente un certo indirizzo dottrinario[92], è stata salutata in maniera variegata. Da un lato, infatti, si esaltano i vantaggi del recesso unilaterale quale strumento di liberazione dal contratto senza la necessità di ricorrere al giudice, e si descrive la soluzione adottata come "più efficace ed economica", anche perché impone "alla parte che ha interesse a mantenere il vincolo contrattuale di agire in giudizio con conseguenze processuali anche in ordine all'onere della prova", senza per questo pregiudicare il diritto di chi abbia esercitato il recesso ad "agire in giudizio per ottenere la restituzione di quanto già eseguito in forza del contratto sciolto"[93].

A tale orientamento si oppone, dall'altro lato, una diversa visione, che pur giustificando l'impostazione della Corte in termini di giustizia del caso concreto, non nasconde in materia "talune perplessità sul piano tecnico-giuridico"[94] legate alle norme che disciplinano il recesso

---

[90] AZZARRI F., *op. cit.*, pg. 1184.
[91] BERTOTTO N., *Alcune riflessioni sulla presupposizione*, cit., pg. 311.
[92] In particolare, viene in rilievo l'impostazione di BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, pg. 467.
[93] RICCIO A., *La presupposizione*, cit., pg. 31.
[94] BERTOTTO N., *Alcune riflessioni sulla presupposizione*, cit., pg. 322.

unilaterale. Esso, infatti, può essere esercitato solo in presenza di una disposizione pattizia o legislativa che lo consentano. E nel caso di specie, alcune letture critiche sottolineano la difficoltà di "inquadrarlo in una delle varie fattispecie previste dalla legge o in una regola generale"[95], qualificandolo, in ultima analisi, come un'ipotesi eccezionale di "recesso di autotutela"[96]. Resta il fatto che il *revirement* ha chiarito una volta per tutte i termini della questione, sia pure ribaltandoli a distanza di un solo anno, e ad oggi l'impostazione appena richiamata costituisce lo stato dell'arte con cui tutti gli operatori dovranno confrontarsi.

Rinviando le proprie conclusioni in ordine alla tematica della presupposizione ed alla sua compatibilità con rimedi conservativi, si proseguirà con l'esaminare la tematica delle sopravvenienze nel sistema di *common law* inglese, in un'ottica comparatistica.

[95] AZZARRI F., *op. cit.*, pg. 1185
[96] BERTOTTO N., *op. cit.*, pg. 323.

CAPITOLO II

La gestione delle sopravvenienze in un'ottica comparatistica: la common law inglese

SOMMARIO: 1. La vincolatività del contratto e il principio dei *"pacta sunt servanda"* – 2. Le prime eccezioni alla regola: i *Coronation cases* e le *implied conditions* – 3. La teoria della *frustration of contract*. Basi teoriche, limiti ed effetti comuni sul contratto. Il *Law reform Act* del 1943

1. La vincolatività del contratto e il principio dei *"pacta sunt servanda"*

In materia di sopravvenienze, i modelli di *common law* si sono caratterizzati storicamente per una evoluzione, a detta della migliore dottrina, "affatto originale"[97]. Diversi orientamenti giurisprudenziali, infatti, succedutisi nei decenni, hanno contribuito ad erodere il principio fondamentale che regolava la materia, e che, pur non essendo ancora del tutto superato, subisce ad oggi "sempre maggiori restrizioni"[98].

Si tratta del principio di assolutezza della volontà manifestata attraverso la fattispecie contrattuale, più propriamente detto "*Sanctity*" del contratto, in forza del quale ogni clausola stabilita e concordata dalle

[97] AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002, pg. 137.
[98] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Edizioni Scientifiche italiane, 2003, pg. 169.

parti va necessariamente osservata e rispettata in modo pressoché assoluto. A logico corollario di tale assunto, "ogni assunzione di responsabilità in via pattizia non esime in nessun caso dall'adempimento il soggetto obbligato"[99], che a rigore non può liberarsi dalla propria obbligazione né per effetto di un mutamento del valore economico delle prestazioni (o di una di esse), né "con riguardo alla sopravvenuta impossibilità di eseguire"[100] una di queste.

Da tale considerazione emerge chiaramente la differenza con la tradizione giuridica di *civil law*, dove sussiste in ogni caso tutela per chi non può adempiere l'obbligazione assunta, qualora sia divenuta impossibile o eccessivamente onerosa per ragioni indipendenti dalla propria volontà.

Altra distinzione rilevante in tema di gestione delle sopravvenienze può riscontrarsi nella natura rimediale della *common law*, che ha come mezzo di tutela essenziale quello per equivalente, "che per definizione non è mai impossibile"[101] (a differenza dell'esatto adempimento), e dunque può benissimo preludere a una tutela per la parte adempiente anche quando l'inadempimento di controparte non sia a questa imputabile.

Ad oggi, il sistema anglo-americano[102] sembra aver superato molte delle "resistenze ad accordare rilevanza al mutamento di circostanze",

---

[99] MANTELLO M., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene Editore, 2003, pg. 59-60.
[100] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali cit*., pg. 170.
[101] TRAISCI F.P., *op. ult. cit.*, pg. 172.
[102] E' da premettere, in materia, come anche negli USA si faccia ricorso al concetto di *frustration*, come sarà delineato successivamente a proposito del sistema inglese, per conferire rilevanza alle sopravvenienza. Tuttavia, il sistema giuridico americano ammette la possibilità di liberazione non soltanto in conseguenza della radicale scomparsa della base del contratto, ma considera rilevanti anche alcuni fenomeni di

mettendo invece in discussione "l'opportunità-ragionevolezza di una rigida applicazione del principio della *sanctity of contract*"[103] e temperando tale principio con la c.d. "*doctrine of frustration*", che sta aumentando a tutt'oggi il proprio campo di applicazione. Tuttavia, è necessario notare come, in quanto diritto essenzialmente giurisprudenziale, il diritto inglese viva di statuizioni concrete, dove le classificazioni dogmatiche non godono di un rispetto incondizionato, e anzi spesso sono definite dalla dottrina come "pericolose e fuorvianti"[104].

Lo stato dell'arte, dunque, è in continua evoluzione, così come la progressiva erosione dell'assolutezza della prestazione negoziale, che affonda le sue radici in un contesto molto datato. A riguardo dottrina e giurisprudenza si richiamano spesso al caso Paradine v. Jane del 1647, che è definito dalla maggioranza degli operatori come il *leading case* in materia di statuizione del principio dei *pacta sunt servanda*, declinato nel senso che nemmeno l'impossibilità assoluta della prestazione del creditore fosse idonea a liberare il debitore dall'obbligo di pagare il corrispettivo contrattuale.

La vicenda in esame[105] riguardava l'affitto, da parte di Jane, di un fondo di proprietà di Paradine, concordato per 21 anni. Trascorsi, però, soltanto sei anni, il fondo veniva occupato militarmente per un lungo periodo, e di conseguenza il conduttore non aveva potuto godere del bene in alcun modo, primo tra tutti l'uso agricolo. Citato in giudizio per

---

onerosità sopravvenuta della prestazione. Per approfondimenti, v. AMBROSOLI M., *La sopravvenienza cit.*, pg. 159 ss.

[103] CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo,* Ed. Giuffrè, 2002, pg. 522

[104] GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio,* pg. 67

[105] Per il testo delle motivazioni della decisione del *King's Bench*, richiamato dai saggi citati nel presente lavoro, si rinvia anche a http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1647/J5.html

il mancato pagamento dell'affitto, Jane fu condannato dal *King's Bench* anche per il periodo di tre anni in cui aveva subito la turbativa. Il principio alla base di tale pronuncia, decisamente rigido, è così sintetizzato dalla dottrina.

Le parti di un contratto possono "sempre cautelarsi contro il rischio che la prestazione diventi impossibile"[106] mediante un'apposita previsione. Qualora tale previsione manchi, è necessario interpretare il contratto come un accollo in capo a Jane dell'intero rischio del mancato godimento del bene. Se una prestazione, in altri termini, diviene impossibile, tale impossibilità può liberare la parte che si è impegnata ad adempierla soltanto se prevista dagli stessi contraenti; altrimenti, il soggetto che ha assunto un impegno contrattuale è responsabile "se non tiene fede a quell'impegno, indipendentemente dalla ragione che gli ha impedito di fare ciò cui si era vincolato"[107].

Il caso Paradine v. Jane, tradizionalmente, viene identificato come caso emblematico di enunciazione del dogma della *sanctity of contract*[108]. Eppure, soprattutto nella dottrina più recente, non mancano contributi di Autori che contestano la vigenza di tale principio assoluto già all'epoca della pronuncia.

Anzi, più esattamente, si sottolinea da diverse parti come il caso sopra richiamato sia stato erroneamente letto dalla giurisprudenza successiva: in realtà, lo stesso aveva voluto sancire una regola più "morbida". In particolare, secondo tale lettura, l'intenzione della Corte

---

[106] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali cit.*, pg. 182.
[107] AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale cit.*, pg. 139.
[108] In tema, vedi anche, tra gli altri, CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo cit.*, pg. 526, e MANTELLO M., *Interpretazione funzionale cit.*, pg. 59 ss.

sarebbe stata quella di sancire la statuizione secondo cui le sopravvenienze che il debitore avrebbe potuto tenere sotto controllo non avrebbero giustificato l'inadempimento, "qualora la sua prestazione fosse rimasta comunque possibile"[109]. Argomentando *a contrario*, quest'ultima interpretazione non considererebbe i casi di impossibilità sopravvenuta, che invece giustificherebbe lo scioglimento del vincolo contrattuale.

In particolare, il *King's Bench* aveva sancito che, quando le parti si assumono contrattualmente l'impegno di eseguire una prestazione, ognuna di esse vi è tenuta se le è possibile ("*if he may*", per utilizzare l'espressione originale), aprendo di fatto con tale inciso alla possibile rilevanza di sopravvenienze "impossibilitanti". Sotto questo angolo visuale, acquistano coerenza con il *case* appena richiamato anche successive statuizioni giurisprudenziali, che introducono nuove fattispecie di deroga alla *absolute contracts doctrine* in riferimento a singole ipotesi contrattuali.

Attraverso tali pronunce, attinenti a materie tra loro diverse, ma accomunate da una simile *ratio decidendi*[110], le Corti inglesi nell'arco di due secoli raggiungeranno un'evoluzione ermeneutica che consentirà il

---

[109] Per una *summa* dei contributi teorici a sostegno di questa lettura della pronuncia Paradine v. Jane, vedi TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 183.

[110] I casi portati all'epoca all'attenzione del *King's Bench*, di cui si può trovare traccia sui saggi precedentemente citati, riguardano le fattispecie più disparate, dalla cessione temporanea del godimento di un bene, in cui il debitore è liberato dall'obbligo di restituzione se nel frattempo detto bene sia perito senza sua colpa (*Case William v. Lloyd)* ai casi di locazione d'opera con morte o incapacità sopravvenuta del prestatore (tra gli altri, il *case Hyde v. Dean&Cannons of Windsor*), all'esecuzione della prestazione divenuta estremamente pericolosa per la salute fisica o morale di una delle parti (il caso *Lawrence v. Twentiman*), o ancora alla fattispecie di compravendita di beni mobili determinati, nel caso di distruzione prima della consegna; in questi ultimi casi, si è spesso assistito alla liberazione del debitore dall'obbligo di consegnare il bene e dalle responsabilità connaturate all'inadempimento.

passaggio da delimitazioni di casi eccezionali all'enunciazione di un nuovo principio di diritto, che sarà di seguito approfondito, destinato a governare a lungo la materia.

2. Le prime eccezioni alla regola: i *Coronation cases* e le *implied conditions*

Lo sviluppo giuridico innescato dalle pronunce giurisprudenziali successive e parzialmente configgenti con il caso Paradine v. Jane porta a un'altra tappa fondamentale intorno alla metà del XIX secolo. E' di questo periodo, infatti, e precisamente del 1863, il caso Taylor v. Caldwell, in cui si stabilisce che "il verificarsi di un evento estraneo alle parti ed irresistibile è idoneo a determinare il *discharge*"[111] (ossia la liberazione) dal contratto.

La pronuncia, in particolare, considera la fattispecie di locazione di una *music hall* per una serie di concerti. A seguito, però, della distruzione della sala a causa di un incendio fortuito, si trattava di considerare o meno quell'evento sufficiente a determinare la risoluzione del rapporto, con liberazione delle parti contraenti.

In questo caso, la risposta della Corte è positiva, qualora dalla natura del contratto risulti evidente che le parti conoscessero l'eventualità che, ricorrendo un determinato evento, la prestazione sarebbe divenuta impossibile. In altri termini, nel caso in esame si discute espressamente di *implied conditions*, vale a dire di condizioni implicite, tra le quali a buon diritto viene inserita quella secondo cui

[111] AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002, pg. 139

"qualora l'adempimento fosse divenuto impossibile per un evento estraneo alla volontà delle parti, evento che esse non abbiano potuto impedire, il contratto si sarebbe risolto"[112].

La migliore dottrina fa risalire al caso Taylor v. Caldwell la nascita della c.d. *doctrine of impossibility*, in forza della quale è possibile liberare una delle parti dall'adempimento di un'obbligazione contrattuale divenuta impossibile, e sollevare, di conseguenza, l'altro contraente dalla controprestazione[113]. Si tratta, in ogni caso, di una sentenza di importanza basilare in tema di disciplina e gestione delle sopravvenienze contrattuali, il cui principio di diritto si estese oltre i confini all'interno dei quali era stato tracciato, vale a dire quelli dell'impossibilità fisica (o *litteral impossibility*).

Le Corti inglesi, dunque, ebbero buon gioco nell'estendere tale ambito di applicazione anche ai casi di impossibilità provocata da perdita di disponibilità del bene da parte del debitore, o legata alle modalità di svolgimento della prestazione, o ancora i casi in cui l'oggetto della prestazione, seppur generico, doveva essere fornito da un soggetto che non era più in grado di reperirlo[114]. Se fu possibile ampliare tale disciplina ai casi appena richiamati, si rivelò al contrario più difficile applicare la *doctrine of impossibility* anche alle sopravvenienze diverse da quelle impossibilitanti, attraverso un'interpretazione estensiva che attribuisse all'impossibilità una lettura sostanzialmente economica, tanto da denominarla *impraticability*.

---

[112] TRAISCI F.P.., *op. cit.*, pg. 187

[113] Cfr., tra gli altri, CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato Europeo cit.*, pg. 526

[114] Le cause di riferimento in materia (confrontabili anche nel saggio di TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 189), sono i seguenti: Re Shipton Anderson&Co. E Bank Line v. Arthur Capel, Nicholl E. Knight v. Ashton Edridge&Co. e Howell. V. Coupland.

In misura diversa, il diritto inglese arriverà a classificare le sopravvenienze non impossibilitanti, ma soltanto nel secolo successivo attraverso la dottrina della *frustration*, che costituirà il punto di arrivo di tale percorso evolutivo.

Focalizzando l'attenzione, per ora, sulle pronunce coeve al caso Taylor, è necessario sottolineare come in alcuni casi le corti sembrano adeguarsi ad un'estensione della rilevanza delle sopravvenienze, sollevando entrambe le parti da un'obbligazione di trasporto marittimo, con il carico oggetto della consegna arrivato al porto di destinazione in notevole ritardo, causato da avarie e dal conseguente cambio di vettore. In quel caso[115] la Corte aveva dichiarato il contratto originario "*frustrated*" a causa delle pessime condizioni del mare, salvando al contrario il nuovo contratto di trasporto stipulato dal committente con il nuovo vettore.

Tuttavia, a parte questo caso abbastanza isolato, la sorte giudiziale delle domande avanzate alle Corti di giustizia per il riconoscimento della *impossibility* in senso economico non ebbero, a quel tempo, e neanche successivamente, una sorte molto favorevole.

A riprova della difficile rilevanza, nell'ordinamento inglese[116], della c.d. impraticabilità economica si possono portare ad esempio i ben noti Suez Cases, vale a dire contratti di trasporto marittimo di merci che avrebbero dovuto passare dal Mediterraneo all'Oceano Indiano e viceversa proprio attraverso il Canale di Suez. A seguito del conflitto

[115] Si tratta del case Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd, del 1874. Per indicazioni preziose sul testo della causa, cfr. http: //en.wikipedia.org/ wiki/ Jackson_ v_ Union_ Marine Insurance.

[116] A differenza, ad esempio, di quello italiano che riconosce l'eccessiva onerosità sopravvenuta quale categoria generale.

israelo-palestinese, nel 1956 e nel 1967 in Canale venne chiuso, e dunque i vettori furono costretti a circumnavigare l'Africa, sopportando, a causa di quest'imprevisto, un aumento sia dei tempi che dei costi del trasporto del greggio.

Nonostante l'importanza dell'impedimento, i giudici dell'epoca ritennero "che le prestazioni erano divenute solo economicamente più onerose, ma non *radically different*, e che ciò non era sufficiente a far pronunciare la risoluzione dei contratti"[117], anche perché, come dichiarato nelle sentenze stesse, le merci in questioni non erano deperibili. Sempre in riferimento a tali pronunce, è necessario riconoscere che la impossibilità della prestazione fu comunque accordata, "ma in quanto lo era divenuta in relazione alle modalità essenziali pattuite"[118].

Ciò rafforza la conclusione secondo cui nel diritto inglese non è mai stata espressamente concessa tutela alla sopravvenuta impossibilità meramente economica, ribattezzata *impraticability* dagli studiosi, a meno che la sostenibilità economica non fosse stata considerata tra le *implied conditions* del contratto stesso.

La *ratio* di questa scelta giurisprudenziale è sicuramente una ragione di giustizia, tesa a non agevolare gli inadempimenti contrattuali e a non capovolgere un principio indiscusso in materia contrattuale, secondo il quale ogni imprenditore sopporta il rischio dell'inadempimento altrui, come contropartita al profitto che può

---

[117] CASTRONOVO C. - MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato Europeo cit.*, pg. 527

[118] TRAISCI F.P., *Op. cit.*, pg. 191. Per ulteriori contributi in riferimento a tali pronunce, vedi anche ROPPO E., *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e" frustration of contract"*, in Rivista Trimestrale di Diritto E Procedura Civile, 1973, pg. 1239 ss.

ottenere da un affare. Il risultato, dunque, di tale visione è stato quello di ritenere insufficienti i requisiti riconducibili alla eccessiva onerosità sopravvenuta, e di richiedere elementi ulteriori per liberare le parti dalla prestazione, tra cui quello di snaturamento della prestazione a causa dell'aumento dei costi[119].

Le aperture, sia pure difficoltose, della giurisprudenza a casi di impossibilità al di là di quella meramente materiale costituirono la premessa inevitabile dello sviluppo di un nuovo principio generale, variamente denominato dalla dottrina, ma riassumibile con la formula *doctrine of frustration*. I giuristi, che differenziano la teoria a seconda dell'elemento contrattuale di volta in volta considerato[120], sono tuttavia concordi nell'attribuire l'origine del principio al caso Krell v. Henry, noto anche come il primo dei *Coronation Cases*, vale a dire dei casi connessi con la corona d'Inghilterra.

Nella vicenda in esame Krell aveva preso in locazione il balcone di Henry per assistere alla processione per l'incoronazione di re Edward VII. La cerimonia, però, era stata rinviata per un malore del sovrano. La Corte giustificò il parziale inadempimento del canone da parte del debitore, liberandolo dal resto della prestazione.

Il ragionamento della *Court of Appeal* si estende oltre l'impossibilità materiale, che nella fattispecie non sussisteva: il convenuto, infatti, "avrebbe ben potuto utilizzare il balcone di Henry per affacciarsi a guardare la piazza antistante"[121]. Ciò che era impossibile,

---

[119] A testimoniarlo, il contributo di GALLO P., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in Digesto IV, sez. Discipline Privatistiche, Vol. VII, Torino, 1991, pg. 244 ss.

[120] A seconda dei vari riferimenti, si può parlare di *frustration* riferita alla *purpose*, alla *consideration*, al *contract* in generale e alla *common venture*.

[121] AMBROSOLI M., *La sopravvenienza cit.*, pg. 146

però, era l'utilizzo del bene per lo scopo originario, venuto meno con l'annullamento del corteo. Secondo la Corte, la partecipazione al corteo era il fondamento del contratto e, di conseguenza, venuto meno quello, anche "l'oggetto del (*rectius*, l'interesse delle parti per il) contratto stesso" è stato "*frustrated*"[122]. La sopravvenienza, in altri termini, può rilevare qualora colpisca "il senso dell'operazione contrattuale comune ad entrambi i contraenti, cioè la ragione che non solamente per una delle parti, ma per entrambe era alla base del contratto"[123]. Mutato l'interesse, la prestazione non può più considerarsi conforme a ciò che le parti avrebbero voluto al momento della conclusione del contratto, ma si è trasformata in qualcosa di *radically different*. La Corte, a questo punto, può estendere il suo campo d'azione ermeneutica, e inizia a ricostruire il contenuto della volontà delle parti sulla base delle *implied conditions*, cioè indicando cosa avrebbero previsto "se avessero saputo dell'esistenza di certe determinate circostanze che poi si sono verificate"[124].

Sulla necessità di uno stravolgimento radicale dell'operazione economica, necessario per ottenere la liberazione del debitore, è importante citare un altro *coronation case*: Herne Bay Steam Boat Co. V. Hutton. Si tratta di una fattispecie di noleggio di imbarcazione, per assistere all'incoronazione di Edward VII e osservare le navi militari in parata. A seguito, anche qui, dell'annullamento della cerimonia, il debitore Hutton richiese di essere liberato dall'obbligazione, ma i giudici

[122] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali*, cit., pg. 194
[123] AMBROSOLI M., *op. cit.*, pg. 147
[124] TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 195

respinsero la domanda, osservando che la sopravvenienza aveva inciso su tale parata, ma non sulla possibilità di osservare le navi.

Il *case* è un pretesto per ribadire un principio enucleato dalla giurisprudenza inglese: il *discharge by frustration* può essere ammesso qualora sia stata impedita la realizzazione del fondamento contrattuale; al contrario, va negato "qualora il suddetto fondamento non venga meno del tutto in seguito al verificarsi del *supervening event*"[125].

Tirando le somme delle evoluzioni teoriche documentate dalle pronunce richiamate, è necessario notare come sia alla base della *frustration*, che a quella dell'*impossibility*, si ritiene sussista l'irraggiungibilità dell'obiettivo che le parti (o una di esse) si prefiggevano concludendo il contratto. Ma le due situazioni giuridiche si differenziano nel senso che, in caso di *impossibility*, la liberazione dall'obbligazione discende da una presunzione assoluta di irraggiungibilità, e dunque l'onere della prova ha ad oggetto solo tale impossibilità. Nel caso di *frustration*, invece, questa va dimostrata attraverso un'interpretazione estensiva del contratto. Le due teorie, in ogni caso, come vedremo più approfonditamente nel prossimo paragrafo, possono essere ad oggi riunite sotto l'unica base della *doctrine of frustration of contract*, con la quale la giurisprudenza concede tutela e rilevanza, sugli effetti del contratto, ai casi di circostanze sopravvenute.

[125] MANTELLO M., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale cit.*, p. 68

3. La teoria della *frustration of contract*. Basi teoriche, limiti ed effetti comuni sul contratto. Il *Law reform Act* del 1943

La *doctrine of frustration*, una volta elaborata dalla giurisprudenza, non ha tuttavia avuto uno sviluppo lineare e costante. I casi di *frustration*, al contrario, sono stati raggruppati dalla dottrina in ben quattro modelli teorici, differenziati in base ai *test* ai quali le corti inglesi hanno sottoposto i contratti, per determinarne la liberazione o meno dei contraenti dalle rispettive prestazioni.

Le quattro teorie, che prendono le mosse dalla dottrina dell'impossibilità partorita dal *case* Taylor v. Caldwell, vanno interpretate l'una in successione all'altra, e la prima di esse in ordine cronologico fa riferimento agli *implied terms*. Tale lettura ravvisa la *frustration* qualora la sopravvenienza abbia fatto venir meno alcuni termini impliciti presenti nel contratto, o più precisamente, "una volontà implicita delle parti in base alla quale, se fossero accaduti gli eventi che in seguito si sono effettivamente verificati, il vincolo si sarebbe dovuto sciogliere"[126].

Tale ricostruzione ha subìto pesanti critiche da parte di molti oppositori, i quali hanno rilevato l'estrema difficoltà di una ricerca a posteriori della effettiva volontà delle parti. In particolare, sarebbe molto difficile provare che i contraenti, in ogni caso, avessero voluto lo scioglimento del vincolo giuridico quale conseguenza degli eventi sopravvenuti; tale eventualità è peraltro esclusa in molti contratti, dove

[126] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali cit.*, pg. 201.

sono previste clausole attributive di effetti diversi dalla risoluzione contrattuale a seguito di sopravvenienze.

Il passo successivo, dunque, è stato quello di attribuire agli *implied terms* un significato oggettivo, chiedendo al giudice di individuare la clausola che sarebbe stata inserita da un *reasonable man* qualora avesse previsto l'evento sopravvenuto.

Tale interpretazione finiva per nuocere alla certezza del diritto, attribuendo all'autorità giudiziaria quasi un ruolo di "portavoce delle parti"[127] e trascurandone la volontà effettiva. Rispondeva, tuttavia, ad un marcato senso di giustizia contrattuale, e condusse i giuristi dell'epoca all'adozione di una seconda teoria, nota con il nome di *Theorie of just and reasonable result*. Tale opzione ermeneutica concepisce la *doctrine of frustration* come un mezzo d'intervento a disposizione del giudice, finalizzato a dare al contratto gli effetti più adeguati possibile al senso di giustizia e di equità, a fronte dell'eventualità del suo mantenimento in vita considerato, al contrario, *unjust*.

La tesi in parola non ebbe un seguito rilevante, se non altro per la necessità, fatta presente dalla dottrina maggioritaria, di dover limitare in qualche modo l'eccessiva discrezionalità del giudice[128]. Di conseguenza, fu in un primo momento sostituita da una teoria che poneva a base della *frustration* la c.d. *foundation* del contratto, condizionando la rilevanza delle sopravvenienze al fatto che fossero di entità tale da aver causato la scomparsa del fondamento negoziale. Ma anche tale dottrina fu travolta

[127] ALPA G. - DELFINO R., *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997, pg. 166
[128] Per un contributo in materia, vedi CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, pg. 405 ss.

dalle difficoltà applicative, in particolare riferibili alla determinazione in concreto di cosa fosse la *foundation*.

E così, a corollario delle evoluzioni dottrinarie fino ad allora succedute, è stata elaborata una quarta ed ultima tesi, che ritiene il contratto *frustrated* nel caso in cui si verifichi un *radical charge in the obligation*. In realtà, non mancano le opinioni secondo cui questa teoria sia nient'altro che la *summa* delle tre precedenti, e che ognuna di esse puntasse, in ultima analisi, a "ricostruire il contenuto del contratto più o meno in aderenza con la volontà (effettiva o ipotetica) delle parti"[129]. In ogni caso, una recente sentenza della *House of Lords* ha accolto quest'ultima tesi, che viene denominata anche "*The Construction theory*".

Per valutare, secondo tale lettura, la sussistenza o meno del *radical charge* nell'obbligazione, il giudice dovrà ricostruire il contratto alla luce di natura e circostanze al momento della conclusione, e successivamente valutare le condizioni di un adempimento sotto circostanze mutate in modo radicale dopo la conclusione del contratto. In forza di tale valutazione, si potranno liberare le parti dalle proprie obbligazioni soltanto quando l'adempimento possa alterare la natura fondamentale del contratto[130].

Suffragata, dunque, dall'accoglimento della giurisprudenza, la dottrina può oggi approdare a delle conclusioni in materia di *frustration*, e precisamente, a riguardo si sostiene che, perché essa sussista, le sopravvenienze dovranno essere tali da rendere l'adempimento qualcosa

---

[129] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali cit.*, pg. 205

[130] *Case National Carriers v. Panalpina* del 1981. Per il testo della decisione, v. http://www.nadr.co.uk/articles/published/CommercialLawReports/National%20Carriers%20v%20Panalpina%201980.pdf

di "*radically or fundamentally different in a commercial sense*" rispetto a quanto pattuito, a prescindere dal carattere impossibilitante o meno delle stesse. In altri termini, è vero che statisticamente gli eventi che rendono la prestazione impossibile, ad oggi, "producono sempre un effetto rilevante sul contratto portandolo alla *frustration*", mentre le sopravvenienze più deboli, al contrario, "difficilmente sono ritenute idonee a raggiungere tale risultato"[131]. Ma è parimenti vero che, una volta dichiarato *frustrated* il contratto, il giudice dovrà liberare i contraenti, a prescindere dalla natura della sopravvenienza.

Pertanto, la ricostruzione più moderna della *doctrine of frustration*, da un lato, attribuisce al giudice il potere di valutare l'incidenza del *supervening event* sulla vita del contratto, "e dunque l'effettiva estensione dell'originariamente voluto rispetto alle nuove circostanze"[132]. Ma, dall'altro lato, tale lettura attribuisce alla *frustration* effetti totali e automatici, nonché indisponibili dalle parti, la cui volontà può essere ricostruita dal giudice nel segno della ragionevolezza.

L'applicazione della *doctrine of frustration*, a dispetto delle evoluzioni dottrinarie, "non è affatto avvenuta in modo incontrastato e privo di forti limitazioni"[133]. Al contrario, non mancano i casi in cui la giurisprudenza, diffidente a una estensione *tout court* della rilevanza dell'evento sopravvenuto, finisce per applicare anche in pronunce relativamente recenti il vecchio dogma degli *absolut contracts*. Ciò avviene, in primo luogo, nelle specifiche discipline contrattuali, come ad esempio il *lease of land*. In casi siffatti, attraverso la non applicazione

[131] TRAISCI F.P., *op. cit.*, p. 207.
[132] MANTELLO M., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale cit.*, pg. 77
[133] TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 207

della menzionata dottrina, è stato ritenuto che il conduttore fosse obbligato a versare l'intero canone di locazione anche nell'ipotesi di occupazione temporanea del fondo da parte della pubblica autorità[134], o nonostante la distruzione delle pertinenze del fondo per cause non imputabili alle parti[135].

Lo stesso tenore decisionale è stato adottato in altri casi simili, in cui è emerso dalle pronunce delle Corti l'assunto secondo cui *"the leases are outside the doctrine of frustration"*[136], e quindi l'aspetto prevalente del contratto, vale a dire la cessione di un bene immobile, debba in ogni caso prevalere. Tale concezione, tuttavia, è stata più recentemente smentita dalla *House of Lords*, secondo cui non è possibile escludere a priori l'applicabilità della *frustration* a qualunque tipo contrattuale, e dunque, pur ammettendo che nelle ipotesi di locazione uno spazio per tale dottrina non sia molto comune, conclude per una non esclusione, conferendo così per l'ennesima volta alla *doctrine* in esame una portata generale e sostanzialmente ineludibile.

Accanto alla limitazione legata a specifiche discipline negoziali, la giurisprudenza ha tentato di prevedere altre ipotesi di deroga alla *doctrine of frustration*. In particolare, è necessario ricordare le ipotesi in cui l'evento "frustrante" non sia sopravvenuto, ma "frutto di una situazione già presente al momento della conclusione del contratto"[137], o i casi in cui lo stesso evento sia dovuto a circostanze prevedibili e prevenibili dalle parti, o ancora in caso di inadempimento volontario. Per

---

[134] *Case Whitehall Court Ltd v. Ettinger* del 1920.
[135] *Case Matthey v. Curling* del 1922.
[136] *Case London and Nothern Estates Co. v. Schesinger* del 1914. Per riferimenti precisi su questo e altri *cases* coevi (compresi quelli citati nelle note *infra*), cfr. TRAISCI F.P., *op. cit*., pg. 208 ss.
[137] *Case Cliffors v. Watts* del 1870.

ciò che concerne le prime due ipotesi, la giurisprudenza ha inteso conservare il contratto in quanto ha considerato l'impossibilità della prestazione, in quanto conoscibile dalle parti, inclusa tra i rischi contrattuali da esse accettati (a meno della previsione di esplicite clausole di forza maggiore).

Il discorso è più complesso riguardo all'inadempimento volontario, soprattutto perché prende in esame il profilo inerente la colpa del debitore. In particolare, è stato ritenuto che non ogni condotta inadempiente e colposa esclude l'applicazione della *frustration*, in quanto è necessario distinguere a seconda del grado di colpa del contraente inadempiente[138]. Inoltre, affinchè scatti tale ipotesi di responsabilità, si attribuisce alla controparte l'onere della prova dell'imputabilità altrui.

I tentativi giurisprudenziali di delimitare l'applicabilità della *doctrine of frustration*, tesi ad accordarla solo ad eventi "realmente imprevedibili"[139] e *a contrario* a negarla in molti casi di sopravvenienze possibili, se non specificamente previste da una clausola negoziale, rispondono, secondo la migliore dottrina, a esigenze equitative.

La *total discharge* derivante dalla *frustration*, secondo tale lettura, ribalterebbe il rischio contrattuale tra le parti, con un risultato non sempre corrispondente al senso di giustizia. Così, è abbastanza frequente la tendenza a soluzioni di compromesso come, ad esempio, le restituzioni parziali e non totali di quanto corrisposto in caso di somme di danaro versate per assistere a un evento, al fine di non addossare soltanto su una parte gli effetti negativi delle sopravvenienze.

---

[138] *Case Joseph Constantine SS Line Ltd. V. Imperial Smelting Corpn Ltd* del 1942.
[139] TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 211.

Tuttavia, tale soluzione non rappresenta una regola generale, soprattutto perché le Corti inglesi, in diverse occasioni, hanno negato di avere alcun potere di riforma del contratto. E dunque, nel caso di volontà inespressa delle parti in ordine alla ripartizione del rischio, l'unica alternativa possibile in capo ai giudici era quella di applicare la *doctrine of frustration* o, al contrario, affermare la *full force* del contratto. Tale alternativa, ancora oggi, divide ancora la giurisprudenza in molte ipotesi.

Per ciò che riguarda gli effetti della dichiarazione di *frustration* sul contratto, è necessario dar conto di un'ulteriore evoluzione giurisprudenziale, che ha richiesto, per il verificarsi di alcuni dubbi e difficoltà, anche un intervento correttivo del Parlamento.

I giudici, fin dalle prime pronunce in materia, hanno ritenuto che la *discharge* si producesse automaticamente, per effetto del venir meno della giuridicità del vincolo obbligatorio a causa dell'evento sopravvenuto. Il debitore, dunque, era considerato liberato dalla prestazione a partire da quando l'evento era avvenuto, con sentenza dichiarativa *ex tunc*, ma di contro non poteva essere liberato per le conseguenze della esecuzione prima del verificarsi del *frustrating event*. Tale impostazione, eccessivamente formalistica, aveva finito per creare alcuni inconvenienti.

In primo luogo, in alcune pronunce, si arrivò alla conseguenza paradossale per cui una parte, pur sapendo che la prestazione era divenuta impossibile per causa sopravvenuta, fu costretta lo stesso ad adempiere, in quanto era stato concordato il versamento anticipato, e il

termine di pagamento era già scaduto al momento della sopravvenienza[140].

Tale aberrazione fu corretta attraverso una successiva pronuncia della *House of Lords*, il c.d. caso Fibrosa, in cui si sancì che, nonostante la previsione del pagamento anticipato, la parte inadempiente aveva diritto, a seguito dell'applicazione della frustration, alla ripetizione di una quota di quanto versato a titolo di *quasi contract*[141].

Tale compromesso, tuttavia, non era giudicato soddisfacente dalla maggior parte dei giuristi, e ciò per due ordini di motivi. In primo luogo, il caso Fibrosa limitava la tutela del contraente all'ambito ristretto della *impossibility*, non offrendo rimedi nei casi in cui la prestazione era compromessa solo parzialmente. La sentenza, dall'altro lato, non tutelava assolutamente chi avesse adempiuto alla prestazione, prima del *supervening event*, in modalità diverse dal pagamento di una somma di denaro. Per la sopravvivenza di tali difficoltà, si è reso necessario da parte del Parlamento inglese l'intervento di uno *Statute*, il *Law reform (frustrated contracts) Act* del 1943.

La riforma interviene proprio con finalità correttive delle due distorsioni sopra richiamate e, in primo luogo, introduce tutela per chi avesse versato in anticipo parte del prezzo pattuito, stabilendo che, nel caso di *discharge* ottenuta dal contratto, da un lato "le somme dovute anteriormente al verificarsi della *frustration* non sono più dovute una

[140] Case Chandler v. Webster del 1904. Per una sintesi del fatto e del dettato della Corte, v. http://en.wikipedia.org/wiki/Chandler_v_Webster

[141] Si tratta del caso Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd del 1943, più noto come Fibrosa Case, consultabile (a grandi linee) in en.wikipedia.org/wiki/Fibrosa:_Spolka_AkcyjnaFairbairn_Lawson_Combe_Barbour_Ltd

volta verificatosi l'evento"[142], e dall'altro, se già pagate, possono essere ripetute. Tuttavia, la parte che ha già ricevuto il denaro può essere autorizzata dal giudice, che in materia esercita il suo potere discrezionale, a trattenerne una quota ad indennizzo delle spese sostenute per l'adempimento della sua prestazione, sempre che siano state effettuate prima del prodursi dell'evento sopravvenuto.

In secondo luogo, il *Law reform Act* interviene anche a favore di chi aveva iniziato ad adempiere in forma diversa dal denaro, consentendogli di ottenere un equo indennizzo per l'arricchimento conseguito dalla controparte. Tale indennizzo, tuttavia, identificato dal legislatore come contropartita al *benefit* ricevuto dalla controparte, non dovrà essere superiore al benefit stesso, "al fine di evitare l'ingiusto arricchimento della controparte"[143].

Il *Law reform Act* non ha un ambito di applicazione illimitato: restano, infatti, esclusi dalla sua giurisdizione alcuni contratti di trasporto marittimo, le assicurazioni, "e i contratti di compravendita di beni mobili, rispetto al problema del perimento del bene"[144]. Inoltre, a parere della dottrina, lo stesso non si è tradotto in una panacea per tutte le problematiche connesse alla *frustration*, in particolare quelle legate agli indennizzi nel caso di spese o *benefit* conferiti alla controparte. Ma in ogni caso, le lacune del provvedimento sono state prese a riferimento

---

[142] AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale cit.*, pg. 387, da prendere a riferimento per una estrema sintesi dei contenuti del provvedimento legislativo in esame.
[143] TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 217
[144] AMBROSOLI M., *La sopravvenienza cit.*, pg. 388

in altri paesi del *Commonwealth* per dei provvedimenti legislativi più completi[145], e dunque una evoluzione in materia è sempre possibile.

Inoltre, attraverso l'evoluzione che si è cercato di richiamare, è innegabile che il sistema di *common law* abbia conosciuto un percorso evolutivo che, dalla teoria della *sanctity of contract* (ancora, per la verità, caldeggiata da alcuni orientamenti giurisprudenziali) ha portato a un sistema rimediale che, è possibile affermarlo, comporta un effettivo alleggerimento del rischio (con conseguente liberazione dalla prestazione) in capo al debitore e, in ultima analisi, una permeabilità del contratto a istanze di natura equitativa e di giustizia.

[145] Il saggio di TRAISCI F.P.., *op. cit*., pg. 218, fa riferimento alle legislazioni di Nuova Zelanda, Canada e alcuni Stati dell'Australia.

CAPITOLO III

Rinegoziazione e manutenzione del contratto nella prospettiva di diritto privato europeo

SOMMARIO: 1. La rinegoziazione: un rimedio nato nel diritto internazionale dei contratti. Le clausole di *hardship* e i Principi UNIDROIT – 2. I PDEC e il mutamento delle circostanze – 3. *(segue)* Mutamento delle circostanze e il *Draft Common Frame of Reference* – 4. I caratteri comuni della rinegoziazione nel diritto privato europeo ed internazionale

1. La rinegoziazione: un rimedio nato nel diritto internazionale dei contratti. Le clausole di *hardship* e i Principi UNIDROIT

La rinegoziazione rappresenta un rimedio nato nel diritto internazionale dei contratti per fronteggiare le sopravvenienze che non rendessero possibile la realizzazione del regolamento contrattuale così come originariamente previsto dalle parti[146].

In tale ambito, infatti, anche alla luce degli ingenti interessi economici nella maggior parte delle ipotesi sottostanti l'accordo dei contraenti, si è reso necessario individuare uno strumento diretto a

[146] Il tema della rinegoziazione in un'ottica internazionale e comparatistica è stato affrontato in particolare da NICOLUSSI A., *Presupposizione e risoluzione,* in MAZZAMUTO S. (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo cit.; TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law cit.*; ZACCARIA E. C., *Sopravvenuto squilibrio delle prestazioni (hardship) e adattamento dei controlli nel commercio internazionale,* in ALPA G. – CAPILI G. (raccolte da), Lezioni di diritto privato europeo, Cedam, Padova, 2007

manutenere il contratto, anziché a caducarlo. Tale finalità è presente in ogni fonte sovranazionale che, a partire dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1980[147], si è occupata della tematica delle sopravvenienze e dei rimedi contrattuali esperibili. In particolare appare opportuno porre l'accento sulle soluzioni adottate nel diritto internazionale dai Principi UNIDROIT, e nel diritto privato europeo dai Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC) e dal *Draft Common Frame of Reference*[148].

Preliminarmente, appare opportuno ricordare come la prassi delle contrattazioni internazionali utilizza da tempo le c.d. *hardship clauses;* queste clausole, inserite nel contratto dalle parti, da un lato individuano le sopravvenienze rilevanti che alterano l'equilibrio contrattuale,

---

[147] L'articolo 79 della Convenzione di Vienna stabilisce: *"1. Una parte non è responsabile dell'inadempienza di uno qualsiasi dei suoi obblighi se prova che tale inadempienza è dovuta ad un impedimento indipendente dalla sua volontà e che non ci si poteva ragionevolmente attendere che essa lo prendesse in considerazione al momento della conclusione del contratto, che lo prevedesse o lo superasse, o che ne prevedesse o ne superasse le conseguenze. 2. Se l'inadempienza di una delle parti è dovuta all'inadempienza di un terzo che ha incaricato di eseguire tutto o parte del contratto, tale parte è esonerata dalla sua responsabilità solo se: a) la parte ne sia esonerata in virtù delle disposizioni del paragrafo precedente; e b) la terza parte ne sarebbe anch'essa esonerata qualora le disposizioni di tale paragrafo le venissero applicate. 3. L'esonero previsto dal presente articolo produce effetto per tutta la durata dell'impedimento. 4. La parte che non dà esecuzione al contratto, deve avvisare l'altra parte dell'impedimento e delle sue conseguenze sulla sua capacità di esecuzione. Se l'avviso non giunge a destinazione in un termine ragionevole a partire dal momento in cui la parte che non ha dato esecuzione era a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza dell'impedimento, quest'ultima è tenuta a dare danni-interessi a causa della mancata ricezione. 5. Le disposizioni del presente articolo non vietano ad una parte di esercitare tutti i suoi diritti, oltre quelli di ottenere danni-interessi in virtù della presente convenzione"*. Tale norma rappresenta un compromesso tra le posizioni dei singoli ordinamenti; pertanto, nel tentativo di risolvere le problematiche relative al mutamento delle circostanze senza fare riferimento concetti propri dei sistemi nazionali, si è stabilito di utilizzare formule elastiche che hanno inciso negativamente sulla chiarezza del dettato normativo e non ne hanno agevolato l'applicazione.

[148] Per un approfondimento sull'evoluzione della problematica della rinegoziazione nel diritto internazionale e nel diritto privato europeo cfr. ZACCARIA E. C., *cit.*, pg. 405 ss.

dall'altro stabiliscono i rimedi applicabili al verificarsi delle circostanze stesse[149]. L'elaborazione di tali clausole si è affinata nel tempo, permettendo l'inserimento, nel corpo dell'accordo, di previsioni articolate e complesse che disciplinano nei dettagli l'eventualità di sopravvenienze. Nella maggior parte dei casi, la formulazione della clausola appare generica, garantendo la massima elasticità di interpretazione[150]; tuttavia, nella prassi, si tende ad elencare in via esemplificativa le ipotesi ritenute rilevanti ai fini della revisione. Dopo avere individuato e descritto tali sopravvenienze, la disposizione negoziale contiene i rimedi esperibili, tra cui particolare importanza riveste la rinegoziazione, che consente l'adeguamento concordato del contratto alla mutata situazione.

Diverse dalle clausole di *hardship* sono le clausole di forza maggiore, le c.d. *force majeure clauses*, volte a regolare le sorti del contratto nel caso del verificarsi di sopravvenienze impossibilitanti, tale cioè da rendere impossibile l'esecuzione dell'originaria prestazione. La differenza tra le due clausole riguarda soprattutto le conseguenze che ne derivano; mentre le clausole di *force majeure* prevedono come rimedio la liberazione del debitore ovvero la sospensione dell'esecuzione, nel

---

[149] Le *hardship clauses* prevedono appositi rimedi a cui ricorrere nel caso in cui si verifichi una sopravvenienza; nella maggior parte dei casi sanciscono da un lato la sospensione dell'esecuzione del contratto, dall'altro la rinegoziazione. Per un approfondimento vedi MARASCO P.G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in Contratto e impresa, 2005, 2, pg. 539 ss.

[150] FRIGNANI A., *La* hardship clause *nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law,* in Rivista di diritto civile, 1979, I, pg. 699 ss. osserva come tali clausole *"con una previsione di carattere generalissimo, tanto più necessaria in quanto non è possibile prevedere in anticipo tutte le eventuali modificazioni che interverranno nel corso di un lungo rapporto, sono in grado di porre rimedio a tutte le circostanze sopravvenute, qualunque sia la loro origine o natura"*

caso di impossibilità temporanea, le *hardship clauses* prediligono la manutenzione del contratto attraverso il rimedio della rinegoziazione[151].

L'esigenza di armonizzare le soluzioni adottate nei diversi ordinamenti al fine di risolvere le problematiche connesse alla prassi commerciale internazionale rappresenta la *ratio* sottesa ai Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali[152]. Tali Principi, elaborati da un gruppo di giuristi provenienti da diversi paesi e portatori di differenti tradizioni giuridiche[153] rappresentano un corpo di regole valide per i contratti commerciali internazionali, da intendersi in senso ampio, con l'esclusione, però, delle contrattazioni fra e con i consumatori, alla luce della differente protezione prestata a tali soggetti dai moderni ordinamenti.

Essi nascono con lo scopo di rappresentare una utile guida per i privati e per i legislatori nell'abito del commercio internazionale e,

---

[151] Per un approfondimento sulla differenza tra *hardship clauses* e *force majeure clauses* vedi BERNARDINI A., *Hardship e force majeure,* in BONELL M.J. – BONELLI F. (a cura di), Contratti commerciali Internazionali e Principi Unidroit, Giuffrè, Milano, 1997

[152] I Principi UNIDROIT hanno rappresentato materia di studio e di approfondimento per un'attenta dottrina. Tra i molti scritti dedicati al tema vedi DE NOVA G., *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali,* in I Contratti, 1995, pg. 5 ss.; DI MAJO A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit,* in Contratto e Impresa – Europa, 1996, pg. 287 ss.; FERRARI F., *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione,* in Contratto e Impresa – Europa, 1996, pg. 300 ss.; PERNAZZA F., *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto,* in Rivista di diritto commerciale, 1996, pg. 297 ss.

[153] ZACCARIA E. C., *cit.,* pg. 418 ss. osserva come i Principi UNIDROIT, a differenza della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili, sono stati redatti da insigni giuristi i quali non hanno agito come rappresentanti degli Stati di appartenenza, bensì a titolo personale, come esperti nel campo del diritto contrattuale e del diritto del commercio internazionale. Nonostante rappresentino una fonte di *soft law,* applicabile solo se ed in quanto richiamata dalle parti, i Principi hanno trovato un'adeguata diffusione, in quanto generalmente riconosciuti nel commercio internazionale come *lex mercatoria*.

nell'ambito di questa finalità, particolare rilievo assume la disciplina delle sopravvenienze. I Principi, infatti, recepiscono nella loro articolazione uno strumento da tempo utilizzato nella prassi commerciale[154].

In particolare, sono dedicati alla richiamata materia e alla problematica dei rimedi applicabili gli artt. 6.2.2[155] e 6.2.3[156]. Preliminarmente, viene affermata la vincolatività del contratto anche qualora l'adempimento della prestazione diventi più oneroso per una delle parti, fatta salva l'ipotesi di *hardship*[157]. La disciplina delle sopravvenienze rappresenta, quindi, una deroga al principio dei *pacta sunt servanda* e sottintende una particolare attenzione al principio del *favor contractus* e alla conservazione dell'accordo[158].

---

[154] Per un approfondimento sul tema vedi MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale,* Cedam, 2006, pg. 71 ss.

[155] L'art. 6.2.2. dei Principi UNIDROIT stabilisce: *"Ricorre l'ipotesi di* hardship *quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti o per la diminuzione del valore della controprestazione e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata".*

[156] L'articolo 6.2.3. dei richiamato Principi dispone: *"(1) In caso di* hardship *la parte svantaggiata ha diritto di richiedere 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 un'ipotesi di* hardship, *può, ove il caso (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio"*

[157] L'art. 6.2.1 dei Principi, rubricato "Obbligatorietà del contratto" stabilisce: *"Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle presenti disposizioni sull'*hardship*"*

[158] MARASCO G., *op. ult. cit.,* osserva: *"Il* favor contractus *domina, senz'altro, l'intera sezione dedicata alla* hardship; *ciò emerge dalla disposizione qui esaminata*

Successivamente, viene individuato il concetto di *hardship,* cioè cosa debba intendersi per sopravvenienza rilevante che altera l'equilibrio contrattuale; solo una alterazione grave e sostanziale, derivante dall'accrescimento dei costi della prestazione di una delle due parti ovvero dalla diminuzione del valore della controprestazione, il cui rischio non era stato assunto dal contraente svantaggiato, può dare luogo all'applicazione dei rimedi individuati dalla normativa in esame.

Così come le *hardship clauses* diffuse nella prassi commerciale, anche la definizione della sopravvenienza rilevante fornita dai Principi UNIDROIT appare generica ed ampia; non vengono forniti elenchi esemplificativi, né specifici criteri di valutazione dell'evento, che deve rivestire i caratteri dell'imprevedibilità e della esteriorità[159].

Dopo avere descritto la fattispecie rilevante, i Principi individuano i rimedi esperibili in caso di sopravvenienza nella rinegoziazione frutto dell'accordo tra le parti e, in via subordinata, nell'intervento del giudice sollecitato da uno dei contraenti. In primo luogo, è necessario osservare come al verificarsi di una sopravvenienza, sorge il diritto alla rinegoziazione dell'accordo: tale meccanismo riveste una particolare importanza, poiché permette di individuare la *ratio* centrale della descritta normativa nella conservazione del contratto. A differenza di quanto previsto in diversi ordinamenti interni, in cui il rimedio

---

che impone l'obbligo di esecuzione anche in caso di alterazione dell'equilibrio del contratto; ma altresì, e soprattutto, delle regole che disciplinano la hardship *le quali indicano la strada della sopravvivenza del contratto come preferibile".* (pg. 74)

[159] MARASCO G., *ult. cit.,* a questo proposito osserva:*"L'evento, esterno alla sfera di controllo delle parti, perché rilevi ai fini della revisione, deve essere posteriore alla stipulazione del contratto e, comunque, non conosciuto prima di questo momento, il che significa che le parti (e principalmente quella svantaggiata) non ne abbiano potuto "ragionevolmente" tener conto nel fissare le reciproche obbligazioni"* (pg. 74) Sul tema vedi anche CIRIELLI S. E., *Clausola di* harship *e adattamento nel contratto commerciale internazionale,* in Contratto e Impresa – Europa, 1998, pg. 775 ss.

principale in caso di sopravvenienza anche non impossibilitane è rappresentato dalla risoluzione dell'accordo, in ambito internazionale si preferisce mantenere il contratto, la cui caducazione rappresenta esclusivamente l'*extrema ratio*.

Affinchè la parte svantaggiata possa validamente esercitare il proprio diritto alla rinegoziazione, quando si verifica una sopravvenienza rilevante la stessa ne deve dare immediata comunicazione alla controparte, indicando le ragioni sulle quali si basa la richiesta. Una volta effettuata la notifica ed accertata la sussistenza della *hardship*, le parti possono procedere alla rinegoziazione; solo qualora non si raggiunga il nuovo accordo entro un ragionevole lasso di tempo, ciascuno dei contraenti avrà il potere di rivolgersi al giudice, il quale, alternativamente, pronuncerà la risoluzione dell'originario negozio ovvero ne modificherà unilateralmente il contenuto per ripristinare l'equilibrio perduto a causa della sopravvenienza[160].

Se, da una parte, è evidente l'accoglimento del principio del *favor contractus*, dall'altra non può non sottolinearsi il ruolo che la buona fede riveste nell'ambito delle trattative di rinegoziazione. Il principio di buona fede, espressamente sancito dall'art. 1.7 dei Principi UNIDROIT,

---

[160] ZACCARIA E. C., *cit.* riporta una delle prime decisioni che richiama i Principi UNIDROIT ed in particolare gli artt. 6.2.2 e 6.2.3 in tema di *hardship*. La Corte arbitrale di Berlino ha dovuto pronunciarsi su una controversia risalente al 1992, riguardante un contratto di fornitura di macchinari fra due organizzazioni economiche, una della Repubblica Democratica Tedesca, l'altra di una altro paese dell'Est Europeo. In seguito all'unificazione della Germania e alla conseguente apertura dei mercati verso l'Occidente, i macchinari persero tutta la loro utilità per l'importatore tedesco e, quindi, adducendo come causa il sopraggiungere di un sostanziale mutamento delle circostanze rispetto alla condizioni originarie del contratto, quest'ultimo invocò la *hardship*. La Corte Arbitrale di Berlino, facendo espressa applicazione dei richiamati articoli dei Principi, accolse la prospettazione dell'importatore tedesco e concesse la risoluzione del contratto di fornitura a causa della sostanziale alterazione dell'equilibrio contrattuale, non più ripristinabile nel caso di specie.

è sottesa ad ogni fase della vicenda contrattuale e riveste un ruolo peculiare nel momento della rinegoziazione. Questa deve infatti svolgersi in un contesto di reciproca collaborazione ed implica un serio impegno alla manutenzione dell'originario accordo. Se le parti, nonostante il rispetto delle regole di correttezza, non riescono a trovare un nuovo accordo, le stesse possono anche singolarmente provocare l'intervento sostitutivo del giudice; quest'ultimo, ricorrendo a principi di equità integrativa, può sostituirsi alla volontà dei contraenti, riscrivendo il contenuto dell'accordo ovvero risolvendo il contratto originario con l'adozione dei provvedimenti necessari[161].

2. I PDEC e il mutamento delle circostanze

Per comprendere meglio la disciplina delle sopravvenienze e dei rispettivi rimedi, appare coerente con la finalità di indagine del presente lavoro analizzare la soluzione adottata nel diritto privato europeo dai *Principles of European Contract Law (PECL)*[162] prima e dal *Draft Common Frame of Reference* poi. E' possibile fin da subito evidenziare come le soluzioni adottate dai gruppi di giuristi che hanno redatto sia i *Principles* che il *Draft* sono tra loro simili, e a loro volta sono analoghe a quelle previste nei già richiamati Principi UNIDROIT[163]. In chiusura del

---

[161] GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto,*Cedam, Bologna, 2005 osserva come *"l'equità correttiva diventa, a questo modo, una regola generale, operante sia per correggere lo squilibrio originario del contratto, sia per ripristinare l'equilibrio successivamente alterato. La libertà contrattuale resta un valore fondamentale espresso dall'art. 1.1; ma è una libertà che, per la* lex mercatoria*, trova limite in altri valori, quali la buona fede e la correttezza nel commercio internazionale, alla cui violazione la* lex mercatoria *reagisce con la sostituzione autoritativa del contratto equo al contratto voluto dalle parti".*

[162] Per la versione inglese cfr. LANDO O. – BEAL H., *Principles of European Contract Law,* Hague/London/Boston, 2000

[163] Sul tema vedi TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali op. cit.,* pg. 327 ss

presente capitolo, sarà possibile evidenziare meglio le analogie tra le varie fonti di diritto internazionale ed europeo, anche per comprendere se sia possibile individuare un'influenza delle stesse negli ordinamenti interni e, in caso di risposta affermativa, quale grado abbia all'interno dei differenti sistemi, in particolare quello interno.

Iniziando l'analisi dai Principi di Diritto Europeo dei Contratti, la norma di riferimento è l'art. 6:111 PECL, rubricato *"Mutamento delle circostanze"*. Tale disposizione stabilisce quanto segue: *"(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 ragionevolmente suscettibile 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 i vantaggi derivanti dal mutamento delle 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."

Attraverso tale norma, anche i Principi di Diritto Europeo dei Contratti, così come i Principi UNIDROIT e i vari ordinamenti di *common law* e *civil law,* dettano una disciplina relativa alle sopravvenienze contrattuali e ai rimedi esperibili nell'ipotesi in cui il rapporto tra le parti subisca dei mutamenti successivamente alla conclusione dell'accordo[164]. I Principi, dopo avere sancito l'obbligo legale di adempiere la prestazione derivante dal contratto, anche nel caso in cui la stessa sia divenuta più onerosa, fissano un'eccezione alla regola, descrivendo con particolare attenzione le ipotesi di mutamento delle circostanze giuridicamente rilevanti per l'esperibilità dei rimedi di risoluzione ovvero di rinegoziazione dell'accordo.

La fattispecie di sopravvenienza descritta dal PDEC, riconducibile all'eccessiva onerosità sopravvenuta e assimilabile a quella prevista dall'ordinamento interno all'art. 1467 c.c., deve rivestire una serie di caratteri al fine di permettere ai contraenti l'acceso al sistema rimediale previsto. Innanzitutto, il mutamento delle circostanze deve verificarsi dopo la conclusione del contratto, deve cioè essere sopravvenuto rispetto all'accordo delle parti; in secondo luogo, non doveva poter essere preso in considerazione come un'eventualità plausibile al momento del perfezionarsi dell'accordo ed, infine, non deve rientrare tra i rischi che

[164] Per un approfondimento sul tema del mutamento delle circostanze nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti vedi BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze,* in Europa e Diritto Privato, 2003, 3, pg. 467 ss.; CASTRONOVO C. (Edizione italiana a cura di), *Principi di diritto Europeo dei Contratti. Parte I e II.* Giuffrè, Milano, 2001, pg. 361 ss.; BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze,* in Europa e Diritto Privato, 2003, 3, pg. 467 ss.; CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S.(a cura di), *Manuale di diritto privato europeo,* Giuffrè, Milano, 2007, pg.539 ss.

una o entrambi le parti si siano accollate ovvero siano tenute a sopportare[165].

Così come i Principi UNIDROIT, anche i *Principles* meritano una particolare attenzione con riferimento alla problematica delle sopravvenienze. L'art. 6:111 PDEC, infatti, seguendo il modello della prassi internazionale, prevede alternativamente lo scioglimento del contratto ovvero la sua rinegoziazione, privilegiando, però, quest'ultima opzione.

Da un lato, infatti, i Principi di Diritto Europeo dei Contratti stabiliscono che, qualora le parti non riescano a trovare un nuovo accordo in un tempo ragionevole, è possibile per entrambe richiedere l'intervento integrativo del giudice che, sostituendosi ai contraenti, decide se e a quali condizioni sciogliere il contratto, ovvero se manutenere il negozio giuridico originario, modificando il suo contenuto. Tale disposizione riflette la moderna tendenza ad attribuire al giudice un particolare potere di intervento nel rapporto contrattuale con fini equitativi, alla luce di un'autonomia contrattuale delle parti che

[165] CASTRONOVO C., *Principi di diritto Europeo dei Contratti cit.*, precisa: "Il primo presupposto deriva direttamente dalla prima parte del comma 2: il mutamento di circostanze deve aver cagionato un importante squilibrio nel contratto (…). Il modello della eccessiva onerosità entra in gioco soltanto quando il contratto è completamente ribaltato dagli eventi, in modo che se pure esso può essere ancora adempiuto, questo comporterà costi del tutto esagerati per una delle parti. I termini della regola mostrano chiaramente che il giudice non deve interferire quando ci sia un puro e semplice squilibrio tra le prestazioni. (…) Il secondo presupposto è che il mutamento delle circostanze deve essere occorso dopo che il contratto è stato stipulato (…). In terzo luogo, il mutamento delle circostanze non deve essere stato ragionevolmente preso in considerazione dalle parti (…) La insostenibile difficoltà (*hardship*) non può essere invocata come impossibilità sopravvenuta se avrebbe dovuto essere prevista e di essa avrebbe dovuto tenere conto nella medesima situazione una persona assennata (*reasonable man*), uno che non sia ingiustificatamente ottimista o pessimista né privo di attenzione per i propri interessi (…). Infine, deve essere deciso se la parte che subisce il mutamento delle circostanze deve sopportare tale rischio, sia perché lo h assunto espressamente o perché il contratto è aleatorio" (pg. 363 ss)

diviene man mano sempre meno intangibile. L'intervento del giudice, comunque, rappresenta un'*extrema ratio*, dal momento che quest'ultimo interviene su richiesta di una delle parti solo qualora le stesse non siano riuscite a trovare un nuovo accordo in seguito a serie trattative[166].

Dall'altro lato, il *favor* nei confronti della rinegoziazione dell'accordo, rispetto alla caducazione dello stesso, si evince dalla previsione del rimedio risarcitorio, espressamente disciplinato dalla norma in esame, nell'ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative ovvero di rifiuto di intavolarle. Tale risarcimento riguarda in particolare la perdita di *chance* riconducibile ad un comportamento contrario a buona fede.

Tali considerazioni e conclusioni in ordine all'obbligo di rinegoziazione e all'ampiezza dei poteri di intervento integrativo del giudice, esposte in relazione ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti, possono essere estese anche all'analisi delle disposizioni dettate nel *Draft Common Frame of Reference (segue).*

3. *(segue)* Mutamento delle circostanze e il *Draft Common Frame of Reference*

Il *Draft Common Frame of Reference*[167] è un progetto di codice civile europeo predisposto da una Commissione accademica coordinata

[166] CASTRONOVO C., *ult. cit.* sottolinea come il potere del giudice incontri comunque dei limiti. In particolare, l'Autore precisa che "il giudice può modificare le clausole del contratto, ma non può riscrivere il contratto nel suo insieme. Le modifiche apportate al contratto non possono mettere capo a un contratto nuovo tra le parti" (pg. 366)

[167] Per un approfondimento sul tema vedi ALPA G. – IUDICA G. – PERFETTI U. – ZATTI P. (a cura di), *Il* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2009

da Christian von Bar; la prima versione è stata pubblicata nel 2008 e nel 2009 il testo è stato aggiornato.

Tale apparato normativo, con riferimento al tema di indagine del presente lavoro, disciplina le sopravvenienze verificatesi dopo la conclusione del contratto, ovvero dopo aver posto in essere un atto giuridico unilaterale produttivo di obbligazioni, in modo analogo ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti.

In particolare, nel Libro III, dedicato alle obbligazioni, si sancisce un obbligo giuridico di rinegoziazione e si prevede un intervento sostitutivo ed integrativo del giudice qualora le parti non riescano a raggiungere un nuovo accordo in seguito al manifestarsi di un'eccessiva onerosità della prestazione riconducibile ad un mutamento delle circostanze[168].

---

[168] Nel libro III, dedicato alle obbligazioni e ai corrispondenti diritti (*"Obligations and corresponding rights"*) l'art 1:110, rubricato *"Variation or termination by court on a change of circumstances"* stabilisce: *«(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court. (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation»* ((1) Un'obbligazione deve essere eseguita anche se la prestazione sia divenuta più onerosa, o perchè il costo della prestazione sia aumentato, ovvero perchè il valore della controprestazione sia diminuito. (2) Se, tuttavia, la prestazione derivante da un contratto ovvero da un atto giuridico unilaterale diventa eccessivamente onerosa a causa di una eccezionale modifica delle circostanze che rendono manifestamente ingiusta la richiesta dell'obbligazione del debitore, il giudice può: (a) modificare la prestazione in modo da renderla ragionevole ed equa alla luce delle nuove circostanze; o (b) sciogliere il contratto o estinguere

Tale previsione normativa, pertanto, conferma le scelte già compiute da altri gruppi di studiosi europei nei precedenti progetti già analizzati; in particolare, l'attenzione viene soffermata sul rischio quantitativo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e sull'intervento del giudice in seguito ad una fallita trattativa tra le parti.

4. I caratteri comuni della rinegoziazione nel diritto privato europeo ed internazionale

Alla luce dell'analisi svolta nei precedenti paragrafi, è possibile trarre alcune conclusioni inerenti la disciplina delle sopravvenienze in ambito sovranazionale. In particolare, è possibile osservare come le conclusioni della prassi del commercio abbiano trovato accoglimento in testi di *soft law* aventi valenza internazionale (Principi UNIDROIT) ed europea (PDEC e *Draft Common Frame of Reference).*

La tendenza messa in luce ed estrinsecatasi nella redazione dei testi ad opera di gruppi di studiosi appare evidente: in caso di sopravvenienze che comportino il mutamento delle circostanze rispetto al momento della conclusione del contratto, si predilige un sistema rimediale improntato su un nuovo accordo tra le parti, diretto alla conservazione dell'originario negozio giuridico; ma, se i contraenti non

---

l'obbligazione a far data da un termine e alle condizioni stabilite dal giudice stesso. (3) Il paragrafo 2 trova applicazione solo se (a) il mutamento delle circostanze interviene dopo il sorgere dell'obbligazione; (b) il debitore non aveva preso in considerazione, o non poteva ragionevolmente prevedere, la possibilità del mutamento delle circostanze; (c) il debitore non ha assunto, o non poteva ragionevolmente prevedere di avere assunto, il rischio di quel mutamento delle circostanze; e (d) il debitore ha tentato, ragionevolmente ed in buona fede, di raggiungere attraverso una negoziazione un giusto ed equo aggiustamento dei termini di regolamentazione dell'obbligazione).

riescono a rinegoziare il contratto dopo avere intavolato trattative improntate al principio di buona fede e correttezza, è possibile chiedere un interveto sostitutivo ed integrativo del giudice, il quale gode di un ampio potere discrezionale nella scelta tra la modifica e la risoluzione dell'accordo. Il fine a cui tendono tali strumenti è sempre il medesimo: il riequilibrio del rapporto contrattuale e delle prestazioni in esso dedotte[169].

Dopo avere messo in evidenza i caratteri comuni delle normative precedentemente analizzate, appare necessario indagare quali siano le soluzioni adottate nei vari ordinamenti europei con riguardo al tema della rinegoziazione[170] e interrogarsi sull'eventuale influenza che le scelte normative sovranazionali abbiano avuto sui legislatori interni.

Abbiamo già analizzato l'esperienza di *common law*[171], evidenziando l'evoluzione intervenuta in tema di sopravvenienze nel diritto inglese: da una pedissequa osservanza del principio dei *pacta sunt servanda* si è assistito, con l'accoglimento della teoria della *frustration*

---

[169] TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali op. cit.*, osserva a questo proposito: "In realtà, dunque, una simile tendenza (…) può essere meglio inquadrata nel più ampio movimento che sta ponendo le basi per una difesa generale dell'equilibrio contrattuale, con mezzi che ne tutelino l'esistenza al momento della conclusione del contratto e la persistenza per tutta la sua durata. Si tratta dunque di una tendenza all'affermazione, nel nome di una sempre più diffusa penetrazione del concetto della buona fede all'interno di tutte le fasi di vita contrattuale, del requisito dell'equivalenza o proporzionalità tra le prestazioni, tendenza che sta avendo sempre maggiori riflessi negli ordinamenti interni, anche sotto la spinta della normativa della Comunità Europea e della elaborazione della giurisprudenza della sua Corte di Giustizia.

[170] Sul punto vedi MANTELLO M., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale. Il problema dei presupposti del contratto nelle esperienze giuridiche di common law e civil law con particolare riguardo all'istituto della presupposizione cit.*; TOMASSINI R. (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale cit.*; TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali op. cit.*

[171] Vedi Capitolo II paragrafo 3 del presente lavoro

of the contract, ad elaborazioni dottrinarie tese ad attenuare tale rigidità e ad individuare cause di esonero dall'inadempimento.

Prima di concentrare l'attenzione sul sistema italiano e sulle varie tesi dottrinarie sviluppatesi in materia di rinegoziazione del contratto, sembra opportuno un breve accenno, in chiave comparatistica, al sistema tedesco. Se, infatti, nel *common law* inglese non sembra trovare spazio il rimedio della rinegoziazione; se nel nostro ordinamento tale rimedio è stato elaborato in via interpretativa dalla dottrina, ma ancora non accolto dalla giurisprudenza (*vedi intra*), al contrario nell'ordinamento tedesco la riforma del BGB ha adottato soluzioni normative analoghe a quelle sovranazionali[172].

Il paragrafo § 313 BGB, dedicato alla alterazione del fondamento negoziale, stabilisce che, se le circostanze poste a fondamento dell'accordo negoziale sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso con un contenuto differente qualora fossero state consapevoli dei sopravvenuti mutamenti, le stesse possono pretendere l'adeguamento del contratto qualora, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto ed in particolare dell'equilibrio contrattuale, non possa pretendersi da uno dei contraenti il mantenimento del contratto non modificato. I rimedi previsti nella fattispecie descritta vanno dal recesso, qualora non sia possibile una rinegoziazione delle condizioni contrattuali, all'intervento del giudice, che gode di ampi margini di discrezionalità nella possibile modifica del contenuto dell'originario negozio giuridico.

---

[172] CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S.(a cura di), *op. cit.*, pg. 535 ss.; TRAISCI F.P., *op. cit.*, pg. 97 ss.

Il legislatore tedesco, pertanto, detta una disciplina finalizzata alla salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e, a differenza delle discipline sovranazionali, non limita il rimedio della rinegoziazione e dell'intervento integrativo del giudice all'ipotesi di eccessiva onerosità, ma considera le sopravvenienze in modo unitario, senza una previa differenziazione tra rischi quantitativi e rischi qualitativi.

Alla luce di tali esperienze, sembrerebbe potersi affermare una tendenza sia internazionale che europea ad una forte attenuazione del principio dei *pacta sunt servanda* in favore di un sistema giuridico attento alla salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e all'estensione della rilevanza delle sopravvenienze, anche a discapito della autonomia contrattuale delle parti.

Partendo da tale osservazione, è necessario soffermarsi sull'esperienza italiana e sulle proposte della dottrina in tema di rinegoziazione del contratto, per poi tentare un comparazione con le normative descritte e interrogarsi sulla sussistenza di una influenza, già presente o ipotizzabile in futuro, sulle soluzioni adottate all'interno del nostro ordinamento in materia di sopravvenienze e di presupposizione.

CAPITOLO IV

La rinegoziazione del contratto nell'ordinamento interno

SOMMARIO: 1. Le clausole di rinegoziazione e l'obbligo convenzionale di manutenzione del contratto – 2. Obbligo legale di rinegoziazione nel diritto interno: le varie ipotesi dottrinarie – 3. *(segue)* E' ipotizzabile un obbligo legale di rinegoziazione? Il ruolo della buona fede integrativa – 4. I poteri del giudice in caso di trattativa rinegoziativa non andata a buon fine

Il tema della rinegoziazione è divenuto oggetto di indagine da parte della dottrina interna da circa un ventennio[173] e varie tesi sono state avanzate sulla materia in esame.

In particolare, diverse sono le problematiche affrontate dagli insigni studiosi del diritto interno; in primo luogo, l'attenzione è stata concentrata sulla validità delle clausole convenzionali di rinegoziazione e sul loro possibile fondamento giuridico; in secondo luogo, ci si è interrogati sulla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione in virtù della disciplina delle sopravvenienze e sulla clausola di buona fede; infine, l'indagine si è incentrata sui poteri del giudice in caso di trattative rinegoziative non andate a buon fine[174].

---

[173] Tra i vari autori che si sono occupati del tema della rinegoziazione vedi CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto cit.*; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare,* Giuffrè, Milano, 2004; MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine,* Jovene Editore, Napoli, 1996; MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto : strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale cit.*; TOMASSINI R. (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale cit.*

[174] Per una sintesi sulla diverse tematiche vedi SICCHIERO G., *La rinegoziazione,* in Contratto e impresa, 2002, 2, pg. 774 ss.

Nel presente capitolo, l'indagine si soffermerà sulle varie tematiche brevemente richiamate e si cercherà di fornire una ricostruzione della materia della rinegoziazione quanto più in armonia con l'ordinamento, per poi confrontare la compatibilità delle conclusioni raggiunte con l'istituto della presupposizione.

5. Le clausole di rinegoziazione e l'obbligo convenzionale di manutenzione del contratto

L'esigenza di gestire il rischio di un'alterazione dell'originario equilibrio contrattuale fissato dalle parti è fortemente sentita dai contraenti, soprattutto nell'attuale periodo storico, caratterizzato da un rapido mutamento delle circostanze in cui è stato perfezionato l'accordo. Come evidenziato nel capitolo precedente, tale problematica è stata affrontata innanzitutto nell'ambito del commercio internazionale, che da alcuni decenni è caratterizzato dall'inserimento delle *hardship clauses* all'interno degli accordi transfrontalieri; tali clausole sono dirette a permettere la rinegoziazione del contratto nel caso di particolari sopravvenienze, spesso individuate dalle parti al momento del perfezionamento del negozio[175].

La descritta necessità è stata avvertita anche nell'ordinamento interno, nel quale con crescente frequenza sono state inserite nei contratti, soprattutto quelli ad esecuzione continuata e periodica, clausole di rinegoziazione[176]. Tali clausole hanno la funzione di

[175] Vedi *supra* Capitolo III paragrafo 1 del presente lavoro e la bibliografia richiamata in quella sede.
[176] Vedi CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, pg. 42 ss.; COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione*

estendere la collaborazione tra i contraenti anche a momenti critici del rapporto contrattuale, non limitandola esclusivamente al momento perfezionativo ed esecutivo del contratto[177].

Le principali problematiche legate alle summenzionate clausole sono legate principalmente alla loro configurabilità all'interno del nostro ordinamento, con riferimento all'aspetto della validità e della meritevolezza dell'interesse perseguito, nonché della loro determinatezza. E' necessario, cioè, indagare la compatibilità di tali accordi con i principi generali in materia contrattuale[178].

Occorre ricordare come il nostro codice civile abbia tentato, sebbene attraverso strumenti che oggi possono sembrare inadeguati ed insufficienti, di contemperare il principio cardine dei *pacta sunt servanda* con l'esigenza di intervenire con tecniche dirette a neutralizzare gli intervenuti squilibri contrattuali derivanti da sopravvenienze successive alla conclusione del negozio giuridico[179]. Il

---

unilaterale del prezzo, in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie di contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali,* Giuffrè, Milano, 1992; MARASCO G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto,* in Contratto e impresa cit.

[177] In tal senso CESARO M. V., *op. cit.*, secondo cui gli operatori "hanno avvertito l'esigenza di elaborare tecniche funzionali alla gestione ed al controllo del rischio contrattuale, tra le quali la più moderna ed evoluta è forse la clausola rinegoziativa, regola convenzionale che sottintende la volontà dei contraenti di non contenere la propria collaborazione nella fase redazionale dell'assetto di interessi ma di estenderla anche ai momenti critici dell'esecuzione". Tali clausole, osserva l'Autore, sono molto più efficienti delle clausole di indicizzazione, che hanno un campo di applicazione limitato sia con riferimento al tipo di obbligazione a cui possono accedere (esclusivamente le obbligazioni pecuniarie) che ai rischi che possono coprire. Sulle clausole di indicizzazione vedi PARDOLESI R., *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità* in Foro Italiano, 1981, I, c. 2132

[178] Tale problematica è affrontata diffusamente da CESARO M. V., *op. cit.*,pg. 42 ss. nonché da MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto : strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale cit.* pg. 97 ss

[179] Si rimanda al Capitolo I e II in tema di sopravvenienze e di rimedi contro le stesse. Vedi, inoltre, sul tema CESARO M. V., *op. cit.*,pg. 38 secondo il quale "Scegliere se privilegiare la certezza e la stabilità del rapporto, valori assicurati dal principio *pacta*

legislatore del ’42, in tale ottica, ha scelto di sancire, in sede di disciplina generale del contratto, il principio della risolubilità dell’originario accordo nell’ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), non prevedendo né un espresso obbligo legale di rinegoziazione, né un potere integrativo e sostitutivo del giudice. Sebbene l’art. 1467 c.c. preveda la possibilità di richiedere la riconduzione ad equità del contratto, la disciplina codicistica sembrerebbe prediligere, comunque, il rimedio caducatorio (vedi *infra* paragrafo 3).

Per tale motivo è, quindi, necessario interrogarsi sulla compatibilità delle clausole di rinegoziazione con i principi contrattuali e sulla possibilità che l’autonomia privata si indirizzi nel senso della conservazione del contratto, piuttosto che verso la risoluzione del rapporto. Tale indagine implica un esame della meritevolezza dell’interesse perseguito nella suddetta fattispecie dalle parti[180].

Ad un’analisi superficiale, potrebbe apparire che le finalità proprie della clausola di rinegoziazione siano in contrasto con la scelta compiuta dal legislatore, che individua nel rimedio risolutorio lo strumento di tutela per la parte svantaggiata dalla sopravvenienza. In realtà tale conclusione non appare corretta alla luce di una visione sistematica dell’ordinamento.

---

sunt servanda, o invece elaborare strumenti diretti a porre rimedio alle situazioni contrarie alla giustizia sostanziale è stato il problema da risolvere, e può convenirsi che il legislatore ha introdotto una disciplina che, seppur ancor oggi ritenuta inadeguata ed insufficiente, ha avuto in sede di creazione l’obiettivo di contemperare le opposte esigenze”.

[180] Non solleva dubbi sulla meritevolezza delle clausole di rinegoziazione SICCHIERO G., *La rinegoziazione op. cit.* pg. 792, dal momento che le stesse attribuisono flessibilità al contratto in relazione alle esigenze di adattarlo alla mutevolezza delle circostanze.

Si ritiene, infatti, di aderire alle tesi secondo cui le clausole in esame sono pienamente valide e perseguono interessi meritevoli di tutela, essendo pienamente conformi ai principi contrattuali[181]. All'interno del codice sono rinvenibili una serie di norme all'interno della disciplina speciale dei singoli contratti che mirano alla conservazione del contratto a fronte di sopravvenienze successive alla conclusione del negozio.

La clausola di revisione convenzionale dell'originario accordo, infatti, è una modalità di gestione del rischio contrattuale, volto a ristabilire l'equilibrio alterato dalle sopravvenienze: le finalità proprie di questo accordo sono, pertanto, la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e il mantenimento del vincolo negoziale. Tali scopi sono indubbiamente meritevoli di tutela, essendo anche normativizzati – come ricordato – in una serie di disposizioni normative[182].

Oltre all'art. 1467 comma 3 c.c., che disciplina l'offerta di riconduzione ad equità del contratto alterato da avvenimenti straordinari

---

[181] Per la piena validità delle clausole di rinegoziazione si esprime la unanime dottrina che si occupata del tema della manutenzione del contratto, sia con riferimento al diritto interno che a quello internazionale. Sul punto, MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione op. cit.*, pg. 332 ss. ritiene che l'ammissibilità di una clausola all'interno del nostro ordinamento debba essere valutata sulla base di un riscontro di liceità e compatibilità con le norme imperative; il controllo di meritevolezza, pertanto, verrebbe assorbito dalla possibilità di determinare liberamente il contenuto contrattuale nei limiti imposti dalla legge. Tale ricostruzione è invece criticata da quella parte della dottrina che, oltre ad un esito negativo del controllo in riferimento alla liceità, ritiene necessaria una verifica in senso positivo circa la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, verifica che implica l'individuazione dello specifico interesse perseguito dal contratto. Sull'argomento vedi GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti, II*, Cedam, Padova, 2004, pg. 229 ss. L'ultima delle posizioni suesposte è fatta propria anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità: si richiama *ex multis* Cassazione, 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Foro italiano*, 1983, I, c. 2997

[182] Sul punto vedi CESARO M. V., *op. cit.*,pg. 42 ss. nonché da MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale cit.* pg. 97 ss

ed imprevedibili[183], vengono in rilievo nella materia in esame varie norme contenute nella disciplina dei contratti tipici[184].

Emblematica è la disciplina dettata in tema di appalto dall'art. 1664 c.c.[185], in base al quale il principio generale dell'invariabilità del corrispettivo dovuto è derogato alla luce dell'interesse per la conservazione e l'attuazione dell'accordo originario. Qualora, infatti, l'equilibrio delle prestazioni rispettivamente del committente ovvero dell'appaltatore si modifichino per un aumento o una diminuzione del costo dei materiali o della manodopera che comportino una modifica superiore al decimo del prezzo convenuto, entrambe le parti possono chiedere una revisione del prezzo[186].

---

[183] L'art. 1467 c.c. comma 3 dispone testualmente: "La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

[184] TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti cit*, pg. 240 osserva che la conservazione dell'equilibrio contrattuale è prevista nella disciplina di alcuni contratti tipici, per la ragione che essi rispecchiano una cultura ed una logica più evoluta rispetto a quella che permea la teoria generale del contratto.

[185] L'art. 1664 c.c. dispone: "1. 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 2. Se nel corso dell'opera si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appalto, questi ha diritto a un equo compenso".

[186] Con riferimento alla disciplina sull'appalto vedi FRANCESCHELLI V., *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in Contratti, 1994, pg. 385 ss.; MACARIO F., *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in IUDICA G. (a cura di), Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali, Padova, Cedam, 1995, pg. 135 ss. Con riferimento alla disciplina delle sopravvenienze in tema di appalto CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione op. cit.*,pg. 64 osserva: "Più precisamente nei casi di sopravvenuta «onerosità» della prestazione si è preferito attribuire alla parte svantaggiata il diritto non già di ricorrere al rimedio risolutorio, che non garantirebbe sul piano economico una tutela soddisfacente, ma al contrario di procedere alla revisione del prezzo in modo tale da salvaguardare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni. Questa revisione del prezzo (…) è rimessa all'accordo dei contraenti, a ciascuno dei quali è, comunque, riconosciuta la facoltà, nel caso di disaccordo, di ricorrere all'autorità giudiziaria per la fissazione del prezzo in via suppletiva".

Oltre alle disposizioni in tema di appalto, il legislatore ha stabilito regole volte a manutenere l'accordo originario dei contraenti anche in tema di affitto e di assicurazione. Con riferimento al primo dei richiamati negozi giuridici, il codice riconosce ai contraenti la possibilità di chiedere al giudice un aumento o una diminuzione del canone concordato, qualora una disposizione di legge ovvero un provvedimento dell'autorità amministrativa riguardanti la gestione produttiva abbiano generato variazioni rilevanti (art.1623 c.c.[187]). Il rimedio del riequilibrio delle prestazioni contrattuali può essere richiesto da entrambi le parti e l'esigenza di conservazione del negozio è privilegiata rispetto alla risoluzione, prevista quale *extrema ratio*[188].

Alla medesima esigenza di conservazione del contratto è informata la disciplina della diminuzione del rischio nel contratto di assicurazione. L'art. 1897 c.c. stabilisce che se il contraente comunica all'assicuratore mutamenti che producono una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore, l'assicuratore non può che esigere il minor premio, a decorrere dalla scadenza del premio o della rata successiva alla comunicazione suddetta. Lo stesso ha comunque la facoltà di recedere dal contratto entro due mesi dalla comunicazione dell'assicurato. Anche in tale fattispecie viene

[187] Tale disposizione, rubricata "Modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale" stabilisce al comma 1: "Se, in conseguenza di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita o un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto"

[188] Sul contratto di affitto vedi BIVONA G., *Affitto di fondi rustici. Affitto e coltivatore diretto,* in Commentario al codice civile, SCHLESINGER P. (diretto da), Giuffrè, Milano, 1995

attenuata la rigidità del principio dell'obbligatorietà del vincolo contrattuale, concedendo all'assicurato il diritto di ottenere la riduzione del premio, fatta salva la possibilità di recedere dall'accordo concessa alla controparte[189].

Dopo tale breve *excursus* inerente alla norme codicistiche che prevedono strumenti diretti a riequilibrare le prestazioni delle parti del contratto, è possibile affermare con maggior certezza che le clausole di rinegoziazione sono ammissibili nel nostro ordinamento, in quanto perseguono interessi meritevoli di tutela, protetti anche dallo stesso legislatore in specifiche norme del codice[190]. Esse pongono una espressa deroga alla disciplina dettata dall'art. 1467 c.c. in tema di sopravvenienze; ciò, comunque, non pone alcun problema di validità delle clausole in esame, dal momento che l'articolo richiamato non rappresenta una norma imperativa, ma una norma dispositiva. Infatti, se la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta avesse natura cogente, non si spiegherebbero le aperture che lo stesso legislatore mostra nella disciplina dei singoli contratti; inoltre, lo stesso art. 1467 c.c. prevede la possibilità di ricondurre ad equità il contratto, mostrando, pertanto, una apertura nei confronti della rinegoziazione dell'accordo.

---

[189] DURANTE A., *Assicurazione (contratto di)*, in Novissivo Digesto Italiano, Appendice, Utet, Torino, 1980, pg. 460

[190] Sul punto emblematiche appaiono le considerazioni di CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione op. cit.*,pg.68 ss. il quale osserva come la complessa realtà normativa consente di ribadire come in più occasioni il legislatore ha limitato l'operatività del principio formalistico della vincolatività del contratto. "Nel disciplinare gli effetti dell'eccessiva onerosità su alcune fattispecie negoziali ad esecuzione continuata o differita il sistema ha superato, così, se stesso neutralizzando l principio rigoroso e dogmatico dell'immutabilità del vincolo negoziale per introdurre uno strumento alternativo, quello della revisione, che è destinato a conservare la composizione di interessi concordata originariamente dalle parti".

In conclusione, è possibile affermare che i contraenti sono liberi di inserire nel loro accordo una clausola rinegoziativa, volta a riequilibrare le prestazioni contrattuali colpite da un sopravvenienza imprevedibile ed eccezionale. Tale prassi, sviluppatasi in un primo tempo nell'ambito del diritto internazionale, si è affermata all'interno dei singoli ordinamenti, tanto da indurre la dottrina ad interrogarsi sulla sussistenza di un obbligo legale di rinegoziazione del contratto.

6. Obbligo legale di rinegoziazione nel diritto interno: le varie ipotesi dottrinarie

Dopo avere analizzato la compatibilità dell'obbligo convenzionale di rinegoziazione con i principi generali dell'ordinamento in materia contrattuale, è necessario interrogarsi circa la possibilità di configurare un obbligo legale di rinegoziazione nel sistema interno.

Nel codice civile non si rinviene alcuna specifica norma che detti un principio generale in tal senso, ma, come illustrato nel paragrafo precedente, varie disposizioni in materia di contratti tipici appaiono normativizzare il principio di conservazione del contratto[191] e di

[191] Sul punto MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, pg. 132 ss. differenzia le norme tese a sancire l'obbligo di conservazione degli effetti del contratto e quelle dirette a normativizzare il principio di modificazione/adeguamento del regolamento di interessi in considerazione del mutato equilibrio economico. In particolare l'Autore osserva come "il tentativo di far confluire le diverse cennate problematiche in un sistema unitario di disciplina dell'effettività e/o operatività del contratto, fondato sul principio di conservazione degli atti giuridici potrebbe risultare persino fuorviante, se si accetta che discorrere di conservazione degli effetti degli atti (e dei contratti) significa affrontare un problema di ricostruzione della volontà in base ai diversi canoni ermeneutici. Si tratterebbe di una volontà ipotetica, intesa al mantenimento degli effetti giuridici che l'atto può produrre; mentre rimane al di fuori del discorso il problema della modificazione/adeguamento del regolamento di interessi in considerazione del riassetto dell'equilibrio economico, che presuppone – si è detto – la verifica della giustificazione dell'attribuzione patrimoniale".

riequilibrio tra le prestazioni dei contraenti. Partendo da tale assunto, è possibile indagare se sia possibile individuare un obbligo legale di rinegoziazione muovendo dall'interpretazione evolutiva di clausole generali dell'ordinamento. Con riferimento a tale problematica, varie sono state le ipotesi avanzate dai diversi giuristi che si sono occupati della materia[192].

La norma dettata in tema di sopravvenienze non impossibilitanti[193] nell'ambito della disciplina generale del contratto è l'art. 1467 c.c., che sancisce la possibilità di ricorrere al rimedio risolutorio nei contratti a prestazione corrispettive e ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita, qualora la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili e la sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto. La parte adempiente può evitare la risoluzione del contratto offrendo di ricondurre ad equità le prestazioni contrattuali.

Sebbene tale fattispecie rappresentasse una delle novità più significative del codice del 1942[194], la disciplina dettata in materia di

---

[192] Per una ricostruzione delle diverse teorie in tema di obbligo legale di rinegoziazione vedi SICCHIERO G., *La rinegoziazione op. cit.* pg. 796 ss.

[193] Il legislatore del 1942 ha disciplinato le sopravvenienza differenziando quelle che avessero determinato l'impossibilità della prestazione da quelle che ne avessero determinato un'eccessiva onerosità. Sul tema vedi BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità,* Cedam, Padova, 1952*;* CABELLA PISU L., *Impossibilità sopravvenuta*, SCIALOJA A. - BRANCA G. (a cura di), Commentario al codice civile, Zanichelli, Bologna, 2002; TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti cit.;* TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law cit.,* pg. 36 ss.

[194] Il Codice italiano del 1865, così come il *Code Napoléon*, non disciplinava le sopravvenienze non impossibilitanti ed era assente ogni traccia di principio che attribuisse rilevanza a questo tipo di sopravvenienze. A seguito di una acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, caratterizzato dai fautori delle teorie soggettive e delle tesi oggettive, il legislatore del 1942 ha deciso di introdurre una apposita disciplina in

eccessiva onerosità della prestazione nei contratti a prestazioni corrispettive appare inadeguata a tutelare gli interessi delle parti nel momento storico attuale[195]. In particolare, è il rimedio risolutorio, volto a caducare il contratto e i suoi effetti, che appare particolarmente drastico rispetto al fenomeno delle sopravvenienze non impossibilitati.

Se, infatti, la risoluzione dell'accordo appare la soluzione più appropriata qualora una delle prestazioni sia divenuta impossibile per una causa non imputabile alle parti, non si può giungere alle medesime conclusioni analizzando la fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, e delle sopravvenienze non impossibilitanti più in generale. In questi casi, infatti, a fronte di uno squilibrio delle prestazioni causato da un evento successivo alla conclusione del contratto, l'alternativa tra accettare tale squilibrio ovvero chiedere la risoluzione del contratto appare troppo netta, nonché iniqua per il contraente sulla cui obbligazione ha inciso la sopravvenienza[196].

"Sotto questa luce, appare chiara la scelta politica del legislatore del 1942 nella previsione della disciplina generale per i contratti a prestazioni corrispettive: di non offrire alla parte onerata strumenti di tutela flessibili"[197].

A fronte della esposta problematica, la dottrina ha cercato di fornire una soluzione adeguata all'attuale momento storico,

---

materia di eccessiva onerosità sopravvenuta. Per un approfondimento sul tema vedi TRAISCI F.P., *op. ult. cit.*, pg. 49 ss.

[195] Esprime tale opinione GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004 pg. 24 ss.

[196] GAMBINO F., *op. ult. cit.*, osserva come nella descrizione normativa dell'art. 1467 c.c., il contraente la cui prestazione sia gravata da un evento perturbatore ha davanti a sé esclusivamente due strade: o invoca la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ovvero sopporta un peso di carattere economico superiore alle iniziali previsioni.

[197] GAMBINO F., *op. ult. cit.*, pg. 27

caratterizzato da una continua evoluzione ed in cui la possibilità del verificarsi di una sopravvenienza non impossibilitante appare probabile. In particolare, vari giuristi hanno tentato di rinvenire all'interno del nostro ordinamento un fondamento giuridico dell'obbligo legale di rinegoziazione.

Infatti, per attenuare la netta contrapposizione tra la risoluzione del contratto ed il mantenimento di una rapporto iniquo tra le prestazioni, il rimedio più appropriato appare quello volto alla modificazione del negozio e alla conclusione di un nuovo accordo diretto a riequilibrare le prestazioni dei contraenti. Tale affermazione appare suffragata anche dal *favor* che il legislatore mostra di avere nei confronti del mantenimento del contratto in sede di disciplina dei singoli contratti tipici, evidenziando una particolare sensibilità alle esigenze di equilibrio e di riequilibrio tra le prestazioni contrattuali[198].

Cercando di ricostruire brevemente, nell'ottica del presente lavoro, le differenti teorie sostenute da coloro che hanno approfondito il tema dell'obbligo legale di rinegoziazione, è necessario distinguere varie tesi. In particolare, alcuni autori[199], partendo dalle clausole generali del nostro ordinamento, hanno ritenuto di rinvenire l'obbligo legale di rinegoziazione attraverso l'integrazione del contratto ad opera dell'equità e della buona fede. Altri giuristi, invece, hanno basato la propria ricostruzione su una nuova lettura degli artt. 1467 e 1664 c.c., distinguendo tra differenti sistemi di gestione del rischio contrattuale[200].

---

[198] Vedi sul punto MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto cit.*, pg. 108

[199] Vedi in particolare, CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione op. cit.;* GAMBINO F., *op. cit;* MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione op. cit.;* MARASCO G., *op. cit.*

[200] Vedi BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze op. cit.* e MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto,* in Europa e diritto privato n. 4/2007, pg. 1095 ss.

Partendo da queste ultime ricostruzioni, è possibile tentare di esporre le posizioni sostenute in materia di rinegoziazione. Sulla base delle premesse suesposte, ed escludendo che l'obbligo di rinegoziazione possa basarsi sul principio della buona fede (come, invece, si cercherà di dimostrare nel prossimo paragrafo), autorevole dottrina distingue "due diversi regimi del rischio ispirati a due diversi modelli di gestione delle sopravvenienze"[201]. In particolare, le norme di riferimento sono individuate nell'art. 1467 c.c., che si conformerebbe ad un modello consensualistico di gestione del rischio, e nell'art. 1664 c.c. in tema di appalto, informato ad un modello conservativo che privilegia l'efficiente allocazione delle risorse[202].

Nel primo dei richiamati modelli, l'art. 1467 c.c. fissa rigide regole basate sull'autodeterminazione dei contraenti; colui che è svantaggiato dalla sopravvenienza può usufruire esclusivamente del rimedio caducatorio, mentre la controparte può chiedere la riconduzione ad equità del contratto per evitare la risoluzione dello stesso. In questa ottica, il contraente inadempiente non potrebbe ricorrere *ab origine* alla rinegoziazione dell'accordo, dal momento che non si potrebbe vincolare la controparte ad una prestazione diversa da quella originariamente accettata. "In tale modello, dunque, al debitore della prestazione è garantita la congruità dello scambio ma non è garantita la permanenza dell'affare, e con essa non è garantita la profittevolezza di investimenti ad esso dedicati"[203].

---

[201] Vedi BARCELLONA M.,*op. cit.*, pg. 491
[202] Vedi BARCELLONA M.,*op ult. cit.*, pg. 491 ss.
[203] Emblematiche in questo senso le parole BARCELLONA M.,*op ult. cit.*,che aggiunge "In ossequio al principio che la tutela delle condizioni dell'autodeterminazione di uno dei contraenti non può darsi che nei limiti del rispetto delle condizioni dell'autodeterminazione dell'altro, l'art. 1467 c.c. al potere di chiedere la risoluzione

Nel modello conservativo di gestione del rischio, descritto dall'art. 1664 c.c., vengono privilegiate le ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse: il rimedio sancito dalla richiamata disposizione è costituito dalla conservazione del contratto dopo l'adeguamento del corrispettivo ovvero la corresponsione di un equo compenso[204].

Sulla base della esposta ricostruzione, pertanto, sarebbe possibile individuare due differenti modelli di gestione del rischio, l'uno volto a preservare lo scambio ma non la permanenza del vincolo contrattuale, l'altro diretto a garantire la congruità delle prestazioni e la manutenzione del negozio.

---

del contratto attribuibile al comma 1 al contraente svantaggiato fa seguire, nel co. 3, il potere della controparte avvantaggiata di evitarla offrendo di «ricondurre il contratto ad equità». (…) L'alternativa della risoluzione è così costituita esclusivamente da una ricostruzione dell'equilibrio contrattuale originario ascrivibile in egual misura alla «volontà» di entrambi le parti: a quella della parte svantaggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché la modifica delle condizioni contrattuali non fa che ripristinare l'equilibrio da essa inizialmente accettata; ed a quella della parte avvantaggiata, poiché l'incremento quantitativo della sua prestazione risale alla sua stessa offerta (di riduzione ad equità). (…) Sicchè in tale modello le ragioni dell'efficienza economica impersonate dal debitore della prestazione cedono alle ragioni dell'autodeterminazione del creditore" (pg. 491-492).

[204] BARCELLONA M.,*op ult.cit.*, precisa "In questo diverso modello, dunque, al debitore della prestazione sono garantite tanto la certezza dello scambio che l'equilibrio sinallagmatico in esso contenuto; mentre il rischio è integralmente allocato sul creditore della prestazione del tutto a prescindere dal suo consenso. E la garanzia così accordata al debitore della prestazione trova ragione, essenzialmente, nella tutela degli investimenti preordinati all'esecuzione del contratto e nell'incentivazione che essa introduce alla loro effettuazione nella misura economicamente ottimale" (pg. 493); MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative op. cit.*, aggiunge che l'art. 1664 c.c. concentra l'attenzione sulla figura dell'appaltatore, dal momento che la prestazione di tale contraente non può essere riallocata presso un altro acquirente. La dialettica degli interessi, pertanto, si atteggia diversamente non soltanto per la maggiore intensità del rischio di non ricollocabilità della prestazione cui è esposto il debitore, ma anche per il fatto che tale rischio è correlato alla sfera dell'altro contraente. "L'art. 1664, in altri termini, risulta essere razionalmente ispirato all'esigenza di assicurare una correlazione tra il beneficio di ottenere una prestazione, per così dire, *ad hoc* (e cioè specificatamente modellata sulle esigenze originarie e sopravvenute del committente) e il rischio di distruzione delle risorse destinate alla produzione di quel peculiare risultato".

Il primo dei modelli descritti sarebbe più appropriato ai contratti di scambio puntuale, in cui la prestazione riveste i caratteri della generalità ed il processo produttivo da essa richiesto appare flessibile; in queste ipotesi, l'adempimento dell'obbligazione contrattuale non richiede un particolare tipo di investimento, e pertanto appare appropriato il rimedio sancito dall'art. 1467 c.c., strutturato con il fine di preservare la volontà dei contraenti.

Il secondo modello, quello conservativo, appare più adeguato al modello di scambio integrativo, in cui è possibile individuare una prestazione specialistica ed un rigido processo produttivo necessario ad apprestarla; l'adempimento dell'obbligazione, nell'ipotesi di scambio integrativo, necessita di particolari investimenti e difficilmente la prestazione pattuita potrebbe ritornare con successo sul mercato[205].

Dopo aver descritto tali modelli e le loro differenti finalità, l'attenta dottrina che ha sostenuto tale teoria giungono ad un'ulteriore conclusione: sebbene nell'ordine del codice civile le due fattispecie e i rispettivi rimedi ricevano una collocazione non omogenea, dal momento che il modello consensualistico è disciplinato nella parte generale del contratto mentre il modello conservativo è sancito nella disciplina speciale di un negozio tipico, ciò non comporta automaticamente che le descritte fattispecie debbano essere interpretate alla stregua del criterio regola/eccezione[206]. Pertanto, sulla base di tale assunto, la esposta tesi

---

[205] MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative op. cit.*, pg. 1110 ss.

[206] BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione op. cit.*, pg. 459 ss. osserva: "Il sistema giuridico moderno non si costituisce attorno ad essenze strutturate per *genus* e *species*, ma si sviluppa attorno a tipi normativi di problema ed a rimedi adeguati. Decisivo, pertanto, per l'apprezzamento del valore normativo di una disciplina non è il luogo in cui il legislatore la ha collocata ma l'ambito di complessità che essa è in grado di normare. Decisivo è, in altri termini, il tipo di problema che il

afferma la mobilizzazione del rapporto tra disciplina generale e speciale al fine di affermare la sussistenza all'interno dell'ordinamento di un obbligo legale di rinegoziazione.

Se ne deduce che la regola generale dettata dall'art. 1467 c.c. deve essere contestualizzata e riferita agli scambi quantitativamente più frequenti nel momento storico di emanazione del codice civile, mentre le "eccezioni" regolate nella parte speciale necessitano di essere interpretate come soluzioni normative di pari dignità, volte a risolvere problemi giuridici differenti. Ciò comporta, da un lato, la "particolarizzazione dell'art. 1467 c.c." e, dall'altro, la "generalizzazione del 1664"[207]: l'obbligo legale di rinegoziazione deriverebbe, pertanto, dall'applicazione diretta dell'art. 1664 c.c. a tutte le ipotesi di scambio integrativo. Tale modello conservativo, pertanto, sebbene descritto in una fattispecie speciale in tema di appalto, necessita di essere generalizzato a discapito della regola contenuta nell'art. 1467 c.c.

Tale ricostruzione, sebbene sostenuta da attenta dottrina, non convince. Essa, partendo dalla critica alle posizione che fondano

---

legislatore ha di volta in volta compreso e risolto e non il luogo ove gli è capitato di vederlo"

[207] BARCELLONA M., *op. ult. cit.*, puntualizza: "(…) si impone in questa materia un'operazione interpretativa intesa: a) alla – per così dire – *particolarizzazione dell'art. 1467*: nel senso che il principio regolativo da esso previsto non deve essere inteso come una disciplina generale delle sopravvenienze («quantitative») bensì come una disciplina particolare del rischio («quantitativo») nel solo ambito degli *scambi puntuali*; sicché, al di fuori di tale ambito, l'art. 1467 va semplicemente disapplicato nella sua interezza; b) alla – per così dire – *generalizzazione del 1664:*nel senso che il diverso principio regolativo da esso apprestato deve essere compreso e fatto operare non come la disciplina speciale delle sopravvenienze nell'appalto, bensì come una disciplina generale del rischio («quantitativo» e, in parte, anche «qualitativo») per gli *scambi integrativi*; sicché l'art. 1664 deve essere direttamente applicato tutte le volte in cui un concreto contratto, quale che sia il «tipo» nel quale per altri aspetti si possa far rientrare, presenti, dal punto di vista delle sopravvenienze, il tipo di problema proprio degli *scambi integrativi*".

l'obbligo legale di rinegoziazione sulla clausola di buona fede, giunge a fondare l'obbligo medesimo sulla generalizzazione di una disposizione speciale. La descritta teoria si basa su un criterio interpretativo non corretto: se da una parte, è possibile riscontrare una scelta legislativa differente a seconda della fattispecie considerata e del relativo scambio, dall'altra parte non appare possibile dedurre da una regola particolare una disciplina generale.

Infatti, se la parziale disapplicazione dell'art. 1467 c.c., quale norma generale in tema di sopravvenienze, potrebbe essere giustificata alla luce di un principio generale quale quello della buona fede, la stessa non può essere fondata sull'applicazione di una regola particolare. Le disposizioni dettate per i contratti tipici, infatti, rappresentano una disciplina speciale, applicabile esclusivamente nell'ipotesi di conclusione di un negozio tipico. Pertanto, la previsione dell'art. 1664 c.c. può disciplinare le sopravvenienze nell'ipotesi di contratto di appalto, ovvero dei negozi regolati dalle medesime regole, ma non può trovare una generale applicazione in deroga all'art. 1467 c.c., che rappresenta la norma generale.

In conclusione, si ritiene che il fondamento di un obbligo legale di rinegoziazione debba essere basato su una argomentazione diversa rispetto a quella sueposta. In particolare, si cercherà di dimostrare che tale obbligazione può trovare una valida base giuridica nella clausola generale di buona fede.

7. (*segue)* E' ipotizzabile un obbligo legale di rinegoziazione? Il ruolo della buona fede integrativa

Come sostenuto nei precedenti paragrafi, si ribadisce l'inadeguatezza del rimedio risolutorio previsto dall'art. 1467 c.c. per fronteggiare eventuali sopravvenienze successive alla conclusione del contratto. In virtù del principio di riequilibrio delle prestazioni contrattuali rintracciabile in varie disposizioni presenti nella disciplina speciale dei singoli tipi negoziali, si ravvisa la necessità di indagare se nel nostro ordinamento sia ravvisabile un obbligo legale di rinegoziazione. Dopo aver descritto le motivazioni che ostano all'accoglimento della teoria descritta precedentemente, secondo la quale sarebbe necessaria un'applicazione generalizzata del modello conservativo di gestione del rischio previsto dall'art. 1664 c.c., appare necessario indagare se altre norme del codice civile possano giustificare la presenza all'interno del nostro ordinamento di un obbligo legale di manutenzione dell'accordo.

In primo luogo, è necessario ribadire come manchi una specifica disposizione in tal senso nel sistema interno; allo stesso tempo, però, è opportuno evidenziare come sia possibile fornire un'interpretazione evolutiva delle diverse disposizioni del codice alla luce di esigenze giuridiche manifestatesi successivamente all'emanazione dello stesso. Bisogna chiedersi, pertanto, se sia possibile fornire un'esegesi dell'art. 1467 c.c. e di altre disposizione del codice, inerente all'esecuzione

dell'accordo, tramite la quale enucleare un obbligo legale di rinegoziazione del contratto[208].

Le due disposizione che devono essere prese in considerazione sono l'art. 1374 c.c. relativo all'integrazione del contratto e l'art. 1375 c.c. dedicato alla correttezza ed alla buona fede nell'esecuzione delle prestazioni negoziali[209].

L'art. 1374 c.c. stabilisce che le parti sono obbligate non solo a quanto stabilito nel proprio accordo, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza secondo gli usi o l'equità. Alcuni autori[210] ritengono che sia possibile fondare un obbligo legale di rinegoziazione proprio sulla base della descritta disposizione; in particolare, sostengono che sia possibile configurare l'operatività dell'equità integrativa, la quale consentirebbe di rinvenire nella materia delle sopravvenienze rimedi equitativi ulteriori rispetto a quelli descritti dal'art. 1467 c.c.[211]

Non si ritiene di aderire a tale linea di pensiero; l'equità, infatti, sebbene sia espressamente prevista dalla legge quale fonte di integrazione del contratto, non appare da sola sufficiente a fondare un obbligo legale di rinegoziazione; la stessa può sicuramente essere

---

[208] Tale interrogativo ha interessati i vari giuristi che si sono occupati della materia. Vedi tra i molti CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione op. cit.*; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare cit.*; MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto : strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale cit.*

[209] Vedi GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata,* Giuffrè, Milano, 1970; RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto,* Giuffrè, Milano, 1969

[210] Vedi MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, pg. 312 ss.

[211] GAMBINO F., *op. cit.*, nel descrivere la linea di pensiero in esame sottolinea come l'equità realizzerebbe la funzione sussidiaria di aumentare le conseguenze giuridiche derivanti dal contratto, integrando il contenuto del rapporto giuridico. Aggiunge che "la materia delle sopravvenienze, dominata in via generale dagli istituti della risoluzione e della riconduzione ad equità, si accresce, dunque dell'applicazione, tramite l'art. 1374 c.c., di "rimedi equitativi ulteriori"

richiamata quale parametro utilizzato dalle parti per la nuova determinazione del contenuto dell'accordo a seguito della sopravvenienza, ma non sembra la corretta base giuridica su cui fondare la richiamata obbligazione di porre in essere trattative rinegoziative. L'equità rappresenta, invece, il criterio a cui devono informarsi le parti per risanare lo squilibrio tra le prestazioni, ma non la clausola a cui riferirsi per basare un dovere di rinegoziazione.

Quest'ultima deve essere individuata, invece, nella buona fede nell'esecuzione del contratto; tale regola generale, infatti, è idonea ad integrare il contenuto dell'accordo sulla base dell'art. 1374 c.c. richiamato[212]. "In tema di esecuzione del contratto, la buon fede si atteggia come impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascuno dei contraenti di tenere quei comportamenti che (…) siano idonei a preservare gli interessi della controparte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio"[213].

---

[212] RODOTÀ S., *op. cit.*, afferma che l'elencazione contenuta nell'art. 1374 c.c. è di carattere tassativo, per cui un ampliamento dell'elenco previsto da suddetta norma può essere effettuato solamente da una disposizione di legge: "questo è proprio il caso della correttezza, la cui considerazione legislativa non può essere messa in dubbio (…); l'esplicito richiamo della legge consente già di far capo a tutti quei concetti legislativi che l'interprete ritiene funzionalmente preordinati all'integrazione del contratto" (pg. 118); nello stesso senso, vedi TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti cit.*, il quale ritiene che "a prescindere da specifiche clausole contrattuali, lo spazio per un obbligo di rinegoziazione del contratto potrebbe scaturire dal principio della buona fede nell'esecuzione, in collegamento con quello dell'eterointegrazione (artt. 1374-1375 c.c.); in tale ottica l'impegno alla rinegoziazione appare il frutto della rilevanza causale della cooperazione tra le parti nei contratti di durata" (pg. 248)

[213] E' quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nel c.d. caso Fiuggi (Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corriere Giuridico*, 1994, pg. 566 ss.); nella specie la Corte ha cassato la decisione dei giudici di merito che avevano ritenuto conforme a buona fede il comportamento dell'affittuario dell'azienda il quale aveva tenuto fermo dal 1983 il prezzo di fabbrica dell'acqua minerale, cui era rapportato il prezzo del canone di locazione dell'azienda stessa, nonostante il locatario avesse più volte modificato in aumento il prezzo di mercato del prodotto nella successiva fase della commercializzazione.

Pertanto, la buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c. rappresenta la fonte normativa su cui basare l'obbligo di rinegoziazione del contratto in caso di sopravvenienze. Le parti dell'accordo, pertanto, hanno il dovere di cooperare al fine di riequilibrare le prestazione contrattuali che hanno subito una modifica in seguito ad un evento perturbatore dell'iniziale proporzionalità delle obbligazioni contrattuali. Tale regola, fondata su una clausola generale, potrà trovare applicazione per qualsiasi tipo di sopravvenienza e nell'attuazione di qualsiasi contratto, in particolare negli accordi che abbiano rilevanza nel tempo, e quindi che prevedano una prestazione periodica, continuata ovvero differita rispetto al perfezionamento dell'accordo.

Non sembra ravvisarsi – come sostenuto, al contrario, da autorevole dottrina[214] – alcun contrasto con l'art. 1467 c.c. L'obbligo di rinegoziazione e la disciplina dettata dal richiamato articolano operano, infatti, su due piani differenti, o meglio in due distinti momenti.

In altre parole, quando si verifica una sopravvenienza, entrambi le parti possono chiedere di intavolare trattative dirette alla rinegoziazione; presumibilmente, la parte svantaggiata avrà più interesse a chiedere il

[214] BARCELLONA M., *op.cit.* critica la suesposta tesi, sostenendo che tale linea di pensiero rappresenti una doppia forzatura dell'art. 1467 c.c. e dell'art. 1375 c.c. "La prima forzatura riguarda l'art. 1467, e consiste da un lato nella sottovalutazione funzionale della *ratio* della distribuzione tra i contraenti del potere di sciogliersi dal contratto e del potere di conservarlo adeguandolo e, dall'altro, nella sopravvalutazione formale dell'efficacia, meramente indiretta e di fatto, di tali poteri incrociati a propiziare la soluzione stragiudiziale preventiva delle intervenute sopravvenienze (…) La seconda forzatura concerne, invece, l'art. 1375, e consiste in un rilevante fraintendimento del tipo di problemi che esso è deputato a risolvere e, al tempo stesso, in una sottovalutazione della sua specifica efficacia normativa (…) Il terzo e decisivo ordine di problemi riguarda il rapporto contraddittorio che verrebbe così istituito tra l'art. 1467 e l'art. 1375 e dipende dall'impossibilità di argomentare coerentemente la disapplicazione parziale del primo che dovrebbe presiedere all'applicazione del secondo"(pg. 485 ss.)

riequilibrio delle prestazioni contrattuali rispetto alla parte adempiente. Se quest'ultima rifiuti di intavolare serie trattative, l'ordinamento predispone idonei rimedi, che saranno analizzati nel prossimo paragrafo.

Qualora, però, il contraente svantaggiato non esprima una volontà in tal senso (e cioè decida di non richiedere la rinegoziazione del contratto), l'ordinamento prevede il rimedio della risoluzione. E' in questo caso che interviene la disciplina dell'art. 1467 c.c., che permette alla parte avvantaggiata, contro cui è richiesto lo scioglimento del vincolo, di ricondurre ad equità il contratto così evitando la risoluzione dello stesso.

Secondo tale ricostruzione, che offre un'interpretazione evolutiva degli artt. 1375 e 1467 c.c., il nostro ordinamento prediligerebbe il rimedio conservativo rispetto a quello caducatorio. Tale conclusione è suffragata, come già esposto, dalle varie disposizioni dettate in materia di contratti tipici e, oggi, in un'ottica comparatistica ed europeista, anche dalle soluzioni adottate nei testi dei Principi Unidroit e nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti in materia di sopravvenienze[215].

Al termine del presente lavoro, come ricordato all'inizio del capitolo, sarà necessario interrogarsi sulla possibilità di applicare il rimedio della rinegoziazione anche ad un particolare tipo di sopravvenienza quale la presupposizione.

[215] Vedi *supra* Capitolo III del presente lavoro

8. I poteri del giudice in caso di trattativa rinegoziativa non andata a buon fine

L'ultima problematica legata al tema della rinegoziazione riguarda i poteri di intervento del giudice nell'ipotesi in cui le trattative volte a mutare il contenuto del contratto non siano andate a buon fine.

In particolare, dopo aver tentato di dimostrare la sussistenza nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziazione del contratto fondato sul dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c., è necessario interrogarsi sui poteri del giudice nell'ipotesi di mancato accordo tra le parti.

Due sono le principali ipotesi ricostruttive avanzate dalla dottrina che si è occupata della tematica in esame: da un lato, alcuni autori ritengono che il rimedio all'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione possa giungere fino ad un intervento modificativo del giudice sul contenuto del contratto[216]; dall'altro lato, altri giuristi sostengono che non sia ipotizzabile, se non in fattispecie marginali, una sentenza costitutiva del giudice che sostituisca il mancato accordo tra i contraenti, e prediligono lo strumento risarcitorio nel caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione[217].

Come esposto nei precedenti paragrafi, il procedimento rinegoziativo può concludersi fisiologicamente con un nuovo accordo delle parti alla luce delle sopravvenienze verificatesi dopo la conclusione

---

[216] CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit.*, pg. 243 ss.; MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine cit.* pg. 311 ss.

[217] MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale cit.*, pg. 167 ss.

del negozio giuridico. Qualora si aderisca alla tesi esposta nel presente lavoro, volta a dimostrare la sussistenza nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziazione, occorre interrogarsi sui rimedi a disposizione dei contraenti nell'ipotesi in cui la trattativa fallisca. In particolare, è necessario indagare se nel nostro ordinamento sia configurabile un intervento sostitutivo del giudice pur in mancanza di una norma espressa in tal senso, ovvero si possa fare ricorso al solo rimedio risarcitorio in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione.

La dottrina maggioritaria concorda nell'affermare l'attivabilità dei classici rimedi contro l'inadempimento, in particolare la risoluzione del contratto e il relativo risarcimento del danno. Al fine di esperire vittoriosamente l'azione risolutoria dell'accordo, è necessario che l'inadempimento sia grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.[218]: si ritiene che, qualora le sopravvenienze alterino in modo significativo l'equilibrio delle prestazioni, un rifiuto ingiustificato di sedersi al tavolo delle trattative ovvero la rottura delle stesse senza una adeguata motivazione possa configurare un grave inadempimento, tale da giustificare la risoluzione del negozio giuridico[219]. Tale conclusione appare pienamente

[218] MARASCO G., *op. ult. cit*,pg. 170 ss. osserva: "Perché il giudice possa pronunciarsi per lo scioglimento del contratto è necessario, secondo la regola generale (art. 1455 c.c.) che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione non sia di scarsa importanza avendo riguardo all'interesse della parte adempiente. L'esame della rilevanza dell'inadempimento è giudizio che opera sul piano oggettivo e che mira ad accertare le ripercussioni che l'inadempimento produce sull'assetto degli interessi negoziali: a tal fine il giudice non si limita ad una valutazione in astratto dell'inadempimento e delle sue conseguenze sul contratto, ma tiene conto di tutte le specifiche circostanze che, in concreto, lo accompagnano (…). Così, se l'economia del contratto viene gravemente intaccata dal sopraggiungere di nuove circostanze, tanto che solo la revisione degli originari termini di contratto ne renda possibile la realizzazione, il rifiuto di rinegoziare, o di rinegoziare seriamente, costituisce sì inadempienza rilevante che legittima la risoluzione del contratto".

[219] Nello stesso senso, CESARO M. V., *op. cit.*, pg. 271 ss., che afferma: "(…) ai fini dell'accoglimento della domanda risolutoria, il comportamento della part

condivisibile; se, infatti, l'equilibrio delle prestazioni viene sensibilmente alterato dalle sopravvenienze successive alla conclusione del contratto, l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione riveste il requisito della gravità richiesto dell'art. 1455 c.c.

Rimandando per il momento l'esame relativo alla tutela risarcitoria, la dottrina, come ricordato precedentemente, si divide sull'applicazione di ulteriori rimedi, ed in particolare sulla configurabilità dell'intervento sostitutivo ed integrativo del giudice.

Alcuni giuristi ritengono che limitare i rimedi esperibili dal contraente non inadempiente alla sola risoluzione del contratto non rappresenti un'adeguata tutela alla luce dell'obbligo di rinegoziazione[220]. Per giungere a tale conclusione, viene sostenuta principalmente l'applicazione di varie norme dell'ordinamento, ed in particolare l'art. 1374 e l'art. 1375, l'art. 1349 e l'art. 2932 del codice civile.

Con riferimento agli artt. 1374 e 1375 c.c. si afferma che il giudice, a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, possa intervenire attraverso la clausola dell'equità integrativa al fine di definire i nuovi termini dell'accordo. Egli, infatti, non determinerebbe il

---

inadempiente l'obbligo rinegoziativo non può essere valutato in sé e per sé, considerando eventualmente in che misura si discosti dalla regola della correttezza, ma è necessario, invece, che esso sia posto in stretta relazione con gli eventi perturbatori dell'equilibrio contrattuale. (…) Partendo sempre dalla premessa secondo la quale l'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo non deve essere astrattamente ed isolatamente considerato, ma va relazionato alla sopravvenienza contrattuale e, più precisamente agli effetti che essa ha prodotto sull'economia negoziale, è possibile fare emergere la gravità dello stesso".

[220] Vedi MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione op. cit.* e CESARO M. V., *op. ult. cit.,* secondo il quale si deve riconoscere che appare segnata da contraddizione la eventuale constatazione che, nonostante lo sforzo compiuto attraverso la clausola di rinegoziazione, il contratto pervenga comunque alla sua estinzione per il comportamento di una delle parti che determini, con una scelta di campo assolutamente incompatibile con l'obiettivo prefissato, la risoluzione del rapporto. In senso contrario vedi tra gli altri SICCHIERO G., *La rinegoziazione op.cit.,* pg. 800 ss.

nuovo contenuto del contratto *ex novo*, ma si limiterebbe ad applicare i canoni prefissato dalle parti nella clausola di rinegoziazione, ovvero il parametro della buona fede[221]. La buona fede, infatti, permetterebbe al giudice di censurare il comportamento della parte inadempiente e, dopo l'accertamento di tale violazione, di determinare il contenuto dell'accordo attraverso il ricorso all'equità integrativa *ex* art. 1374 c.c.[222]

Alla luce di un'ulteriore ricostruzione dottrinale, l'intervento sostitutivo del giudice può essere spiegato alla luce dell'art. 2932 c.c.: egli, infatti, potrebbe emanare una sentenza che faccia luogo dell'accordo non raggiunto all'esito delle trattative rinegoziative. L'obbligo di rinegoziare produrrebbe, infatti, un obbligo a contrarre pertanto, di fronte all'inadempimento di una delle parti, l'altro contraente potrebbe rivolgersi al giudice al fine di ottenere una pronuncia costitutiva[223]. Questi dovrà tenere conto dell'attività di

---

[221] CESARO M. V., *op.cit.* afferma a questo proposito che "questo intervento deve essere ammesso non solo per il fatto che il giudice, modificando un regolamento il cui contenuto è sostanzialmente già definito, non procede alla creazione *tout court* di un nuovo rapporto contrattuale, ma soprattutto valorizzando la circostanza secondo la quale è egli stesso vincolato ai criteri predeterminati dalle parti nella clausola di rinegoziazione o i via suppletiva alla regola normativa della buona fede; la pronuncia giudiziale determinativa del nuovo assetto di interessi, non costituisce, cioè, il risultato di una scelta arbitraria e discrezionale rimessa al mero senso di giustizia, ma trova nella previsione negoziale, o comunque nella buona fede, il parametro a cui fare riferimento. Attraverso il suo intervento il giudice non si sostituisce integralmente all'autonomia privata ma, al contrario, attua i criteri, negoziali o legali, sulla base dei quali le parti erano tenute ad improntare il percorso rinegoziativo".

[222] Ha sostenuto questa tesi FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in Contratto e Impresa, 1998, pg. 86 ss

[223] Tale tesi è stata sostenuta da MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione op. cit.*, pg. 426 ss. e da SACCO R., *I rimedi sinallagmatici, Obbligazioni e contratti*, in RESCIGNO P. (diretto da), Trattato di diritto privato, Utet, Torino, 2002, pg. 685: "Il dovere di rinegoziare null'altro è se non l'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) rivisitati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Se le due parti sono disponibili, s'incontrano e concludono. Se una delle due parti si nega, il giudice decide. I parametri di cui egli dispone garantiscono alle parti che il suo verdetto non avrà nulla

contrattazione svolta dalle parti prima dell'inizio del giudizio, individuando gli elementi necessari a formalizzare il nuovo assetto di interessi.

Infine, con riguardo all'art. 1349 c.c., se ne è ritenuta l'applicazione analogica al caso in esame: se, infatti, sulla base del dettato normativo, il giudice può sostituirsi al terzo ogniqualvolta il terzo non determini l'oggetto del contratto secondo il criterio dell'equo apprezzamento, si deduce che tale potere gli vada attribuito anche quando i contraenti non riescano a concludere un nuovo accordo[224].

Sebbene tali posizioni siano sostenute da autorevole dottrina ed abbiano la pregevole finalità di affermare la configurabilità di una tutela in forma specifica nel caso di inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, esse non appaiono condivisibili. Si ritiene, infatti, di dovere aderire alle differenti soluzioni dottrinarie che negano un intervento integrativo del giudice[225].

A meno di una espressa previsione legislativa che individui un potere sostitutivo del giudice nel caso di mancato accordo delle parti, non si ritiene possibile sostenerne la configurabilità. Il principio dell'autonomia contrattuale delle parti vigente nel nostro ordinamento

---

di casuale, o di soggettivo o di arbitrario. Se le parti, concludendo il contratto originario, temono questo sviluppo , bloccheranno con apposita clausola, la revisione del contratto nell'ipotesi di sopravvenienza. La clausola di non revisibilità non esorbita dai larghi limiti aperti all'autonomia delle parti (…)".

[224] Per un approfondimento su tale posizione vedi CESARO M. V., *op.cit.*, pg. 260

[225] Vedi SICCHIERO G., *La rinegoziazione op.cit.;* MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto op. cit.*,pg. 187 sostiene: "E' evidente e senz'altro apprezzabile lo sforzo fatto da questa dottrina al fine di garantire effettività all'obbligo di rinegoziazione; ciononostante, non si può non rilevare che l'ammissione di un generale potere di intervento del giudice sarebbe incompatibile con un ordinamento fortemente caratterizzato dalla "sacralità" dell'autonomia e in cui il contratto è atto fatto sostanzialmente dalle parti"

non può essere derogato in mancanza di una espressa norma che preveda un potere sostitutivo del giudice.

Inoltre, oltre alla scarsa propensione dei tribunali domestici a sostituirsi alle parti per la determinazione del contenuto di un contratto, si deve osservare che, in caso di inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, il giudice non potrebbe emanare una sentenza costitutiva in assenza di criteri stabiliti dalle parti.

Ogni contrattazione, infatti, è differente dall'altra e non è possibile affermare che il giudice debba determinare il contenuto di un negozio che le parti non sono riuscite a concludere. Il riferimento alla buona fede integrativa non è sufficiente a superare tale obiezione; la buona fede rappresenta una clausola generale che deve improntare il comportamento dei contraenti, ma non è da sola sufficiente a determinare nuove obbligazioni. Una volta che le circostanze originarie si siano modificate, il giudice potrebbe prendere come riferimento per la propria decisione esclusivamente i valori di mercato per evitare una valutazione meramente soggettiva. Tale conclusione, però, incontra un limite difficile da superare, che, cioè, il contenuto di un contratto debba necessariamente conformarsi ai valori del mercato, senza che le parti possano operare scelte differenti[226]. Si ritiene, pertanto, che il potere

[226] SICCHIERO G., *La rinegoziazione op.cit.* pg. 807 ss. sostiene: "Affermare che, cambiate le circostanze, si tratti solamente di riadeguarlo tenendo conto, ad es., dello «specifico equilibrio fissato nell'originario accordo» significa ritenere che le parti avrebbero compiuto la medesima scelta anche in questa nuova situazione. Ma questa opzione, oltre a negare *ex post* la funzione strategica delle reciproche scelte economiche ed a valutare una inesistente «volontà ipotetica» dei contraenti, porta alla conclusione della necessaria equivalenza delle prestazioni rispetto ai valori espressi sulla base del rapporto originario tra le prestazioni stesse, che però non è mai un rapporto obiettivo ma l'esito della contrattazione, di scelte cioè irripetibili. Contrattazione che è dunque uguale solo a se stessa e che nessuno può ritenere che, in situazioni diverse, sarebbe rimasta inalterata (…). La possibilità di affermare un intervento del giudice nel sostituirsi alle parti dovrebbe passare allora per una scelta

integrativo del giudice non possa fondarsi sui principi sanciti dagli artt. 1374 e 1375 c.c.

Allo stesso modo, non si condivide la teoria che fonda il potere integrativo del giudice sull'art. 2932 c.c. e sull'obbligo a contrarre nel caso di mutamento delle circostanze; non si ritiene configurabile un intervento così invasivo della sfera di autonomia contrattuale delle parti, in primo luogo per la difficoltà di individuare un vero e proprio obbligo a contrarre tale da permettere l'esperimento della tutela in forma specifica; ed in secondo luogo, valgono le osservazioni precedentemente svolte in ordine all'impossibilità del giudice di determinare il contenuto del nuovo accordo in mancanza di criteri prefissati dalle parti[227]

---

che fin da subito si è scartata: ovvero che i valori debbano corrispondere sempre a quelli del mercato, unico riferimento che, forse, potrebbe talora apparire sufficientemente obiettivo per evitare una valutazione soggettiva della misura del riadeguamento. Tuttavia, anche questa soluzione, laddove possa 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 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". La conclusione accolta dall'Autore è particolarmente restrittiva, laddove tende a negare la sussistenza di un obbligo di rinegoziaziazione e qualsiasi rimedio risarcitorio; egli infatti afferma: "La conclusione, dunque, è evidente: quello che era parso un limite della teoria che, in presenza di sopravvenienze, consente solo di valutare quale sia il soggetto a carico del quale queste vadano poste, è invece il risultato massimo cui le regole vigenti consentono di giungere. L'intervento del giudice, in tale situazione, è limitato solo all'alternativa tra risoluzione del contratto e verifica dell'allocazione delle conseguenze, laddove la parte danneggiata non si sia avvalsa del meccanismo di riequilibrio concesso dall'art. 1467 c.c., consentito solo per evitare la risoluzione del contratto e non per altre ragioni".

[227] In tal senso MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto op. cit.*,pg. 195 sostiene: "(…) rispetto alla fattispecie qui esaminata, un intervento del giudice così invasivo della sfera dell'autonomia non può essere condiviso: non solo per l'insormontabile difficoltà ad individuare un'obbligazione di contrarre in una clausola che imponga ai contraenti di eseguire "nuove trattative" nel "tentativo", pur serio e secondo buona fede, di superare un'alterazione dell'originario progetto economico-giuridico; ma anche e soprattutto per l'assenza di un accordo delle parti sugli elementi essenziali del contratto modificativo i quali soltanto permetterebbero all'autorità giudiziaria adita di pronunciare la sentenza sostitutiva del contratto non stipulato. L'art. 2932 c.c. non è applicabile in presenza di un accordo solo parziale o che rimetta a future trattative le definizione degli elementi mancanti (…)"

Per quanto concerne l'ultima delle esposte tesi dottrinarie, si rende necessario un approfondimento; sebbene non si condivida la posizione che fonda il potere sostitutivo del giudice su un'interpretazione analogica dell'art. 1349 c.c., si ritiene che tale disposizione possa avere un ambito applicativo nella problematica in esame. Infatti, in casi particolari, anche in materia di rinegoziazione dell'accordo è configurabile un'integrazione del contratto ad opera del giudice[228].

Tali fattispecie possono essere facilmente individuate; ad esempio, qualora le parti abbiano inserito nel contratto una clausola rinegoziativa, stabilendo i parametri a cui attenersi per la conclusione di un nuovo negozio, un intervento del giudice è configurabile. Lo stesso, infatti, potrebbe adeguare il contratto sulla base delle indicazioni prefissate dai contraenti, senza dovere ricorrere a clausole generali e senza rischiare una illegittima invasione dell'autonomia negoziale. Nella descritta ipotesi, l'attività del giudicante è meramente ricognitiva ed attuativa di una volontà precedentemente espressa e cristallizzata in una clausola contrattuale. L'adeguamento negoziale ad opera del giudice è configurabile, inoltre, qualora le parti rimettano la determinazione del contenuto del contratto rinegoziato all'equo apprezzamento del terzo ai sensi dell'art. 1349 c.c.[229]. Qualora il terzo non si pronunci, ovvero effettui una determinazione manifestamente iniqua o erronea, le parti possono rivolgersi al giudice al fine di integrare il contenuto del

[228] Sostiene questa tesi MARASCO G., *op. ult.cit.,* nonché SICCHIERO G., *op. cit.*

[229] L'art. 1349 c.c. dispone al I comma: Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice".

contratto. Nella descritta fattispecie non si verifica un'ingerenza ingiustificata del potere discrezionale del giudice sull'autonomia delle parti, dal momento che le stesse hanno stabilito di volere rimettere la decisione circa l'adeguamento del contratto ad un terzo.

Fuori da queste ipotesi, e da quelle espressamente previste dalla legge, come ad esempio nella fattispecie descritta dall'art. 1664 c.c. in tema di appalto, non si ritiene ipotizzabile un intervento del giudice diretto alla determinazione del contenuto del contratto in seguito al verificarsi di sopravvenienze che alterino l'equilibrio delle prestazioni. In conclusione, si ribadisce che, alla stregua della tesi sostenuta, l'unico rimedio concesso alla parte di fronte all'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione da parte dell'altro contraente è la risoluzione del contratto ed il conseguente risarcimento del danno.

Con riferimento all'obbligazione risarcitoria, è necessaria qualche ulteriore osservazione. Parte della dottrina, che si è occupata della materia in esame, ha sostenuto che il risarcimento del danno debba corrispondere all'interesse contrattuale positivo, permettendo alla parte di realizzare l'utile che avrebbe potuto conseguire dalla puntuale esecuzione del contratto. In particolare, secondo tale ricostruzione, l'obbligo di rinegoziazione non può essere equiparato al dovere di intraprendere le trattative in buona fede *ex* art. 1337 c.c. e, pertanto, il risarcimento non può limitarsi all'interesse negativo a che la trattativa non si esaurisca in una perdita di tempo. Il giudice, pertanto, nel pronunciarsi sull'obbligazione risarcitoria relativa alla definitiva cessazione del rapporto dopo un'infruttuosa trattativa circa la rinegoziazione del contratto, dovrebbe valutare i vantaggi che

l'originario accordo era destinato a produrre nelle sfere giuridiche dei contraenti e quantificare il danno sulla base delle stesse utilità[230].

Tale tesi è pienamente condivisibile. Non sarebbe corretto limitare il risarcimento del danno all'interesse negativo, dal momento che l'art. 1337 c.c. disciplina una fattispecie diversa da quella in esame, in cui le parti non giungono alla conclusione del contratto a causa di un'ingiustificata rottura delle trattative da parte di uno dei potenziali contraenti. Nel caso di mancato accordo di negoziazione del contenuto contrattuale in seguito al verificarsi di sopravvenienza, l'accordo delle parti è stato raggiunto, e lo stesso non è attuabile a causa di un evento sopravvenuto che ha alterato l'equilibrio negoziale. L'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione si inserisce nella fase dell'esecuzione del contratto e non in quella di formazione dell'accordo. Non sarebbe, pertanto, corretto limitare il risarcimento del danno al solo interesse negativo.

Inoltre, l'ingiustificato rifiuto di pervenire ad una rinegoziazione cagiona un danno equivalente all'interesse positivo, dal momento che la controparte non può usufruire dei vantaggi derivanti dall'originario contratto, vantaggi che la rinegoziazione avrebbe conservato attraverso un riequilibro delle prestazioni. Il giudice, pertanto, nel liquidare il danno non deve eseguire un giudizio prognostico sulla conclusione delle trattative rinegoziative, ma deve fare riferimento all'originario accordo e al valore delle prestazioni in esso previste[231]. Una volta negata la

[230] La tesi esposta è sostenuta da MARASCO G., *op. cit.*, pg. 174 ss.

[231] MARASCO G., *op. ult. cit.* afferma che, per quanto concerne la liquidazione del danno, "il giudice, più che prefigurarsi astrattamente l'esito di una trattativa modificativa, svolta alla stregua del dovere di correttezza e quindi secondo uno spirito di reale e fattiva collaborazione, dovrebbe invece tenere conto dell'originario equilibrio contrattuale e del profitto che, in assenza di sopravvenienze, avrebbe

possibilità di un intervento sostitutivo dl giudice e di una pronuncia costitutiva del nuovo accordo, la quantificazione del danno deve necessariamente essere parametrata sul contratto originario e non su un giudizio relativo alle potenziali utilità derivanti dall'accordo modificato non stipulato[232].

comportato per la parte adempiente, salvo naturalmente quel normale sacrificio cui il contraente è pur sempre sottoposto per il semplice fatto di aver stipulato il contratto a certe condizioni e in presenza di certe situazioni"

[232] Sostiene, invece, questa posizione MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione op. cit.;* egli, dopo avere affermato la configurabilità di un intervento integrativo e sostitutivo del giudice *ex* art. 2932 c.c., con riferimento al risarcimento del danno ritiene che il giudice debba cercare di delinearlo con riferimento al vantaggio che la parte adempiente avrebbe potuto conseguire attraverso il negozio modificato. Inoltre, se l'obbligo di rinegoziare viene interrotto a trattative già avanzate, il danno risarcibile potrebbe essere quello da mancata esecuzione del contratto come modificato per effetto della rinegoziazione

CAPITOLO V

Presupposizione e rinegoziazione del contratto: un'ipotesi ricostruttiva

Dopo avere analizzato separatamente gli istituti della presupposizione e della rinegoziazione del contratto, ed avere esposto sinteticamente le varie ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali delle richiamate problematiche, appare necessario interrogarsi sull'ambito applicativo del rimedio conservativo. In particolare, occorre domandarsi se, nelle ipotesi in cui sia configurabile la presupposizione, le parti possano ricorrere allo strumento della rinegoziazione al fine di evitare la caducazione dell'accordo originario.

Con l'intento di condurre un'analisi più corretta dal punto di vista scientifico, si ritiene opportuno esporre fin da subito le definizioni delle figure richiamate che si accolgono; infatti, di fronte ad un panorama dottrinario così complesso e frastagliato, è necessario enucleare preliminarmente i concetti di partenza, per potere poi esporre le conclusioni sui punti controversi.

Partendo dall'istituto della presupposizione, la cui analisi è stata condotta prevalentemente in un'ottica rimediale, si ribadisce la difficoltà, già ricordata all'inizio del presente lavoro, di enucleare un concetto unitario all'interno del sistema giuridico italiano. Tale figura, la cui origine deve essere individuata nella pandettistica tedesca, ha subito un'evoluzione ermeneutica talmente travagliata da indurre la migliore

dottrina a definire lo stesso termine "presupposizione" come "espressione sintetica, che è stata di volta in volta riferita a diverse teorie e ad orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel tempo per risolvere i problemi posti dal verificarsi di circostanze incoerenti con il contenuto del contratto"[233]. In altri termini, si sottolinea come da parte dei giudici di legittimità (e non solo) sia stato compiuto un vero e proprio "sforzo creativo"[234] teso ad inquadrare l'istituto nel sistema italiano già sotto la vigenza del codice preunitario, periodo in cui parte della dottrina ne contestava addirittura la cittadinanza nel nostro ordinamento in virtù del principio dell'irrilevanza dei motivi soggettivi nell'ambito del regolamento contrattuale.

Con riferimento alla nozione di presupposizione, è possibile accogliere la definizione ormai consolidata in giurisprudenza e in dottrina, secondo cui tale figura ricorre 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 – come presupposto condizionante il negozio"[235]. In particolare, è richiesto che tale situazione sia comune ad entrambi i contraenti, che la sua verificazione ovvero il suo avverarsi siano dati per certi, ed infine che si tratti di un presupposto obiettivo, il cui venir meno o il suo verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività delle parti, e dunque non coincida con l'oggetto di una prestazione.

---

[233] BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.*, pg. 326.
[234] PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile cit.* pg. 735.
[235] Vedi *ex multis* le già richiamate pronunce Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554; Cass, 24 marzo 1998, n. 3083; Cass., 21 novembre 2001 n. 14629

Nonostante la definizione riportata sia accolta dalla giurisprudenza maggioritaria e da parte della dottrina, diverse sono le posizioni in ordine al fondamento giuridico della presupposizione.

Ripercorrendo brevemente alcune delle più significative ricostruzioni in letteratura sulla richiamata figura, e rinviando al primo capitolo per un'analisi più approfondita della problematica in esame, si sottolinea come, in un primo momento, si prediligevano posizioni c.d. soggettivistiche, che tendevano a qualificare la presupposizione come errore sui motivi[236]. Tali ricostruzioni non possono essere accolte alla luce di una serie di considerazioni, e sono state superate anche dalla giurisprudenza più recente. Tra le più ricorrenti critiche relative alla richiamata teoria, è stato osservato che mentre la presupposizione è una circostanza obiettiva, che non appartiene al processo psichico del soggetto, ma alla realtà fattuale, il motivo è un elemento riconducibile alla sfera interna del soggetto, ed è determinante per la sua volontà[237]. In secondo luogo, si contesta la possibilità di ricondurre la figura in esame alla nozione di errore: l'ordinamento, infatti, tutela i motivi individuali nella misura in cui questi siano inseriti all'interno dell'autoregolamentazione e siano assunti ad oggetto dello stesso. L'equiparazione dell'ignoranza delle circostanze presupposte (falsa presupposizione) ovvero l'errore relativo alle circostanze esterne dello stesso con l'errore relativo al contenuto precettivo del negozio giuridico

[236] Vedi le posizioni di MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti cit.*, pg. 69 ss. e di PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico cit.* In tal senso vedi anche la giurisprudenza tra gli anni '40 e '50

[237] In tal senso vedi trai molti BARBERA L., *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, pg. 304 ss.

non appare corretto da un punto di vista sistematico[238]. Alla luce di tali osservazioni critiche si può affermare, non aderendo alla tesi suesposta, che non sia possibile concludere per l'accoglimento del rimedio dell'annullamento con riferimento all'istituto della presupposizione, non potendo essere la stessa assimilata all'errore.

Dopo il superamento delle concezioni soggettivistiche, la dottrina e la giurisprudenza si sono attestate su tesi oggettive[239], che hanno ricondotto l'istituto della presupposizione di volta in volta nell'alveo del profilo causale del contratto ovvero sotto il profilo del rischio negoziale.

Con riguardo al primo profilo, la recente giurisprudenza ha affermato come la presupposizione sia una "figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di condizione" implicita, "e dall'altro, alla stessa causa del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare"[240]. Tale ricostruzione può essere sottoposta ad alcuni rilievi critici. Da un lato, l'accostamento della presupposizione ad una condizione implicita appare richiamare alcune tesi soggettivistiche ormai superate; la principale critica che può essere mossa a tale presunta analogia tra le due figure è che l'elemento addotto dalle parti a base negoziale, a differenza che nella condizione *ex* artt. 1353 ss. c.c., non assume il carattere dell'incertezza. Al contrario, le parti vi fanno affidamento perché ritengono che si sia verificato o si verificherà, o che non si sia verificato o non si verificherà. Dall'altro lato, assimilare la presupposizione alla

---

[238] In tal senso vedi CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale cit.* pg. 331 ss.

[239] Vedi BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale cit.;*CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto cit.*

[240] Cass. Sez. III, 24 marzo 2006, n. 6631, e Cass. 11 marzo 2006, n. 5390, entrambe in I contratti, 2006, n. 12, cit., pg. 1085 ss, con commento di AMBROSOLI M. *cit.*

causa del contratto, intesa come funzione economico individuale del negozio, secondo la tesi della causa in concreto, appare criticabile. La causa, infatti, attiene agli elementi essenziali del contratto e rappresenta la sintesi degli stessi; la presupposizione, al contrario, inerisce a circostanze esterne rispetto al regolamento negoziale. Inoltre, dall'accostamento tra le due figure deriverebbe un'analogia anche sul piano dei rimedi[241]; la sanzione della nullità, però, appare eccessivamente rigorosa ed inerisce a difetti genetici del rapporto, mentre la presupposizione riguarda circostanze esterne che influiscono sugli effetti del contratto e sulla realizzazione dell'interesse delle parti, ma non sulla valida formazione dello stesso.

Merita menzione anche un'interessante ricostruzione dottrinale[242] che delimita l'ambito applicativo dell'istituto della presupposizione, riconducendo la fattispecie alla problematica delle sopravvenienze. Preliminarmente, i sostenitori di tale tesi richiedono l'esistenza di un accordo in ordine alla sussistenza o alla sopravvenienza della circostanza presupposta, al quale attribuire valore dispositivo, e ritengono rilevante la mancanza del presupposto solo se comporti una conseguente alterazione dell'equilibrio contrattuale. Con riferimento al rimedio applicabile, la dottrina in esame individua nell'inefficacia lo strumento maggiormente idoneo a tutelare gli interessi delle parti; tale conclusione è il risultato dell'applicazione analogica degli istituti della risoluzione per eccessiva onerosità e della rescissione, nei quali si verifica una problematica inerente il controllo dello scambio e la relativa reazione, con conseguente discrepanza tra funzione astratta e funzione concreta

[241] BARBERA L., *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, pg. 309
[242] CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto cit.*

del regolamento negoziale. Poichè la medesima situazione di scompenso si verifica quando le parti si determinano alla conclusione dell'accordo presupponendo circostanze che non esistono o che non si verificano, il rimedio applicabile deve essere individuato nell'inefficacia del contratto[243]. In conclusione, secondo l'orientamento in esame se il contratto non può in concreto realizzare la propria funzione, la tutela apprestata dall'ordinamento per far fronte a tale situazione deve essere individuata nella inefficacia del contratto e non in quella della nullità.

Anche questo insegnamento, tuttavia, non è rimasto immune da rilievi critici[244], che si intende condividere. Preliminarmente, si osserva come la delimitazione dell'ambito applicativo della figura in esame appare troppo rigoroso: in presenza delle caratteristiche richieste (enunciativa avente carattere dispositivo e avente ad oggetto il presupposto, incidenza sull'equilibrio contrattuale in caso di mancanza del presupposto), infatti, sembra che ogni aspetto critico possa essere risolto in via interpretativa, con strumenti di tutela già presenti all'interno dell'ordinamento[245]. Inoltre, è stato obiettato che da un punto di vista teorico l'inefficacia assoluta non può mai avere un carattere perpetuo poiché, se così fosse, tale rimedio equivarrebbe alla nullità; al contrario, l'inefficacia ha un carattere provvisorio ed indica la temporanea improduttività degli effetti giuridici del regolamento negoziale posto in essere. Orbene, da queste considerazioni si deduce che l'eccezione di inefficacia, in numerosi casi, rischia di non soddisfare

---

[243] CATAUDELLA A., *op. ult. cit.*,pg. 330 ss.

[244] Per i rilievi critici vedi CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 369 ss.; COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza,* pg. 18 ss.

[245] CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 361

le esigenze dei privati, i quali potrebbero avere interesse a rimuovere l'atto attraverso la sua invalidazione[246]. Infine, parte della dottrina critica l'accostamento tra l'istituto della rescissione e quello della risoluzione per eccessiva onerosità per individuare l'espressione di un medesimo principio di diritto in tema di reazione dell'ordinamento nell'ipotesi di sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni contrattuali. Ad eccezione del fatto che entrambi gli istituti richiamati individuano fattispecie di scioglimento del vincolo contrattuale, gli stessi rispondono a differenti *rationes* e non possono essere accostati quale espressione di una regola generale. Infatti, mentre la rescissione rappresenta una reazione ad un'anomalia riscontrabile nel procedimento formativo del contratto, l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità risponde ad una logica diversa, quella della disciplina delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, accordando al contraente svantaggiato il rimedio della risoluzione del vincolo negoziale[247].

Ripercorse brevemente alcune delle ricostruzioni dottrinarie sulla tematica della presupposizione e mostratene le criticità, è opportuno illustrare le conclusioni raggiunte in materia, così da potere poi analizzare i rimedi ritenuti compatibili con tale figura. In particolare, si ritiene di aderire alla posizione più recente della giurisprudenza, che riconosce alla figura un autonomo e specifico rilievo, distinguendola sia dagli elementi essenziali del contratto, come la causa, che dagli elementi accidentali, come la condizione.

Infatti, come già chiarito, il profilo causale attiene alla meritevolezza e alla liceità degli interessi perseguiti, nonché alla loro

[246] COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi* pg. 19
[247] Vedi CAMARDI C., *op. cit.*, pg. 371 ss.

realizzabilità; la presupposizione, al contrario, riguarda il presupposto fattuale in base al quale è stata operata la distribuzione dei rischi tra i contraenti ed è stato sancito l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali; la prima, inoltre, attiene alla validità originaria del negozio, mentre la seconda inerisce alla esecuzione dell'accordo. Inoltre, l'accostamento della presupposizione alla causa non è giustificabile neanche sul piano rimediale: la sanzione della nullità derivante dall'assenza della causa mal si concilia con l'istituto in esame per la sua rigorosità e automaticità.

Con riferimento alla teoria della condizione implicita, oltre ai rilievi già esposti nel corpo del presente lavoro, si ribadisce che la ricostruzione risale alla prima dottrina tedesca che si è occupata della presupposizione, e risente della concezione ottocentesca del negozio giuridico e del dogma della volontà; inoltre, aderendo a tale ricostruzione, si finirebbe per assegnare rilevanza ai motivi individuali delle parti.

Ne deriva che è necessario riconoscere alla presupposizione una autonoma rilevanza, essendo una figura che assume un particolare rilievo per la corretta esecuzione del contratto e che riguarda circostanze estrinseche allo stesso. In particolare, si ritiene che la problematica della presupposizione debba essere ricondotta nell'ambito delle sopravvenienze, che rileva in termini di distribuzione e amministrazione dei rischi contrattuali[248]. Ciò posto in relazione al fondamento giuridico della presupposizione, e tenendo ferma la definizione già fornita, è

[248] Tale teoria è stata sostenuta da BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto cit*; BESSONE M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windschield e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza cit.*, BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione cit.;* BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale,* Milano, 1969

necessario soffermarsi sui rimedi applicabili nella fattispecie in esame. Si ritiene di aderire alla più recente ricostruzione giurisprudenziale sul punto[249], che sancisce il potere di recesso in capo al contraente danneggiato dalla sopravvenienza.

A tale risultato si giunge per esclusione. Da un lato, il rimedio dell'invalidità – come già ricordato – appare eccessivamente rigoroso e inerisce ad elementi originari del rapporto, mentre la presupposizione attiene a circostanze esterne rispetto al contratto.

Dall'altro lato, anche il rimedio della risoluzione non appare idoneo a tutelare gli interessi dei contraenti; in primo luogo, qualora sussista la presupposizione, non sarebbe invocabile un'ipotesi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, dal momento che la prestazione dedotta in contratto appare possibile, sebbene in molte ipotesi inesigibile. In secondo luogo, anche lo strumento delle risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non sembra applicabile all'ipotesi di presupposizione. Infatti, tale rimedio è concesso in relazione a presupposti generici, consistenti nella persistenza delle normali condizioni di mercato e della normale alea del contratto, mentre la presupposizione riguarda presupposti specifici che influiscono sul regolamento contrattuale per volontà delle parti; inoltre, l'eccessiva onerosità sopravvenuta *ex* art. 1467 c.c. deve discendere da eventi straordinari e imprevedibili, mentre la verificazione o meno dell'evento presupposto nella maggior parte delle ipotesi non risponde a tali parametri, ed anzi è considerata come sicura dai contraenti.

[249] Vedi Cass, 25 maggio 2007, n. 12235 già richiamata nel testo (Capitolo 1 paragrafo 5)

Infine la categoria dell'inefficacia, richiamata da parte della dottrina, appare eccessivamente vaga e, inoltre, il suo operare in modo automatico mal si concilia con la possibilità di conservare il vincolo contrattuale ad opera delle parti (vedi *infra*).

Pertanto, lo strumento più adeguato a tutelare l'interesse dei contraenti per la sua flessibilità può considerarsi il potere di recesso, esercitabile dalla parte la cui prestazione sia divenuta inesigibile in seguito al venir meno del presupposto condizionante il negozio; tale potere di recesso troverebbe la propria fonte nella legge, e precisamente nel principio di buona fede, in base al quale non è possibile richiedere l'adempimento di una prestazione se questa sia divenuta inesigibile o completamente differente rispetto a quella originariamente prevista nel regolamento negoziale.

Ciò posto in ordine alla fattispecie della presupposizione e ai rimedi esperibili per caducare il contratto, si ritengono necessarie ulteriori osservazioni. Infatti, nei precedenti capitoli si è cercato di dimostrare come in tema di sopravvenienze sia possibile rinvenire un progressivo orientamento volto alla conservazione del negozio, piuttosto che al suo scioglimento. Tale *trend* è evidente nell'ambito del commercio internazionale, nella prospettiva europea, ma anche nell'evoluzione degli ordinamenti continentali, come quello tedesco.

Si ritiene che tale prospettiva rimediale, diretta alla manutenzione del contratto in caso di mutamento delle circostanze successivo alla conclusione dell'accordo, possa trovare applicazione anche con riferimento all'istituto della presupposizione.

Tale affermazione può essere supportata, in primo luogo, in un'ottica comparatistica. Infatti, le analizzate norme dei Principi UNIDROIT e dei *Principles of European Contract Law (PECL)* disciplinano fattispecie analoghe all'istituto della presupposizione. Sebbene le richiamate disposizioni prevedano in modo espresso esclusivamente l'ipotesi in cui tale mutamento delle circostanze comporti un'eccessiva onerosità della prestazione (ipotesi plausibile anche con riferimento alla presupposizione), si ritiene che le stesse possano trovare applicazione analogica ai casi in cui sia ravvisabile un mutamento qualitativo della prestazione. Inoltre, sia le *hardship clauses* elaborate dalla prassi del commercio internazionale, che la riforma del codice civile tedesco[250] considerano le sopravvenienze in modo unitario, senza una previa differenziazione tra rischi quantitativi e rischi qualitativi.

In secondo luogo, come già esposto nel precedente capitolo, si ritiene che anche nel sistema italiano sia possibile ipotizzare la sussistenza di un obbligo legale di rinegoziazione. Infatti, attraverso un'interpretazione evolutiva delle disposizioni del codice civile e del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, sembra plausibile affermare una propensione dell'ordinamento interno alla conservazione del contratto piuttosto che alla sua caducazione. La clausola a cui fare riferimento per la suddetta finalità deve essere individuata, come ricordato, nella buona fede nell'esecuzione del contratto; tale regola generale, infatti, è idonea ad integrare il contenuto dell'accordo sulla base dell'art. 1374 c.c. "In tema di esecuzione del contratto, la buona

[250] Vedi paragrafo § 313 BGB, dedicato alla alterazione del fondamento negoziale

fede si atteggia come impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascuno dei contraenti di tenere quei comportamenti che (…) siano idonei a preservare gli interessi della controparte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio"[251].

Pertanto, la buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c. rappresenta la fonte normativa su cui basare l'obbligo di rinegoziazione del contratto in caso di sopravvenienze. Le parti dell'accordo, pertanto, hanno il dovere di cooperare al fine di riequilibrare le prestazioni contrattuali che hanno subito una modifica in seguito ad un evento perturbatore dell'iniziale proporzionalità delle obbligazioni reciproche. Tale regola, fondata su una clausola generale, potrà trovare applicazione per qualsiasi tipo di sopravvenienza e nell'attuazione di qualsiasi contratto che abbia rilevanza nel tempo, e quindi che preveda una prestazione periodica, continuata ovvero differita rispetto al perfezionamento dell'accordo.

In altre parole, quando si verifica un mutamento delle circostanze successivo alla conclusione dell'accordo, entrambe le parti possono chiedere di intavolare trattative dirette alla rinegoziazione; presumibilmente, la parte svantaggiata avrà più interesse a chiedere il riequilibrio delle prestazioni contrattuali rispetto alla parte adempiente. Se quest'ultima si rifiuti di intavolare serie trattative, l'ordinamento predispone idonei rimedi.

Qualora, però, il contraente svantaggiato non esprima una volontà in tal senso (e cioè decida di non richiedere la rinegoziazione del

[251] E' quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nel c.d. caso Fiuggi (Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corriere Giuridico,* 1994, pg. 566 ss.).

contratto), l'ordinamento prevede altri rimedi diretti allo scioglimento del vincolo contrattuale.

In particolare, per quanto concerne la presupposizione, il *discrimen* tra il rimedio caducatorio e quello conservativo deve essere individuato nell'interesse dei contraenti alla prestazione; nel caso in cui, nonostante il mutamento delle circostanze rispetto alla conclusione del contratto, sia ancora ravvisabile un interesse della parte alla manutenzione del negozio, il contraente potrà chiedere di rinegoziare i termini dell'accordo attraverso una novazione dell'obbligazione dedotta in contratto ovvero mediante un cambiamento solo quantitativo della stessa. Al contrario, qualora non sia ravvisabile alcun interesse alla conservazione del contratto poiché il venir meno del presupposto ha reso completamente inutile la prestazione per uno o per entrambi i contraenti, non è possibile riscontrare alcun motivo alla conservazione del contratto.

Ciò posto in ordine ai possibili rimedi azionabili, è necessario soffermarsi brevemente sui poteri del giudice adito da una delle parti in seguito al mancato verificarsi del presupposto, ovvero all'inesistenza *ab origine* dello stesso.

In primo luogo, il giudice deve interrogarsi sulla sussistenza o meno di un'ipotesi di presupposizione: tale indagine deve essere svolta sulla base dei classici canoni ermeneutici e alla stregua dei criteri legali di interpretazione; pertanto, si dovranno individuare elementi idonei a comprendere la distribuzione dei rischi tra le parti ed il concreto significato del regolamento di interessi. In questa analisi, la buona fede ricopre un ruolo fondamentale quale criterio ermeneutico, diretto a comporre lo squilibrio creatosi tra le prestazioni.

In secondo luogo, il giudice deve verificare se il comportamento delle parti sia o meno censurabile: vari sono gli scenari ipotizzabili, anche se qualsiasi analisi può essere condotta alla stregua del principio di buona fede. Qualora la parte svantaggiata dalla sopravvenienza si sia avvalsa del diritto di recesso, sarà necessario verificare se ne sussistevano i presupposti e se il comportamento del contraente non sia stato contrario a buona fede. Se, invece, la parte lamenti l'impossibilità di giungere ad una rinegoziazione dell'accordo, il giudice dovrà verificare se la controparte abbia ostacolato la trattativa rinegoziativa, violando la clausola generale richiamata.

In entrambe le richiamate ipotesi, qualora il giudice rinvenga un comportamento censurabile, l'unico rimedio che l'ordinamento predispone per la parte danneggiata dall'atteggiamento dell'altra, è il rimedio risarcitorio. Infatti, se da un lato il giudice non può ricostituire un accordo sciolto in seguito all'esercizio del diritto di recesso, dall'altro lato non è configurabile nel nostro ordinamento un potere integrativo del giudice in seguito ad una trattativa rinegoziativa non andata a buon fine.

Infatti, a meno di una espressa previsione legislativa che individui un potere siffatto in capo al giudice[252] nel caso di mancato accordo delle parti, non si ritiene possibile sostenerne la configurabilità. Il principio di autonomia contrattuale delle parti vigente nel nostro ordinamento non

[252] E' il caso, ad esempio, dell'art. 7 del D. Lgs. n. 231 del 2002, che al terzo comma stabilisce: "Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze, di cui al comma 1 (1. L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura dell merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore), applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo

può essere derogato in mancanza di una espressa norma che preveda un potere integrativo del giudice. Inoltre, oltre alla scarsa propensione dei tribunali domestici a sostituirsi alle parti per la determinazione del contenuto di un contratto, si deve osservare che, in caso di inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, il giudice non potrebbe emanare una sentenza costitutiva in assenza di criteri stabiliti dalle parti. Ogni contrattazione, infatti, è differente dall'altra e ha caratteristiche peculiari: non è, pertanto, possibile affermare che il giudice debba determinare il contenuto di un negozio che le parti non sono riuscite a concludere. Il riferimento alla buona fede integrativa non è sufficiente a superare tale obiezione; la stessa, infatti, rappresenta una clausola generale che deve improntare il comportamento delle parti, ma non è da sola sufficiente a determinare nuove obbligazioni.

BIBLIOGRAFIA

ACCARDO G., *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali,* in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1996, 1, pg. 1 ss

ALPA G – BESSONE M. – ROPPO E., *Rischio contrattuale e autonomia privata,* Jovene Editore, Napoli, 1982

ALPA G. - DELFINO R., *Il contratto nel common law inglese,* Cedam, Padova, 1997

ALPA G. – IUDICA G. – PERFETTI U. – ZATTI P. (a cura di), *Il* Draft Common Frame of Reference *del diritto privato europeo,* Cedam, Padova, 2009

AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale,* Giuffrè, Milano, 2002

AMBROSOLI M., *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte,* in I contratti, 2006, 12, pt. 1, pg. 1087 ss.

AZZARRI F., *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte,*in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2007, 11, pt. 1 pg. 1181 ss.

BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze,* in Europa e diritto privato, 2003, 3, pg. 467 ss.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale,* Giappichelli, Torino, 2006

BELFIORE A., *La presupposizione,* Giappichelli, Torino, 1998

BERTOTTO N., *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione,* in Rivista critica di diritto privato, n. 2/2008, pg. 309 ss.

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale,* Giuffrè, Milano, 1969

BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto,* in Giurisprudenza italiana, 1978, 11, pt. 4, pg. 97 ss.

BESSONE M., *Presupposizione, "oggettività" delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1978, 4, pg. 1747 ss.

BESSONE M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windschield e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza,* in Il foro italiano, 1978, 11, pt. V, pg. 281 ss.

BESSONE M. – D'ANGELO A., *Presupposizione,* in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1986

BIANCA C.M., *Diritto civile,* III, *Il contratto,* Giuffrè, Milano, 2000

BIVONA G., *Affitto di fondi rustici. Affitto e coltivatore diretto,* ne Il commentario al codice civile di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1995

BONELL M.J. – BONELLI F., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit,* Giuffrè, Milano, 1997

BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, Utet,* Utet, Torino, 1952

BRANCA G., *Considerazioni pratiche sulla presupposizione,* in Foro italiano, 1962, I, pg. 239 ss.

CABELLA PISU L., *Impossibilità sopravvenuta,* in SCIALOJA A. - BRANCA G. (a cura di), Commentario al codice civile, Zanichelli, Bologna, 2002

CACCAVALE C., *Giustizia del contratto e presupposizione,* Giappichelli, Torino, 2005

CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione,* Giuffrè, Milano, 1997

CANTELMO V.E., *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano, 1969

CASSOTTANA M., *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Rivista di diritto commerciale, 1977, II, pg. 11 ss.

CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti – Parte I e II*, Giuffrè, Milano, 2001

CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966

CESARO M. V., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000

CIRIELLI S. E., *Clausola di* hardship *e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in Contratto e Impresa – Europa, 1998, pg. 775 ss.

CLERICO G., *Minaccia di inadempimento contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in Rivista critica di diritto privato, 2004, 2, pg. 279 ss.

COPPI G., *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza,* in Giustizia civile, 1998, II, pg. 3 ss.

COMPORTI M., *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, Giustizia civile, 1985, II, pg. 102 ss.

COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo,* in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie di contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali,* Giuffrè, Milano, 1992

CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese,* Cedam, Padova, 2001

D'ANGELO M., *Presupposizione e buona fede* in Giustizia Civile, 1994, I, pg. 1982 ss.

DE MARTINI P., *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi* in Giurisprudenza completa della Cassazione civile, 1947, III, pg. 354 ss.

DE NOVA G., *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in I Contratti, 1995, pg. 5 ss

DI MAJO A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit,* in Contratto e Impresa – Europa, 1996, pg. 287 ss.

DURANTE A., *Assicurazione (contratto di)*, in Novissivo Digesto Italiano, Appendice, Utet, Torino, 1980, pg. 460

FEDE A., *Presupposizione*, in Studium Iuris n. 2/2008, pg. 214 ss.

FERRARI F., *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in Contratto e Impresa – Europa, 1996, pg. 3

FERRI G.B., *Anamorfosi del diritto civile*, Cedam, Padova, 1994, pg. 493 ss.

FRANCESCHELLI V., *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in Contratti, 1994, pg. 385 ss

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in Contratto e Impresa, 1998, pg. 86 ss

FRIGRANI A., *La* hardship clause *nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law*, in Rivista di diritto civile, 1979, I, pg. 699 ss.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti, II*, Cedam, Padova, 2004

GALLO P., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato,* in *Digesto IV, sez. Discipline Privatistiche,* Vol. VII, Utet, Torino, 1991

GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto,* Giuffrè, Milano, 1992

GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare,* Giuffrè, Milano, 2004

GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata,* Giuffrè, Milano, 1970

GENTILE A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza,* Utet, Torino, 1983

GENTILE A., *Presupposizione, eccessiva onerosità, sopravvenuta e sopravvenienza,* in Giurisprudenza italiana, 1983, 11, pt. 1A, pg. 1737 ss.

GIRINO F., *Presupposizione,* in Novissimo Digesto Italiano, Utet, Torino, 1966

GIRINO F., *Riflessioni in tema di presupposizione,* in Foro italiano, 1960, I, pg. 1580 ss.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene Editore, Napoli, 1996

MACARIO F., *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in IUDICA G. (a cura di), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Cedam, Padova, 1995, pg. 135 ss.

MANTELLO M, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale. Il problema dei presupposti del contratto nelle esperienze giuridiche di common law e civil law con particolare riguardo all'istituto della presupposizione*, Jovene Editore, Napoli, 2003

MARASCO G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in Contratto e impresa, 2005, 2, pg. 539 ss.

MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto : strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Padova, 2006

MARES L., *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1996, 2, pg. 53 ss.

MARTORANO F., *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in Rivista di diritto civile, 1958, pg. 69 ss.

MARTORANO F., *Motivo inespresso - Irrilevanza dei motivi e presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1959, I, 1, pg. 329 ss.

MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in Europa e diritto privato n. 4/2007, pg. 1095 ss.

MEZZANOTTE S., *Istituto della presupposizione tra teoria e applicazione pratica*, in Giurisprudenza di merito n. 9/2008, pg. 363 ss.

NICOLUSSI A., *Presupposizione e risoluzione*, in Mazzamuto S. (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2002

ODDI P., *In tema di presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1992, I, 1, pg. 2209 ss.

OSTI G., *Clausola «rebus sic stantibus»* in Novissimo Digesto Italiano, III, Utet, Torino, 1957, pg. 353 ss.

OSTI G., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1973

PELLICANÒ A., *La presupposizione*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1976, 4, pg. 1636 ss.

PENNAZIO R., *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2006, 2, pg. 673 ss.

PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale,* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1983, 2, pg. 735 ss.

PERNAZZA F., *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto,* in Rivista di diritto commerciale, 1996, pg. 297 ss.

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico,* Cedam, Padova, 1963

PIETROBON V., *La presupposizione,* in Quadrimestre, 1987, pg. 590 ss.

PIZZUTO F., *Spunti per un corretto uso della c.d. presupposizione,* in Giustizia civile, 1986, I, pg. 2579 ss.

PONTANI A., *La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all'errore e alla causa,* in Quadrimestre 1991, pg. 833 ss.

RICCIO A., *La presupposizione è, dunque, causa di recesso del contratto,* in Contratto e impresa n. 1/2008 pg. 11 ss.

ROCCO G., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in Giurisprudenza italiana, 1972, I, 1, pg. 211 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto,* Giuffrè, Milano, 1969

ROLLI R. *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta,* in Contratto e impresa, 2007, pg. 416 ss.

ROPPO E., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione,* in Giurisprudenza italiana, 1972, 1, pt. 1A, pg. 211 ss.

ROPPO E., *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e" frustration of contract"*, in Riv. Trim. di Dir. E Proc. Civ., 1973, pg. 1239 ss.

ROSELLI F., *Circostanze presupposte dai contraenti e principio di buona fede*, in Giurisprudenza di merito 1972, I, 463;

SABATO R., *La sopravvenienza nell'appalto privato,* in La nuova giurisprudenza civile commentata, 1992, 1, pg. 9 ss.

SACCO R., *La presupposizione e l'art. 1467,* in Rivista di Diritto Commerciale, 1947, II, pg. 163 ss.

SACCO R., *I rimedi sinallagmatici, Obbligazioni e contratti,* in RESCIGNO P. (diretto da), Trattato di diritto privato, Utet, Torino, 2002

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in Contratto e impresa, 2002, 2, pg. 774 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in Rivista commerciale, 1985, II, pg. 130 ss.

TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti,* ne Il commentario al codice civile di SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1995

TOMASSINI R. (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale,* Giappichelli, Torino, 2003

TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003

ZACCARIA E. C., *Sopravvenuto squilibrio delle prestazioni (hardship) e adattamento dei controlli nel commercio internazionale*, in Alpa G. – Capili G. (raccolte da), Lezioni di diritto privato europeo, Cedam, Padova, 2007