



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

## DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE  
CURRICULUM IN DIRITTO CIVILE. PERSONA E MERCATO NEL DIRITTO INTERNO ED EUROPEO  
-XXXI CICLO-

---

### IL RECESSO NEL CONTRATTO TRA TUTELA DELLA PARTE DEBOLE E OBBLIGHI DI RINEGOZIAZIONE.

Tesi di Dottorato di:  
Dott.ssa Alessia Romeo

Tutor:  
Chiar.ma Prof.ssa Elena La Rosa

Coordinatore del Corso di Dottorato:  
Chiar.ma Prof.ssa Maria Piera Rizzo

---

# Indice

## Capitolo I

### LE FORME DI TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE NELLE NUOVE DINAMICHE NEGOZIALI

1. Autonomia privata e nuove logiche di mercato al tempo della crisi	4
2. Asimmetria contrattuale e rapporti di durata	10
3. Contratti relazionali e <i>long term contract</i> nell'esperienza inglese	14
4. La rilevanza delle sopravvenienze nell'evoluzione del sistema	19
5. Meccanismi di controllo e gestione del rapporto contrattuale	25
6. <i>Segue.</i> La causa concreta come criterio di autogestione del sinallagma negoziale	28
7. I tradizionali strumenti predisposti dall'ordinamento tra rimozione e conservazione del contratto.	36
8. Duttilità e flessibilità dei rimedi alla luce dei principi di efficienza ed adeguatezza. Prospettive d'indagine.	43

## Capitolo II

### IL RECESSO NELL'EVOLUZIONE DEL SISTEMA

1. Poteri unilaterali e rimozione del vincolo tra fonti legali e convenzionali	48
2. Diritto di recesso: considerazioni preliminari	52
3. Le diverse funzioni del recesso ordinario e straordinario	54
4. Il recesso determinativo: natura e funzione	59
5. (Segue) Il recesso in autotutela	63
6. (Segue) Il recesso pentimento	65
7. La peculiare disciplina del recesso di protezione	68
8. La scelta del recesso nei contratti di durata	73

### **Capitolo III**

#### **OBBLIGHI DI RINEGOZIAZIONE E GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLE NUOVE LOGICHE DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO**

1. La conservazione del negozio e i meccanismi di rinegoziazione	80
2. Clausole negoziali di gestione delle sopravvenienze	87
3. Individuazioni delle fonti legali del c.d. obbligo di rinegoziare nel quadro del corretto funzionamento del mercato	91
4. L'oggetto dell'obbligo	99
5. Rimedi per l'inadempimento dell'obbligo: tutela risarcitoria e meccanismi esecutivi?	103
6. Le diverse fattispecie di rinegoziazione nell'evoluzione del sistema	110
7. Il difficile rapporto tra diritto di recesso e obbligo di rinegoziazione	118

### **Capitolo IV**

#### **GIUSTO RIMEDIO ED EFFETTIVITA' DELLA TUTELA TRA RECESSO E RINEGOZIAZIONE**

1. Il problema dell'effettività della tutela	120
2. La questione del contraente svantaggiato e l'approdo alla giustizia contrattuale	123
3. (Segue) La possibile graduazione dei meccanismi in una logica di effettività e adeguatezza dell'apparato rimediale.	128
4. Il recesso come strumento con funzione di <i>deterrence</i> volto ad incentivare la rinegoziazione.	133
5. Il giudizio di efficienza delle soluzioni adottate nei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti	138
6. Il principio di efficienza dei rimedi nello scenario sovranazionale.	143
7. I rimedi adottati nei contratti stipulati con la P.A.	150
8. Gli spazi di un intervento regolatore e l'opportunità di introdurre un obbligo generale di rinegoziazione	161

#### **Bibliografia**

165

## Capitolo I

### LE FORME DI TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE NELLE NUOVE DINAMICHE NEGOZIALI

1. Autonomia privata e nuove logiche di mercato al tempo della crisi 2. Asimmetria contrattuale e rapporti di durata. 3. Contratti relazionali e *long term contract* nell'esperienza inglese. 4. La rilevanza delle sopravvenienze nell'evoluzione del sistema. 5. Meccanismi di controllo e gestione del rapporto contrattuale 6. *Segue*. La causa concreta come criterio di autogestione del sinallagma negoziale 7. I tradizionali strumenti predisposti dall'ordinamento tra rimozione e conservazione del contratto. 8. Duttilità e flessibilità dei rimedi alla luce dei principi di efficienza ed adeguatezza. Prospettive d'indagine.

#### **1. L'autonomia privata e nuove logiche di mercato al tempo della crisi**

Nell'ultimo decennio l'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale, sia di matrice europea che nazionale, ha determinato l'elaborazione di nuovi paradigmi contrattuali sui quali sempre più si riflettono le logiche di mercato e la crisi economica.

Siffatto scenario ha comportato, da un lato, la nascita di nuove fattispecie negoziali, frutto della *lex mercatoria* ed espressione del rinnovato ruolo dell'autonomia privata; dall'altro, la nascita di nuovi strumenti di tutela allo scopo di valorizzare ed al contempo rimuovere, attraverso la procedimentalizzazione dell'operazione economica, le c.d. asimmetrie tra le parti che connotano le nuove figure contrattuali.

La fenomenologia giuridica, imperniata sulla nozione tradizionale di contratto ex art. 1321 e ss c.c., fondata sul potere dei privati di definire e regolare i propri interessi secondo autonomia, è entrata in crisi nel momento in cui il contraente come categoria generale è stata superata dai vari ruoli

(*rectius*: categorie) che ogni parte può assumere nella programmazione e attuazione dei loro interessi <sup>1</sup>. La disciplina del mercato ha inciso sull'autonomia privata e differenziato le posizioni soggettive del consumatore, dell'utente e dell'operatore commerciale.

L'andamento del mercato e la crisi economica degli ultimi decenni hanno, infatti, determinato un profondo mutamento della realtà dei rapporti contrattuali, protesi sempre più a valorizzare le relazioni di consumo e i rapporti tra imprese vittime di abusi e prevaricazioni della controparte economicamente più forte, postulando il ricorso a regole e principi conformati ai criteri di flessibilità ed elasticità <sup>2</sup>.

I più recenti *trend* normativi sono orientati verso la previsione di discipline giuridiche volte a fronteggiare l'emergenza, per tale motivo il contratto deve essere contestualizzato nel tempo della crisi, che trasversalmente investe l'attività economica, finanziaria e più in generale i rapporti sociali dell'epoca attuale <sup>3</sup>.

La prospettiva di indagine postula come fondamentale punto di riferimento la considerazione dell'attività economica nella sua dinamicità e non l'atto staticamente inteso in cui si cristallizza l'assetto di interessi programmato dalle parti.

---

<sup>1</sup> Per un'analisi sul punto v. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, 1.

<sup>2</sup> Cfr. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti di tutela*, 2012, 1, ove si evidenzia che nello scenario transnazionale designato dalla rivoluzione tecnologica, dall'estensione globale della comunicazione e dalle nuove dinamiche dei mercati si perdono i punti di riferimento tradizionali e si aprono articolate realtà, sicché le tradizionali categorie spaziali del soggetto e dell'oggetto; nonché quelle temporali del fatto e dell'effetto devono adattarsi alle nuove fenomenologie materiali e immateriali.

<sup>3</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 15. L'A., come scrive mirabilmente RESCIGNO nella presentazione della monografia citata, riesce a coniugare funzionamento delle regole giuridiche e fenomenologia economica, con il metodo dell'analisi economica del diritto, peraltro nell'ancor più ampia prospettiva, abilmente utilizzata da Macario, "di un taglio sociologico di weberiana provenienza".

Il contratto, infatti, quale strumento principale attraverso il quale si manifesta l'attività economica, va analizzato sotto il profilo della esecuzione del rapporto, ove possono sorgere problemi correlati all'attuazione e al sopravvenire di evenienze perturbatrici, che ontologicamente interferiscono sulle vicende dell'operazione negoziale.

L'obiettivo perseguito dal legislatore degli ultimi anni, sotto l'impulso della normativa europea, è stato quello di individuare gli strumenti di tutela adeguati, al fine di porre rimedio alla posizione di asimmetria e di squilibrio tra le parti e, quindi, tutelare la parte c.d. "debole" delle dinamiche di forza del mercato <sup>4</sup>.

Invero, dall'analisi dei nuovi strumenti di tutela individuabili nelle prescrizioni di forma del contratto, nei doveri di informazione, nei divieti di pattuizione di clausole vessatorie e abusive ecc., si evince la necessità di valorizzare l'autonomia privata della parte debole nell'ottica di apprestare strumenti idonei, non tanto verso una esigenza di protezione soggettiva individuale, ma finalizzata a tutelare una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza tra contraenti in posizione asimmetrica <sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> In quest'ottica è opportuno analizzare il rapporto tra persona e contratto e, segnatamente il processo di ascesa della persona e di crisi del soggetto, sicché la tutela della parte debole del contratto giustifica il passaggio dal soggetto (inteso nelle sue caratteristiche intrinseche) alla persona umana e alla valorizzazione della sua dignità. Cfr. TOMMASINI, *Cit.* 13 e ss. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009; PIEPOLI, *Soggetto, soggetti e mercato nello scenario europeo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 0212,1, 41; BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, 381; SIRENA- ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 385.

<sup>5</sup> Il ragionamento suesposto è alla base anche della giurisprudenza delle SU del 2014 in tema di nullità di protezione e rilievo officioso: *"Si è detto "indiscutibile" lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualficazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato ( art. 41 Cost. ) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli ( art. 3 Cost. : si pensi alla disciplina antitrust, alle norme*

Una condizione di efficienza del mercato, infatti, garantisce la miglior allocazione delle risorse e il massimo benessere collettivo, mentre uno squilibrio di potere contrattuale può dar luogo ad approfittamenti e a condotte abusive che conducono alla conclusione da parte dei contraenti “deboli” di contratti a condizioni svantaggiose.

L’esigenza di ripristinare l’equilibrio del contratto è strettamente connessa alla difficile congiuntura economica degli ultimi anni, ove si tenta di valorizzare la prospettiva temporale anche del non breve periodo, puntando sul cd. diritto negoziale della crisi d’impresa, ove la qualifica di “negoziale” si identifica con l’aggregazione di tutti gli strumenti variamente impiegati nella dimensione privatistica per la risoluzione della crisi (concordati, accordi, convenzioni)<sup>6</sup>.

Il diritto della crisi è stato oggetto di ripetuti ed incessanti interventi normativi, in forza dei quali il legislatore ha valorizzato soluzioni extragiudiziarie, collocando in primo piano il paradigma contrattuale, quale strumento che permette di gestire al meglio la contrapposizione tra gli interessi delle parti. La crisi economica, infatti, ha segnato profondamente la struttura economico-patrimoniale delle imprese italiane e, altrettanto sicuramente, la qualità della gestione delle contrattazioni propendendo verso soluzioni negoziate, considerate lo strumento migliore per soddisfare

---

*sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex D.Lgs. n. 231 del 2002), poichè lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. V. Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 08/04/2014) 12-12-2014, n. 26243, in *Giur. Comm.* 2015, 5, II, 970.*

<sup>6</sup> In questi termini v. PASQUARIELLO, *Le Convenzioni Di Moratoria: Una “Tregua” Per Risolvere La Crisi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2, 1 apr. 2018, 235; nonché AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

gli interessi coinvolti nel dissesto (creditori, lavoratori dipendenti, economia in generale)<sup>7</sup>.

Al fine di fronteggiare una simile situazione patologica, nasce l'esigenza di tutela del contraente, ripristinando la concorrenza a favore di quella categoria di soggetti che subiscono l'abuso, ossia non solo i contraenti deboli ma anche i professionisti concorrenti (effettivi o potenziali), con l'obiettivo pubblico e generale di esercitare un controllo sui comportamenti, per arginare le scelte scorrette che incidono negativamente sulla libertà negoziale del contraente e soprattutto pregiudicano il corretto funzionamento del mercato<sup>8</sup>. L'ottica di tutela, quindi, non va limitata solo al contraente "debole", in quanto la tematica della giustizia contrattuale si misura con i bisogni e gli interessi dei singoli in una vicenda contraddistinta dall'assunzione ad unità di misura di modelli universali o indistinti<sup>9</sup>. In questa prospettiva si assiste ad un processo di valorizzazione del soggetto-persona, rendendo del tutto inadeguata e, quindi, ormai superata l'individuazione del soggetto debole in base all'appartenenza a categorie astrattamente qualificate (consumatore, risparmiatore, imprenditore). Punto di riferimento delle nuove contrattazioni è, quindi, la tutela del "contraente" quale figura unitaria attraverso la valorizzazione di un equilibrio delle posizioni delle parti, l'equità del rapporto e, quindi, ponendo al centro la

---

<sup>7</sup> In quest'ottica è opportuno richiamare anche la recente normativa in tema di accordi di ristrutturazione di imprese in crisi. In questo contesto il nuovo art. 182-*septies* della legge fallimentare introduce due istituti — gli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria — che intervengono a disciplinare le vicende e le operazioni legate al debito bancario.

<sup>8</sup> Il limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2 Cost. non solo costituisce garanzia per il contraente "debole" contro eventuali abusi del professionista, ma rappresenta anche un presidio fondamentale a tutela della libertà di concorrenza assicurata dall'art. 41, comma 1 Cost. Cfr. Corte cost. n. 52 del 2010, in Banca Dati *De Jure*, la quale, a proposito del mercato finanziario e dei contratti derivati, rileva "la stretta connessione esistente tra contratto e mercato"; NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 835; ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 9.

<sup>9</sup> In questi termini v. LIPARI, Relazione al convegno *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*. Messina, 16-17 marzo 2018.



persona e la sua dignità<sup>10</sup>. In questo senso è rilevante l'attuale *trend* normativo verso l'individuazione di regole contrattuali uniformi, al fine di estendere alla piccola-media impresa profili di disciplina un tempo riservati solo al consumatore. In particolare, il nuovo statuto delle imprese (l.n. 180/2011) prevede l'applicazione delle pratiche commerciali sleali estendendo la nozione di abuso di dipendenza economica ad ogni altra forma di dipendenza scaturente dalla posizione di debolezza della piccola impresa. Emerge, quindi, la necessità di individuare una disciplina unitaria sostanzialmente riconducibile alla circostanza che una delle parti sia potenzialmente vittima di condotte prevaricatorie in ragione della disparità contrattuale.

D'altro canto, il potere contrattuale preso in considerazione dalle norme a tutela del contraente debole in ragione dell'asimmetria informativa è, in verità, un potere che prescinde sia dalla detenzione di una posizione dominante sul mercato della quale si abusi, sia da ragioni riguardanti le condizioni contingenti in cui è avvenuta la stipula del singolo contratto (ad esempio dolo, errore, violenza, oppure lo stato di pericolo di uno dei due contraenti). Tale potere contrattuale dipende, invece, semplicemente dall'esperienza, dalle conoscenze delle condizioni di mercato, dalle capacità di condurre le trattative del contraente forte, che la legge individua nella figura del professionista, che può essere o un imprenditore ex art. 2082 c.c. o un professionista intellettuale ex art. 2229 c.c.

In questa prospettiva, non è l'informazione in sé che merita tutela, ma l'adeguatezza e la qualità delle notizie, in relazione alla specificità della controparte e delle concrete esigenze, in quanto le dinamiche e la regolamentazione del mercato dipendono dalla qualità delle informazioni e dalla corretta applicazione dei principi e delle regole ispirate alle buona

---

<sup>10</sup> Cfr. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, cit., 25.

fede contrattuale. L'autonomia privata infatti opera come strumento funzionalmente proteso all'attuazione degli interessi della collettività, in una nuova assiologia aggregante che tenga conto dell'efficienza del mercato e soprattutto della tutela dei valori della persona <sup>11</sup>.

## **2. Asimmetria contrattuale e rapporti di durata**

Il contratto, tradizionalmente inteso, nelle logiche codicistiche è informato a criteri di astrattezza e omologazione delle posizioni delle parti sulla base di una posizione di parità, imperniata sui principi di uguaglianza meramente formale<sup>12</sup>.

Le nuove logiche di mercato sono, invece, connotate da squilibrio di potere contrattuale (e dunque la possibilità per il contraente “forte” di ottenere condizioni particolarmente vantaggiose), scaturenti da una minore quantità di informazioni in capo al contraente debole (c.d. “asimmetria informativa”) <sup>13</sup> ovvero dall'approfittamento di una posizione dominante a vantaggio del contraente forte (c.d. asimmetria economica). In quest'ultimo caso, la debolezza economica deriva dalla difficoltà di trovare sul mercato valide alternative e, pertanto, l'esigenza di protezione si estende anche al contraente “debole” non consumatore (si pensi all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 che vieta l'abuso di dipendenza economica nei confronti del subfornitore, norma considerata applicabile all'imprenditore “debole”; nonché la disciplina dei contratti di cessione di prodotti agroalimentari L'art. 62 del D.L. 24 gennaio 2012 n.1, convertito nella L. n. 27 del 24

---

<sup>11</sup> Per una analisi approfondita v. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, 267

<sup>12</sup> V. DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Torino, 2017, 10.

<sup>13</sup> La debolezza del consumatore è meramente informativa e non economica, sicché la relativa disciplina

marzo 2012) e, pertanto, non contemplato fra i soggetti destinatari della protezione offerta dal codice del consumo <sup>14</sup>.

Il “contraente forte” è, invece, identificato nel professionista, descritto dall'art. 3, lett. a), del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), ossia colui il quale esercita a fini di lucro e professionalmente — ossia in maniera stabile e continuativa — un'attività dalla quale deriva una maggiore esperienza ed una maggiore frequenza nelle contrattazioni rispetto alle sue controparti contrattuali.

Il rapporto tra parti “diseguali” è al centro delle nuove discipline ove la parte c.d. forte viene identificata sempre con la figura del professionista. Ed infatti, nel codice del consumo il rapporto è fra professionista e consumatore, in altre leggi il rapporto è fra un professionista e il cliente (testo unico bancario, codice delle assicurazioni o testo unico dell'intermediazione finanziaria), ove il cliente è considerato “debole”. Anche nell’ambito della disciplina del c.d. terzo contratto la parte forte viene identificata con il professionista. In simili fattispecie l’esigenza di protezione nasce da una debolezza economica “relativa” cioè limitata al rapporto che si instaura tra un professionista “forte” e un altro professionista considerato “debole” (subfornitura, *franchising*, disciplina dei ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, agenzia).

E’ necessario evidenziare che la forza economica che una impresa esercita sull’altra è spesso connessa alla durata del rapporto (*rectius*: investimento) anche in ragione del fatto che una delle parti, in esecuzione del contratto, compie investimenti specifici non riconvertibili sul mercato<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1556, secondo cui il nuovo paradigma contrattuale si estende al di là degli *status*, potendosi ascrivere ad una fin troppo generica condizione di debolezza, a prescindere dai profili soggettivi dell'affare e dalle vicende relative alla formazione del consenso

<sup>15</sup> Invero, dalla disamina della legge sulla sub fornitura l.n. 192 del 1998 è possibile ricavare vari elementi dai quali può sorgere una situazione di dipendenza economica del subfornitore: a) aver

La debolezza, in altri termini, è frutto di una preesistente relazione contrattuale derivante da un investimento, tramite il quale una impresa produce beni destinati ad un'altra impresa, sicché tali operazioni economiche rispondono ad una determinata utilità solo se si garantisce una durata minima del contratto <sup>16</sup>.

In quest'ottica, l'asimmetria contrattuale derivante dalla differente forza economica viene in qualche modo temperata dalla durata del contratto, in quanto consente all'impresa debole di ammortizzare nel tempo l'attività che svolge per l'impresa economicamente più forte.

I contratti in oggetto cc.dd. di durata o di lungo termine, postulano forme di tutela peculiari in ragione del fatto che le prestazioni si sviluppano lungo il corso del tempo <sup>17</sup>.

In estrema sintesi, sono distinguibili i contratti ad esecuzione periodica (nei quali le prestazioni vengono eseguite a intervalli periodici) ed i contratti ad esecuzione continuata (nei quali le prestazioni si realizzano in modo permanente e non frazionato). Tali tipologie contrattuali sono caratterizzate dal dato fenomenico del "tempo", nei quali è preminente la dimensione effettuale legata all'esecuzione del contratto, e diviene, invece, residuale "quella volontaristico-strutturale della sua conclusione" originaria <sup>18</sup>.

---

effettuato investimenti specifici in un particolare tipo di produzione; b) l'eccessiva rilevanza dei costi che il subfornitore dovrebbe sostenere o i benefici ai quali dovrebbe rinunciare se fosse costretto a scegliere un altro fornitore, al netto dei risultati derivati dallo scambio; c) una certa asimmetria informativa, peggiorata anche dalla d) incompletezza del contratto.

<sup>16</sup> Tale profilo è stato approfondito da FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, 102. L'A. mette in luce che la dottrina economica ha evidenziato lo stretto nesso causale tra l'adozione di un modello contrattuale di durata e la necessità di salvaguardare i c.d. investimenti specifici all'interno di una operazione economica.

<sup>17</sup> La frattura temporale tra il sorgere del rapporto contrattuale e la sua attuazione assume rilevanza, in quanto il tempo modifica ogni cosa; ed in particolare modifica la portata ed il contenuto degli atti di decisione o di scelta. In questi termini TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, in *Codice civile, Commentario*, artt. 1467-1469, Milano, 1995, 238.

<sup>18</sup> LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di

La durata, quindi, assurge a strumento di temperamento delle contrattazioni tra imprese, sicché l'impresa debole ha tutto l'interesse alla durata del rapporto, per tutto il periodo di ammortamento dell'investimento. Dalla analisi della prassi contrattuale, quindi, deriva una notevole diffusione dei contratti a lungo termine, stante l'esigenza degli operatori economici di adottare modelli negoziali che appaiono, in linea di principio, più affidabili. In quest'ottica la programmazione a medio e lungo termine, che caratterizza le attività imprenditoriali più evolute, si coniuga con la diffusione dei contratti a lungo termine, ove l'accordo tra le parti deve essere informato a criteri di proporzionalità tra le prestazioni e di reciproca convenienza, commisurato all'analisi costi-benefici.

Lo svolgimento dell'affare nel tempo, tuttavia, comporta maggiori difficoltà nella gestione del rapporto, tenuto conto dei fattori imprevedibili che possono verificarsi durante l'esecuzione, nonché il probabile aumento dei costi.

Sotto il profilo dell'analisi economica del diritto, la rilevanza del fattore temporale genera squilibrio, giacché l'impresa economicamente "forte", nell'esercizio della sua libertà negoziale, potrebbe prevedere clausole che le consentono di liberarsi del contratto e costringere la controparte a sottostare a condizioni svantaggiose pur di continuare l'attività contrattuale. In altri termini, la durata del rapporto è suscettibile di strumentalizzazioni preordinate ad imporre condizioni contrattuali inique<sup>19</sup>.

Il comportamento dell'impresa "forte" si concreta in quello che viene definito la c.d. "*estorsione post contrattuale*" nei confronti della parte che ha effettuato investimenti specifici, con conseguente appropriazione delle c.d. *quasi rendite* il cui valore viene individuato nella differenza tra il

---

TOMMASINI, Torino, 2003, spec. da p. 143 e ss; OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, 143; MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 69.

<sup>19</sup> RENNA, *L'abuso Di Dipendenza Economica Come Fattispecie Transtipica*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2.

valore del bene e il suo valore di recupero (*salvage value*), cioè il valore del suo miglior uso alternativo <sup>20</sup>.

Le criticità di una operazione di lunga durata, a ben vedere, sono collegate non solo alla circostanza che un determinato affare debba svolgersi in un futuro incerto e non prevedibile, ma anche dal rischio di dover subire comportamenti opportunistici di controparte, che metterebbero in crisi il mercato e le contrattazioni in generale.

Per tali ragioni appare opportuno promuovere comportamenti cooperativi tra le parti, ispirati ai principi di buona fede e correttezza, al fine di superare la situazione di “crisi” del rapporto tramite accordi volti a modificare il regolamento contrattuale, adattandolo alle nuove circostanze nell’interesse di entrambi i contraenti <sup>21</sup>.

### **3. Contratti relazionali e *Long Term Contract* nell’esperienza inglese**

I rapporti di lunga durata hanno trovato ampia diffusione nella prassi dei sistemi anglo americani di *common law*, dove si registra il diffondersi del nuovo fenomeno giuridico legato allo studio delle contrattazioni e delle relazioni tra imprese durante la fase di esecuzione del rapporto.

---

<sup>20</sup> OPPO, *I principi*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Buonocore, sez. I, tomo, I, Torino, 2001, 72; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; NATOLI, voce “Abuso di dipendenza economica” in *Digesto Comm.*, Agg. I, Torino, 2003, 2. Si veda anche Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262, “il riferimento alla reale possibilità per la parte che ha subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti riveste un centrale rilievo nel caso di specie, debitamente considerando come parte ricorrente lamenta l’abusivo rifiuto di contrarre opposto dalla società resistente proprio in ragione dell’essere asseritamente la stessa l’unica venditrice in Italia di una componente chimica fondamentale per il proprio processo produttivo. Assume cioè la ricorrente che la situazione di dipendenza economica che la legherebbe indissolubilmente nel breve medio periodo alla società resistente sarebbe costituita da una dipendenza dell’impresa di tipo merceologico-produttivo non suscettibile di essere nel breve periodo sostituita in altro modo.

<sup>21</sup> Cfr. FICI, op. cit. 96, il quale mette in luce che tra i costi futuri di una attuale condotta opportunistica riguardano non solo il costo derivante dalla interruzione della relazione e, dunque dalla perdita degli eventuali investimenti specifici, ma anche i costi futuri derivanti dalla perdita della reputazione. La cattiva reputazione riduce le prospettive di future transazioni creando effetti distorsivi sul mercato.

A differenza degli ordinamenti di diritto continentale che fondano il sorgere del vincolo contrattuale sull'accordo delle parti, il sistema inglese è basato su principi diversi in forza dei quali il contratto rinviene la sua fonte essenzialmente nella *promise*, cioè a dire nella *consideration* la quale costituisce un elemento essenziale per la formazione del vincolo giuridico.

Anche nel sistema anglosassone si assiste alla proliferazione dei c.d. *long term contract*, ossia rapporti contrattuali caratterizzati dal fattore temporale, ove l'interesse delle parti viene realizzato non tramite lo scambio istantaneo, ma attraverso un'esecuzione del rapporto protratta nel tempo. Tale tipologia contrattuale, infatti, va differenziata dai c.d. *discrete contracts*, cioè transazioni commerciali isolate aventi ad oggetto lo scambio di beni standardizzati che si esauriscono, di regola, con l'operazione economica in essi dedotta<sup>22</sup>. I *long terms contracts*, sono tendenzialmente contratti incompleti, in quanto l'elemento temporale che li contraddistingue non consente alle parti di individuare preventivamente i possibili punti deboli e le variazioni che potranno accadere durante la fase esecutiva del contratto.

Emerge, a ben vedere, la tendenza a contrapporre i contratti di scambio istantaneo e i *long term contract*, nei quali il fattore temporale assume rilevanza sia sotto il profilo economico, che giuridico, caratterizzando l'elemento causale in una direzione diversa, rispetto alla semplice finalità di scambio<sup>23</sup>. In presenza di stabili rapporti commerciali tra operatori legati

---

<sup>22</sup> Nell'attribuire una particolare enfasi, nello studio dei contratti a lungo termine, alle implicazioni e alle ricadute di carattere economico, in termini alternativamente di micro- e macroeconomia, di tali rapporti, questi venivano costantemente esaminati nell'ambito dello specifico settore di mercato (produzione e approvvigionamento di carbone, gas e così via) di volta in volta interessato (anche in questo caso, solo esemplificativamente possono ricordarsi: JOSKOW, *Vertigal Integration and Long Term Contracts: The Case of Coal Burning Electric Generating Plants*, in *J.L. & Econ.*, 1985, 33; PIERCE, *Reconsidering the Roles of Regulation and Competition in the Natural Gas Industry*, in *Harvard L. R.* 97 (1983), 345;

<sup>23</sup> Per un'analisi sul punto si rinvia a LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione delle sopravvenienze*, cit., 264.

da vincoli ben radicati, il contratto diviene uno strumento fondamentale, destinato non solo ad operare nel mercato, ma a contribuire a creare il mercato stesso<sup>24</sup>.

Il fenomeno in esame comunque fuoriesce dalle strette maglie dei contratti bilaterali ed è stato oggetto di studio da parte di molti autori, appartenenti a varie discipline accademiche sia giuridiche che economiche, le quali hanno analizzato la natura e la forma di contratti tra imprese sotto profili differenti basandosi in particolar modo sulla corrente di pensiero nord americana dei c.d. contratti relazionali. Siffatta tipologia contrattuale, tuttavia, non va assimilata *in toto* ai *long-term contract*.

Sebbene, sia probabile che quest'ultima categoria presenti le caratteristiche che rendono un contratto *relational*, va osservato che la durata del rapporto, non contraddistingue i contratti relazionali, essendo, invece, considerata come una variabile indipendente<sup>25</sup>.

Secondo la teoria del contratto relazionale sviluppata nei sistemi di *common law*<sup>26</sup> ogni rapporto contrattuale realizza una relazione tra le parti non limitata al mero scambio delle prestazioni, che le induce a creare un'apposita organizzazione in funzione di quel determinato rapporto ed a fare legittimo affidamento sulla sua continuità. I contratti relazionali, quindi, comprendono non solo lo scambio, ma anche una relazione tra i contraenti.

L'esistenza di una relazione influisce sulle modalità di definizione del contenuto del contratto, giacché la continuità del rapporto contrattuale è

---

<sup>24</sup> In questi termini, D'ARRIGO, Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione delle sopravvenienze*, cit., 529.

<sup>25</sup> Sono *long term contract* ad esempio il contratto di locazione di immobile, il quale potrebbe comportare una limitata relazione tra locatore e locatario; un finanziamento a lungo termine, il quale può essere restituito senza che le parti entrino mai in contatto tra loro. Al contrario, i contratti relazionali sono caratterizzati da un'alta cooperazione tra i soggetti coinvolti.

<sup>26</sup> La teoria dei contratti relazionali nasce dall'analisi economica del diritto inglese, MACNEIL, *Contracts: Exchange Transactions and relations*, New York, 1978.



finalizzata al perseguimento dell'obiettivo comune di instaurare e sviluppare la continuità dell'operazione economica, attraverso una cooperazione nell'esecuzione dei lavori ed una condivisione delle conoscenze.

Nei contratti relazionali, infatti, le parti hanno interessi omogenei o parzialmente divergenti riuniti da un interesse comune finalizzato al benessere dell'intera comunità, sovraordinato e distinto da quello dei singoli partecipanti.

Si tratta, in altri termini, di una forma di collaborazione tra imprese che si configura attraverso una serie di contratti bilaterali funzionalmente collegati, nel quale due o più imprese collaborano al fine di contribuire, ciascuno per la propria parte, alla realizzazione di un prodotto finale comune. Si colloca tra la figura del contratto di scambio e il contratto associativo e realizza una forma di coordinamento delle attività tra imprese, le quali restano giuridicamente indipendenti e cooperano al fine di raggiungere obiettivi comuni <sup>27</sup>. In quest'ottica, il vantaggio comune è maggiore di quello conseguibile attraverso l'integrazione verticale di una sola impresa e, pertanto, entrambe le parti hanno interesse a continuare la relazione contrattuale, perché dalla stessa ricevono utilità in termini economici. Tale prospettiva induce le parti a trovare soluzioni concordate delle eventuali dispute che si dovessero verificare durante la fase di esecuzione, attraverso la predisposizione di regole che incentivano le parti a comportarsi correttamente durante la fase di esecuzione del rapporto, collaborando nelle eventuale modifica del contratto per adeguarlo alle mutate circostanze <sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Tra i contratti relazionali rientrano a titolo esemplificativo gli accordi di *joint venture*, distribuzione, *franchising*.

<sup>28</sup> Per una disamina sul punto vedi FICI, cit., 118, il quale sottolinea che *l'indagine empirica dimostra che le relazioni che si sviluppano nel tempo non si fondano su un contratto in cui la*

L'interesse, quindi, che spinge le parti a legarsi per un consistente periodo di tempo consiste nel perseguire i vantaggi reciproci della cooperazione nello svolgimento dell'affare. Nel modello dei *relational contracts* si combinano insieme il profilo della incompletezza ed il tratto della continuità del rapporto nel tempo. L'incompletezza viene intesa in senso economico, in quanto le parti non sono in grado di anticipare l'insieme imponderabile di eventi verificabili durante l'esecuzione della relazione contrattuale. L'incompletezza economica ricorre tutte le volte in cui l'accordo non tiene conto di una circostanza in grado di vanificare le utilità attese dai contraenti <sup>29</sup>. La continuità del rapporto nel tempo è un carattere che, connesso al profilo della incompletezza economica, implica nelle parti un vicendevole affidamento basato sul valore giuridico della solidarietà <sup>30</sup>.

La soluzione più efficiente in termini di razionalità è quella di utilizzare formule flessibili che consentano alle parti di rideterminare il contenuto dei contratti al sopravvenire di nuove circostanze, per tali ragioni la prospettiva dinamica dell'adattamento del contratto diviene la regola e non l'eccezione<sup>31</sup>. In ogni caso, la flessibilità dei contratti relazionali, sebbene nell'ottica di salvaguardare interessi comuni, va inquadrata nell'ambito dei negozi commutativi e non associativi *strictu sensu* intesi, giacché l'adesione al contratto a lungo termine costituisce l'occasionale convergenza di

---

*programmazione è completa. E che le dispute che insorgono al loro interno non vengono risolte in sede giudiziale.*

<sup>29</sup> In questi termini v. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 1, 10041; BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 71-72

<sup>30</sup> Il tema è stato affrontato da MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 1, 10063.

<sup>31</sup> Cfr. LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, cit., 267.

interessi che, in ogni caso, si muovono verso una prospettiva di convenienza pur sempre individuale.

Dalle considerazioni di analisi economica del diritto in tema di *relational contracts* e di incompletezza contrattuale emerge la presa di coscienza che la disciplina del contratto non può essere compressa in un sistema incentrato sullo scambio istantaneo, dovendo necessariamente puntare alla valorizzazione del contratto ad effetti obbligatori destinato a durare nel tempo.

Ai fini del corretto funzionamento del mercato, pertanto, non è solo la distinzione e l'ormai acquisita specialità della disciplina dei contratti con i consumatori che deve essere presa in considerazione, ma anche le nuove relazioni contrattuali tra imprese, nonché le possibili implicazioni del fattore temporale sulla continuità e sulla esecuzione del contratto.

#### **4. La rilevanza delle sopravvenienze nell'evoluzione del sistema**

I rapporti contrattuali, specie quelli caratterizzati da uno scarto cronologico tra il momento di conclusione dell'accordo e la sua esecuzione, sono esposti al rischio che si verifichino fatti sopravvenuti in grado di incidere sull'economia del contratto<sup>32</sup>, rendendo non più attuali gli interessi programmati ab origine dalle parti.

Con il termine sopravvenienze si suole fare riferimento a quelle circostanze esterne ed estranee alla volontà delle parti, perché non previste o non prevedibili, idonee ad incidere sull'esecuzione del contratto, in

---

<sup>32</sup> Sul concetto di economia del contratto v. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 1, 183, ove si mette in luce che discorrere di economia del contratto non significa sacrificare l'autonomia negoziale a fronte di principi di efficienza che governano il mondo economico in generale. Diversamente, riconoscere rilevanza all'economia del contratto implica il superamento del principio statico di vincolatività del contratto per come predisposto dalle parti al momento di formazione dell'accordo, al fine di assecondare e attuare gli interessi delle parti al sopravvenire di nuovi fatti.

quanto volte a mutare o a rendere più difficile il contesto in cui lo stesso deve essere attuato <sup>33</sup>.

Il concetto di sopravvenienza, quindi, riguarda ogni mutamento dello stato di fatto o di diritto sussistente in sede di stipula del contratto e capace di turbare il normale svolgimento del contratto, prima della sua completa esecuzione. Le sopravvenienze rilevano, quindi, all'interno della fisiologia del rapporto, determinando una modificazione delle utilità che ciascuna o entrambe le parti intendevano conseguire<sup>34</sup>. L'attività economica e gli interessi delle parti vanno presi in considerazione nella loro dinamicità, con riferimento al rapporto e non all'atto staticamente inteso in cui si è cristallizzato il programma negoziale <sup>35</sup>

Sotto il profilo assiologico, tra il momento costitutivo e quello esecutivo del rapporto, le sopravvenienze rilevano sul piano dell'effetto giuridico: pertanto sorge la necessità di avere una risposta dall'ordinamento, attraverso la previsione di comportamenti "possibili" o "necessari" in grado di regolare la sorte del contratto <sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Sul punto cfr. LANDINI, *op. cit.*, 183. Sulla sopravvenienza contrattuale cfr. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

<sup>34</sup> Per un'analisi sul tema si rinvia a MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss. L'esigenza di conservazione del vincolo contrattuale è, infatti, più pregnante nei contratti a lungo termine, i quali hanno avuto una certa diffusione soprattutto in ambito internazionale e nei sistemi di *common law*. Cfr. altresì MARASCO, *rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, 19 ss. L'A. si occupa di esaminare, nell'ambito delle contrattazioni, la nozione di "durata". Il tempo diviene elemento che caratterizza il contratto concorrendo alla determinazione della causa, in quanto l'interesse delle parti, in tali casi, è anch'esso "duraturo", perché rivolto ad una esecuzione secondo il programma temporale convenuto.

<sup>35</sup> Il rischio di mutamento delle circostanze tali da determinare una divaricazione tra il regolamento contrattuale statico e la realtà dinamica è tanto maggiore quanto più esteso è il lasso di tempo tra la conclusione e l'esecuzione del programma negoziale. Per un'analisi sul punto cfr. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, 104 ss.

<sup>36</sup> Cfr. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, 268 ove si afferma che: "nel delicato passaggio dalla ontologia alla assiologia si rende indispensabile ripensare l'assetto dei valori, ed implementare qualitativamente la tipologia di regole giuridiche e delle tecniche attuative per rispondere più efficacemente alle istanze della realtà contemporanea".

Invero, non ogni turbamento implica una reazione da parte dell'ordinamento. Tale esigenza, infatti, non sussiste per ogni tipo di sopravvenienza, ma solo per quelle considerate "rilevanti" perché in grado di interferire negativamente sull'interesse di una parte, aggravando i sacrifici che scaturiscono dall'atto contrattuale o diminuendo l'utilità (*rectius*: convenienza) dell'operazione negoziale.

Ed infatti, se da ogni fatto successivo alla stipulazione sorgesse sempre la necessità di rivedere il programma negoziale, ne deriverebbe instabilità e incertezza dei rapporti giuridici.

E' necessario precisare, tuttavia, che l'ambito di operatività delle sopravvenienze non va neanche ristretto alla previsione dell'art. 1467 c.c., il quale, nel disciplinare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, dà rilevanza solo a variazioni quantitative straordinarie ed imprevedibili<sup>37</sup>.

Invero, sopravvenienze rilevanti, dalle quali sorge la necessità di individuare appositi rimedi, possono essere considerate da un lato, "atipiche" rispetto a quelle prese in considerazione dall'art. 1467 c.c.<sup>38</sup>, dall'altro lato devono essere idonee ad incidere sull'equilibrio originariamente predisposto dalle parti al momento della stipulazione del contratto. Di conseguenza, la misura della rilevanza delle circostanze

---

<sup>37</sup> Riconduce la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta alle variazioni quantitative MAUCERI, *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *diritti nazionali e comparazione*, 2007, 1100; nonché BARCELLONA, *Appunti a proposito di obblighi di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2003, 487. Il concetto di evento straordinario e imprevedibile è stato, in particolare, analizzato da SACCO - DE NOVA, in *Obbligazioni e contratti*, in diretto da Rescigno, Torino, 2011, 680, ove si precisa che ogni evento straordinario è genericamente prevedibile, ad esempio lo scoppio di una guerra è astrattamente prevedibile. Tuttavia, l'art. 1467 c.c. si riferisce a previsioni di eventi dotate di un margine di certezza e di specificità maggiori. Sul rapporto tra l'art. 1467 c.c. e le clausole di rinegoziazione v. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, 415; nonché CESARO, *op. cit.*, 74, laddove emerge, da un esame attento del dettato codicistico, il principio secondo il quale la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ha natura dispositiva, consentendo alle parti di sottrarre le sopravvenienze al regime della risoluzione per predisporre strumenti di conservazione del rapporto contrattuale.

<sup>38</sup> L'espressione "soppravvenienze atipiche" è utilizzata da SACCO - DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile* (a cura di R. Sacco), Torino, 2004, II, cit., p. 723; nonché ripresa da MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 851.

sopravvenute non può essere valutata in astratto, ma dovrà essere verificata *ex post* in ragione degli interessi in concreto perseguiti dalle parti <sup>39</sup>.

I mutamenti che incidono sull'assetto contrattuale attengono, generalmente, all'andamento del mercato, ad accadimenti naturali, a sopravvenuti interessi delle parti o a nuovi interventi legislativi. In particolare, tra i più frequenti fattori perturbativi del rapporto contrattuale è necessario richiamare la crisi economica degli ultimi anni, la quale ha inevitabilmente influito sull'assetto delle contrattazioni, determinando squilibri del sinallagma contrattuale <sup>40</sup>. Anche il progresso tecnologico dispiega un'incisiva rilevanza quale fattore idoneo a mettere a rischio l'attualità del programma negoziale, giacché l'interesse alla prestazione potrebbe svanire in un tempo non preventivabile *ab origine*, perché superato dalla nuova tecnologia. Infine, ulteriore circostanza determinante per le operazioni di scambio è caratterizzata dall'instabilità politica ed economica, specialmente per le contrattazioni che investono il mercato internazionale <sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Sulla rilevanza delle sopravvenienze MAUCERI, *op. cit.*, 1100, ove si distingue tra sopravvenienze quantitative e qualitative. Le variazioni quantitative sussistono quando la prestazione rimane la stessa, ma vi è un aumento dei costi e, pertanto, sono prese in considerazione dall'ordinamento solo se superiori ad una certa soglia e se causate da eventi straordinari e imprevedibili (art. 1467 c.c.). Diversamente, le variazioni qualitative attengono alla qualità degli interessi delle parti e, in tal caso, l'ordinamento abbina il rimedio della revisione a quello dello scioglimento del contratto.

<sup>40</sup> Il rapporto tra crisi economica e diritto dei contratti è stato analizzato da IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1243 ss.; nonché da ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 725 ss. Cfr. altresì MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, 829, ove si mette in luce l'esigenza di contestualizzare il contratto al tempo della crisi che investe la materia economica e, più in generale, i rapporti sociali del nostro tempo.

<sup>41</sup> Per un approfondimento sul punto v. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 14. Nell'ambito del commercio internazionale è necessario precisare che sovente vengono inserite, all'interno di accordi transfrontalieri, le c.d. *hardship clauses*; queste clausole sono dirette a disciplinare la rinegoziazione del contratto nel caso di particolari sopravvenienze, spesso individuate dalle parti al momento del perfezionamento del negozio.

Trattasi, a ben vedere, di fattori successivi che non implicano l'invalidità del contratto, ma ne determinano la sopravvenuta inattualità del programma negoziale divisato dalle parti <sup>42</sup>.

Valutazioni di razionalità economica, quindi, impongono una corretta gestione dei costi della contrattazione, sicché le stesse sono indotte a contrarre prescindendo dalla valutazione di circostanze future astrattamente prevedibili, atteso che la loro analitica individuazione comporterebbe costi eccessivi sia sotto il profilo informativo, che della determinazione delle strategie ritenute più idonee per porvi rimedio <sup>43</sup>.

Al verificarsi di situazioni che rendono non più attuale il programma negoziale, l'ordinamento reagisce attraverso il ricorso a due principi apparentemente in antitesi tra di loro: il principio *pacta sunt servanda* e la clausola *rebus sic stantibus* <sup>44</sup>.

Il primo trova riconoscimento nell'art. 1372 c.c., ove si afferma la vincolatività del contratto attraverso la formula “*il contratto ha forza di legge tra le parti*”. Secondo un'interpretazione ampiamente diffusa, il principio *pacta sunt servanda* non può trovare rigida applicazione ai contratti di durata, atteso che riguarda essenzialmente le operazioni di scambio ad esecuzione istantanea. La clausola *rebus sic stantibus*, viceversa, è espressione di un'esigenza di flessibilità sempre più avvertita nei rapporti di durata. Le parti, infatti, concludono un contratto tenendo in considerazione la situazione di fatto esistente in quel momento: fatti

---

<sup>42</sup> Cfr. AMORE, *Appalto e claim*, cit. 20; D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine*, cit., 493.

<sup>43</sup> Si avrebbe dunque un contratto incompleto per volontà delle parti, in quanto queste ultime, in assenza di apposite clausole, si sarebbero implicitamente riservate la possibilità di procedere alla rinegoziazione dell'accordo per giungere ad una modificazione delle condizioni originarie del patto. Sul punto v. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 508.

<sup>44</sup> La contrapposizione tra le due possibili letture del principio “*pacta sunt servanda*” è espressa, in particolare, nell'introduzione di AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, spec. X e XI.

sopravvenuti, straordinari ed imprevedibili, determinano l'esigenza di rivedere l'assetto negoziale originariamente pattuito. Deriva che l'impegnatività del vincolo deve tener conto sia delle esigenze di conservazione del rapporto, che dell'adattabilità alle circostanze sopravvenute<sup>45</sup>.

In quest'ottica, vincolatività del contratto e adeguamento del rapporto si pongono in antitesi solo sotto un profilo squisitamente formale essendo suscettibili di opportuni contemperamenti, in quanto la valorizzazione della clausola *rebus sic stantibus* ha come inevitabile obiettivo la conservazione nel tempo dell'iniziale proposito dei contraenti, sebbene attraverso il riequilibrio di un rapporto contrattuale divenuto inadeguato alle sopravvenute circostanze di fatto e, dunque, ormai inidoneo a soddisfare le effettive aspettative delle parti.

D'altronde, dall'applicazione letterale dell'art. 1372 c.c. ai contratti di durata deriverebbe la violazione della vincolatività "sostanziale" del contratto, giacché le parti rimarrebbero obbligate ad una regola non più attuabile alla luce dei principi di equità e giustizia; mentre la valorizzazione della clausola *rebus sic stantibus*, a seguito della mutata realtà socio-economica, consentirebbe l'adeguamento dell'originario programma negoziale alle nuove esigenze, preservando così l'assetto di interessi voluto dalle parti<sup>46</sup>.

In altri termini, la predisposizione di strumenti volti ad adattare il contenuto delle situazioni giuridiche alle nuove evenienze permette di

---

<sup>45</sup> Sul punto v. D'ARRIGO, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di Tommasini, Torino, 2007, 549.

<sup>46</sup> Interessanti le precisazioni di MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, spec. alle pp. 2 e 3, che offre una sintetica ricostruzione storica del dilemma rimediabile tra *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* dal diritto romano al codice napoleonico.



rispettare gli interessi delle parti in un'ottica di certezza delle contrattazioni e di giustizia sostanziale del contratto <sup>47</sup>.

Invero, la dottrina civilistica ha già percorso tale via, illustrando efficacemente ciò che accade - o meglio dovrebbe accadere - tutte le volte in cui *“si verifichi una scissione diacronica tra l'atto negoziale che instaura il vincolo obbligatorio e l'attuazione concreta del regolamento degli interessi”* <sup>48</sup>. In quest'ottica, non si può garantire, nell'interesse delle parti, la prevalenza all'assetto astratto e teorico collegato alla stipula del contratto, senza osservare i possibili effetti di un'esecuzione prolungata nel tempo.

In una logica complessiva connotata da un quadro socio-economico profondamente mutato appare allora utile individuare i possibili percorsi per una revisione critica dei tradizionali rimedi, con l'obiettivo primario di rinvenire più adeguati strumenti di controllo e gestione delle sopravvenienze, soprattutto nei contratti a lungo termine, laddove più forte è l'esigenza di tutelare gli interessi delle parti attraverso una revisione dei termini originari di stipula, senza la necessità di intervenire con l'estinzione e la stipulazione di un nuovo contratto che inevitabilmente imporrebbe maggiori costi.

## **5. Meccanismi di controllo e gestione del rapporto contrattuale**

L'importanza delle sopravvenienze nei contratti di durata implica l'individuazione di meccanismi di controllo delle stesse, per una coerente ed obbiettiva gestione del rapporto contrattuale di durata, nel rispetto della volontà delle parti. A questi fini è importante individuare le diverse

---

<sup>47</sup> Per un'analisi sul punto si rinvia a LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, cit., 242.

<sup>48</sup> L'espressione in corsivo è direttamente tratta da MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 19.

tipologie di sopravvenienze per potere articolare e graduare i rimedi più adeguati.

In quest'ottica, proprio dall'indagine empirica, è possibile immaginare nuove circostanze più o meno rilevanti in relazione alla prestazione richiesta, che appaiono essenzialmente riconducibili a tre diverse fattispecie: a) circostanze che rendono impossibile l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto; b) sopravvenienze che incidono sulla causa del contratto; c) sopravvenienze che determinano uno squilibrio non sostenibile del sinallagma tra le due prestazioni.

Orbene, la prima ipotesi è fisiologicamente destinata a concludersi con la risoluzione del contratto, essendo impossibile la sua prosecuzione. Ed infatti, il nostro ordinamento dà rilevanza alle sopravvenienze, in primo luogo attraverso la disciplina della risoluzione negoziale, prevista dagli artt. 1453 e ss. c.c. Tale normativa costituisce il mezzo attraverso il quale si consente alle parti di liberarsi dal vincolo contrattuale a causa del verificarsi di fattori che possono dipendere da un loro comportamento (inadempimento) ovvero da eventi non imputabili e non prevedibili (impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta)<sup>49</sup>.

Non ogni impossibilità della prestazione determina la risoluzione del contratto, in quanto l'effetto liberatorio è subordinato, non solo alla non imputabilità, ma anche alla definitività dell'impossibilità, sicché il carattere temporaneo della stessa determina l'estinzione dell'obbligazione, solo quando il creditore non abbia più interesse alla prestazione. Dall'ambito

---

<sup>49</sup> Apprezzabile il distinguo tra risoluzione e recesso operato dalla Cassazione. Cfr. Cass. 30 novembre 2015, n. 24337, in *Banca Dati De Jure*: "I rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro, si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra; diversamente verrebbe vanificata la stessa funzione della caparra, quella, cioè, di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso."

della risoluzione per impossibilità sopravvenuta rimangono fuori tutte quelle ipotesi di difficoltà nell'esecuzione della prestazione, nonché tutti quegli eventi "minori" in grado di incidere sull'esecuzione dell'opera <sup>50</sup>.

La risoluzione del contratto, infatti, determina la fine del rapporto con effetti pregiudizievoli per entrambe le parti, costrette a subire un pregiudizio in termini di tempo e di denaro senza ottenere alcun risultato. Invero, l'ambito di operatività delle sopravvenienze non va neanche ristretto alla previsione dell'art. 1467 c.c., il quale, nel disciplinare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, dà rilevanza solo a variazioni quantitative straordinarie ed imprevedibili. In particolare, dal dettato normativo dell'art. 1467 c.c. emerge che la regola generale è quella della irrilevanza del semplice aggravamento economico della prestazione, se ed in quanto rientrante nell'alea normale del contratto. La tutela dell'art. 1467 c.c., invece, opera solo quando la sopravvenienza genera il superamento di tale alea. Di conseguenza, il legislatore, nella disciplina della risoluzione, prende in considerazione il rischio che si verifichi una difformità tra programmazione ed esecuzione, ma riconosce rilevanza giuridica a detta difformità solo qualora superi determinati parametri.

L'evidenziata peculiarità della durata e i possibili eventi perturbativi che possono verificarsi, in ogni caso, imporrebbero alle parti di valutare convenzionalmente - sia pure nei termini di una plausibile prevedibilità dei futuri rischi- l'attività economica oggetto del contratto, valorizzando il più possibile gli aspetti dinamici legali all'esecuzione del vincolo negoziale.

In questa prospettiva, diventa preminente verificare quali siano le esigenze primarie realmente preposte a regolare e disciplinare la stabilità degli assetti negoziali, continuamente messa a rischio da fatti che incidono sull'operazione economica.

---

<sup>50</sup> Per una analisi sul punto v. AMORE, *Appalto e claim*, op. cit., 39.

In questa prospettiva, le ipotesi sub b) e sub c) - proprio nel segno della rilevanza tipica delle dinamiche delle operazioni negoziali - meritano un approfondimento che dovrà essere condotto sulla linea del confronto tra esigenze economiche delle parti e le categorie giuridiche espresse dall'ordinamento <sup>51</sup>.

## **6. Segue. La causa concreta come criterio di autogestione del sinallagma negoziale**

Le sopravvenienze, incidendo sull'equilibrio contrattuale, sono in grado, talvolta, di inficiare la razionalità economica dell'operazione negoziale <sup>52</sup>.

In questa prospettiva, si ritiene che la causa del contratto, riverberandosi sulle ragioni pratiche del contratto, possa assurgere a strumento di autogestione delle sopravvenienze, essendo un utile parametro di riferimento per la soluzione delle questioni legate alla necessità di un adeguamento del contratto stesso.

Sotto questo profilo, è opportuno muovere dalla nozione di causa e dalla sua evoluzione, per poi verificare in che modo, attraverso quest'istituto, le sopravvenienze assumono rilievo e, di conseguenza, valutare se e quando le stesse portino allo scioglimento del vincolo negoziale.

Il nostro ordinamento è fondato sul principio causalistico. Si tratta di una regola di carattere generale che informa sia l'area del negozio giuridico che dell'obbligazione in generale. Nello specifico, l'articolo 1325 c.c. annovera la causa tra gli elementi essenziali del contratto (insieme

---

<sup>51</sup> LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di TOMMASINI, Torino, 2003, spec. da p. 143 e ss.

<sup>52</sup> Per una approfondita analisi dell'evoluzione del concetto di causa nel sistema si veda LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, 15 e ss.

all'accordo delle parti, l'oggetto e la forma quando è richiesta *ad substantiam*), la cui mancanza *ab origine* ne determina la nullità strutturale *ex art. 1418 co. 2 c.c.* Il requisito causalistico, in forza del quale ogni spostamento di ricchezza deve essere giustificato, quindi, costituisce un limite all'autonomia negoziale *ex art. 1322 c.c.*, atteso che una volontà validamente formata non è in grado di produrre effetti se non è sorretta da una giustificazione causale <sup>53</sup>.

I principi e le libertà sanciti dalla nostra Carta Costituzionale hanno fatto emergere, in modo sempre più forte, i limiti della concezione astratta di causa, la quale coincide sostanzialmente con il tipo, finendo con l'appiattirsi su di esso <sup>54</sup>. Invero, solo a partire dal 2006 la Corte di Cassazione <sup>55</sup>, in modo esplicito, ha sposato la tesi della causa in concreto, secondo la quale la causa assurge a sintesi degli interessi individuali che le

---

<sup>53</sup> Nell'ottica del legislatore del 1942 - come d'altro canto si evince dalla relazione di accompagnamento al codice civile - la causa veniva valutata nella sua dimensione astratta. Ed infatti, il contesto ideologico all'epoca vigente imponeva una concezione dirigistica dell'autonomia negoziale che consentisse allo Stato di controllare, in modo autoritativo, gli scambi economici realizzati dai privati. Per tali ragioni la causa del negozio giuridico veniva individuata nella funzione economico sociale dell'operazione economica. La nozione astratta di causa, infatti, imponeva di valutare l'utilità sociale dell'operazione negoziale a prescindere da quel particolare e determinato contratto, atteso che tale valutazione doveva essere riferita al "tipo", alla categoria negoziale di appartenenza. Di conseguenza, la tesi della causa in astratto generava un appiattimento della causa nel tipo negoziale. In altri termini, con riferimento ai contratti tipici, previsti e disciplinati dal legislatore, la causa era necessariamente esistente e lecita. Qualora, tuttavia, le parti utilizzino gli schemi negoziali tipici per perseguire scopi illeciti l'ordinamento interviene con la disciplina relativa alla patologia della causa e, segnatamente, con gli articoli 1343, 1344, 1345 c.c.

<sup>54</sup> Sul punto cfr. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit. 32, ove si mette in luce che la concezione astratta di causa manifesta un primo limite nella disciplina prevista dall'art. 1343 c.c. dal momento che nei contratti tipici diviene difficile immaginare la sussistenza di una causa illecita, avendo gli stessi scontato *a priori* il giudizio di meritevolezza. In questi termini, il giudizio di meritevolezza si esaurisce in un semplice giudizio di conformità del negozio astrattamente valutato rispetto allo schema prefigurato dal legislatore o socialmente tipizzato.

<sup>55</sup> Peraltro, una recente sentenza a Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, intervenuta a dirimere l'annosa questione della validità del cosiddetto 'contratto preliminare di preliminare', ha offerto notevoli e importanti spunti anche in tema di causa del contratto. "*La Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare*" (Cass. Civ., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giust. Civ. mass.* 2015).

parti intendono perseguire. La causa in concreto è una variabile mutevole, non coincidente con il tipo negoziale, volta a determinare un controllo dinamico sull'obiettivo reale perseguito dalle parti nella sua proiezione sugli effetti del contratto. Si passa, quindi, dalla causa come funzione economico-sociale, alla causa quale funzione economico-individuale volta a tutelare, non già interessi generali dell'ordinamento giuridico, bensì la parte che si impoverisce, al fine di garantire spostamenti di ricchezza giustificati sotto il profilo economico-razionale.

Ne consegue che, le problematiche relative all'esistenza e alla validità della causa vanno risolte tramite un'indagine concreta volta a ricostruire il meccanismo economico e giuridico che lo specifico contratto è chiamato a realizzare. Oggi, quindi, gli interessi individuali sono integrati nel contratto, oggettivizzati in esso, con la conseguenza che il controllo che l'ordinamento è chiamato ad operare non coincide più con la semplice verifica della liceità dell'atto negoziale, ma si estende al giudizio di meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti <sup>56</sup>.

Orbene, in quest'ottica potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui l'interesse obiettivo, sotteso all'operazione negoziale prefigurata dalle parti, dapprima

---

<sup>56</sup> In passato la distinzione tra causa e motivi era netta giacché tutti gli interessi individuali erano motivi e, quindi, irrilevanti. La causa come funzione economico individuale, invece, rende più complessa la suddetta distinzione, atteso che occorre distinguere tra interessi individuali che entrano a far parte dell'operazione negoziale e assurgono a causa del contratto e interessi individuali che rimangono motivi irrilevanti.

La causa in concreto, infatti, non può essere lo strumento per dare rilevanza ad interessi soggettivi che rimangono – sotto il profilo economico – irrilevanti, in quanto operando diversamente verrebbe vanificata la stabilità del vincolo negoziale. Viceversa, sono causa del contratto tutti quegli interessi che, esplicitamente o implicitamente, costituiscono la ragione obiettiva dell'operazione negoziale. Il riconoscimento del valore causale ad elementi individualizzati della fattispecie concreta implica, tuttavia, una serie di conseguenze pratiche. Ed infatti, oggi gli interessi individuali costituiscono il motore principale dell'accordo, pertanto il ruolo della presupposizione, come istituto proteso a dare rilevanza alle sopravvenienze, viene ridimensionato notevolmente. Gli interessi che in passato venivano ricondotti nell'area della presupposizione, oggi sono i cc.dd. presupposti causali, i quali assumono rilievo sul piano della funzione pratica che le parti intendono assegnare all'impegno contrattuale. Ne deriva che, la mancanza originaria dei presupposti causali rileva come ipotesi di nullità del contratto (per difetto di causa *ex art. 1418, co. 2, c.c.*), atteso che quest'ultimo sarebbe privo di giustificazione economico-individuale.

esistente e concreto, viene meno per il verificarsi di talune (imprevedibili) sopravvenienze <sup>57</sup>.

Siffatti interessi, entrando a far parte del regolamento negoziale, incidono sulla causa in concreto del contratto. La causa, quindi, diventa uno strumento di gestione (*rectius*: controllo) delle sopravvenienze, le quali - ove esistenti - potrebbero impedire al contratto di svolgere la sua funzione, rendendo non più realizzabile l'interesse che le parti volevano perseguire <sup>58</sup>. L'insorgenza di circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto non ricadenti nella sfera di controllo delle parti (quali un *virus* emorragico rischiosamente epidemico nel luogo turistico o la morte del coniuge) interrogano l'interprete in ordine allo strumento rimediale concretamente utilizzabile a tutela del cliente.

Si tratta di sopravvenienze ben distinte da quelle disciplinate *ex artt.* 1256 e 1463 c.c. Ed infatti, le sopravvenienze in esame, incidendo sull'assetto del regolamento contrattuale e sugli interessi in esso obiettivizzati, non sono riferibili all'impossibilità materiale della prestazione che, viceversa, rimane possibile sia sotto il profilo giuridico sia *in rerum natura*.

In tal senso il venir meno dell'interesse del creditore all'utilizzazione della prestazione determinerebbe l'estinzione del rapporto obbligatorio e di conseguenza lo scioglimento del contratto, di cui l'obbligazione costituisce la fonte, per irrealizzabilità della causa concreta. Pur essendo la prestazione

---

<sup>57</sup> In generale, su tale figura, si rinvia al contributo di BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, Torino, 1998, p. 1 e ss., che criticamente la definisce come “*un criterio dell'organizzazione dell'esperienza giuridica, ignoto al diritto scritto*”.

<sup>58</sup> Cfr. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., 29, sulle modalità del controllo causale nei contratti di diritto europeo. In particolare, si sottolinea che la causa opera come elemento strutturale e funzionale del contratto, consentendo una valutazione complessiva dell'intera operazione negoziale. In un'ottica dinamica e obiettiva, la causa diventa lo strumento tramite il quale indagare sugli interessi concreti delle parti, anche con riguardo alle singole clausole, *per ricostruire l'effettiva pianificazione operata dalle parti verificando la sua liceità e meritevolezza*.

in astratto ancora eseguibile, non è più idonea a soddisfare l'interesse perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto <sup>59</sup>.

In questi termini, tuttavia, la causa assurge a strumento di scioglimento del vincolo contrattuale tutte le volte in cui, per eventi futuri, il contratto (*id est*: la prestazione) non sia più in grado di realizzare l'interesse concreto *ab origine* perseguito dalle parti <sup>60</sup>. Il mancato soddisfacimento della ragione pratica dell'operazione economica rende la prestazione non già "impossibile", ma "inutile", perché incapace di soddisfare gli interessi individuali che rappresentano la causa del negozio.

Tramite la categoria dell'inutilità della prestazione la giurisprudenza ha individuato un ulteriore modo di scioglimento del vincolo negoziale, in contrasto con i principi di tipicità delle cause di estinzione delle obbligazioni. L'orientamento maggioritario in giurisprudenza, infatti, è incline a considerare l'inutilità della prestazione come causa di risoluzione del contratto. Si tratta di un'ipotesi di risoluzione forgiata in base alla disciplina prevista in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.), giacché sono considerate situazioni simili in quanto a

---

<sup>59</sup> Cfr. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., 88 ove si mette in luce il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale nei contratti aventi ad oggetto servizi turistici la causa in concreto è rappresentata dalla finalità di svago e benessere, ne consegue che il verificarsi di una sopravvenienza che ostacoli tale finalità (epidemia, guerra ecc..) determina una ipotesi di impossibilità di fruizione della prestazione non imputabile al creditore, incidente sull'interesse obiettivato nel contratto che connota la causa concreta e la rende irrealizzabile. Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, e in *Contratti*, 2008, 786, con nota di BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845, con nota di DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 531

<sup>60</sup> D'altro canto, la rilevanza giuridica della funzionalizzazione all'interesse del creditore della prestazione dedotta in obbligazione è dimostrata dalla disciplina vigente in tema di obbligazioni. L'articolo 1174 c.c., infatti, nel descrivere il carattere patrimoniale della prestazione, prevede che la stessa deve "corrispondere a un interesse" anche non patrimoniale del creditore. La prestazione, quindi, è sempre uno sforzo diligente finalizzato e diretto a soddisfare l'interesse del creditore. L'interesse richiamato dall'articolo 1174 c.c., in tema di obbligazioni, quindi, corrisponde allo stesso interesse che integra la causa in concreto del contratto.



causa di fattori ostativi - in entrambi i casi non imputabili - non si consente il soddisfacimento della pretesa creditoria <sup>61</sup>.

In altri termini, il venir meno dell'interesse creditorio comporta l'irrealizzabilità della causa concreta del contratto che, a sua volta, determina l'estinzione dello stesso. Trattasi, di sopravvenienze che derivano da fattori estranei non imputabili alle parti che, tuttavia, ricadono sul debitore perché assurgono a causa di estinzione dell'obbligazione. L'impossibilità di utilizzazione della prestazione, quindi, opera come causa di estinzione del contratto a due condizioni: che non sia imputabile al creditore e che incida sull'interesse obiettivizzato nel contratto che connota la causa concreta. Sotto questo profilo, tuttavia, diventa di preminente importanza individuare quali sopravvenienze effettivamente incidano sull'intero rapporto contrattuale <sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Il principio suesposto è stato, in particolare, elaborato dalla nota giurisprudenza che si è interessata dei contratti di viaggio turistico "tutto compreso". Nello specifico, la Suprema Corte si è occupata del caso relativo all'acquisto di un pacchetto-vacanza per un'isola dove poco prima della data prevista per la partenza era scoppiata un'epidemia. Si tratta di Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.* 2009, 1, I, 214 in cui si è affermato che: *Nel contratto di viaggio vacanza "tutto compreso" (c.d. "pacchetto turistico" o "package"), disciplinato attualmente dagli artt. 82 e segg. del d. lgs. n. 206 del 2005 (c.d. "codice del consumo") e che si distingue dal contratto di organizzazione o di intermediazione di viaggio (CCV) di cui alla convenzione di Bruxelles del 23 dicembre 1970 (resa esecutiva in Italia con la legge 27 dicembre 1977, n. 1084), la "finalità turistica" connota la sua causa concreta ed assume rilievo, oltre che come elemento di qualificazione, anche relativamente alla sorte del contratto, quale criterio di relativo adeguamento, con la conseguenza che, nell'economia funzionale complessiva di detto contratto, l'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del consumatore creditore per causa a lui non imputabile, pur se normativamente non specificamente prevista, è da considerarsi causa di estinzione dell'obbligazione, autonoma e distinta dalla sopravvenuta totale (di cui all'art. 1463 cod. civ.) o parziale (prevista dall'art. 1464 cod. civ.) impossibilità di esecuzione della medesima. (Nella specie, la S.C., ravvisando come conforme a diritto il dispositivo dell'impugnata sentenza, nel limitarsi a correggerne la motivazione nella parte in cui il giudice del merito aveva ritenuto che ricorresse un'ipotesi di sopravvenuta impossibilità parziale dell'esecuzione della prestazione anziché della sua utilizzazione, ha confermato la legittimità della pronuncia di scioglimento del contratto di "package" avente ad oggetto un viaggio vacanza di due settimane per due persone a Cuba, essendo in atto sull'isola un'epidemia di "dengue" emorragico, sicché i turisti, in accordo con l'agenzia di viaggi, avevano optato per diversa destinazione, nonché la correttezza della statuizione di rigetto della domanda di pagamento dell'indennità per il recesso formulata dal "tour operator").*

<sup>62</sup> Maggiormente dibattuta è la questione relativa alla rilevanza o meno di fattori sopravvenuti che, pur non essendo imputabili, sono riconducibili alla sfera personale del creditore. Il particolare, la questione riguardava il sopravvenuto venir meno dell'interesse del creditore all'esecuzione della prestazione a causa del decesso del coniuge (Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Banca*

Queste ragioni sostanziali, tuttavia, suscitano perplessità, in quanto è necessario evidenziare che in tal modo la causa, quale elemento formativo della fattispecie negoziale, diventerebbe elemento essenziale del rapporto determinandone la risoluzione. In altri termini, la causa da elemento essenziale del contratto si tramuta in elemento incidente sulla sorte dello stesso, sconfinando l'ambito di applicazione riservato ai rimedi risolutivi<sup>63</sup>.

Non può sottacersi che sotto il profilo giuridico vanno nettamente distinte la fase di formazione del contratto dalle vicende del rapporto, in quanto nel primo caso i vizi incidono sul piano della validità del contratto, la patologia del rapporto, invece, è governata dai rimedi risolutivi<sup>64</sup>. La causa concreta, tuttavia, pur essendo elemento essenziale del contratto necessario per la sua formazione, si riverbera sull'intera dinamica negoziale, designando la funzione dell'operazione economica. A differenza degli altri elementi essenziali del contratto (art. 1325 c.c.), la causa rileva sia nella fase di formazione che di esecuzione del negozio e pertanto va valutata sotto un profilo complessivo che tenga conto delle circostanze e del comportamento tenuto dalle parti anche dopo la conclusione del contratto.

In questo modo la causa assurge anche a strumento di "controllo" delle sopravvenienze<sup>65</sup>.

---

*Dati de Jure*). A ben vedere, in siffatta ipotesi l'evento sopravvenuto è sempre non imputabile ma relativo alla sfera soggettiva del creditore. L'estensione della causa in concreto anche alle sopravvenienze relative alla sfera soggettiva del creditore, tuttavia, rischia di incidere sulla stabilità del vincolo negoziale realizzando quella che da taluni è stata qualificata come "abuso" della causa del contratto. In tal modo, infatti, si corre il rischio di addossare al debitore fatti che rientrano nella mera sfera individuale del creditore e che nulla hanno a vedere con la razionalità economica e la ragione pratica dell'operazione negoziale. A titolo esemplificativo, si pensi al cliente che non riesce a godere della vacanza perché perde l'aereo a causa di un traffico imprevedibile o ancora perché è stato colto da un'influenza contratta il giorno prima di partire.

<sup>63</sup> Cfr. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, op.cit., 89.

<sup>64</sup> Sul punto v. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2, 2014, p. 272, secondo il quale è difficile negare che le cause di invalidità del contratto possono subentrare anche dopo il perfezionamento della fattispecie, quando si tratta di cause incompatibili col perdurare del rapporto contrattuale.

<sup>65</sup> Un'evidente accelerazione di tale processo si è avuta a seguito della crisi dell'assetto tradizionale delle fonti del diritto che ha determinato una rivisitazione del ruolo "che oggi riveste

Tale prospettiva, d'altro canto, diventa ancora più significativa in quei contratti caratterizzati dalla variabile del “tempo”, ossia i contratti di durata, sicché in simili fattispecie contrattuali è probabile che si verifichi la sopravvenienza stessa <sup>66</sup>. In questa prospettiva appare necessaria una indagine volta a verificare la liceità e la meritevolezza degli interessi divisati dalle parti e la loro realizzabilità, al fine di verificare se sia configurabile una ipotesi di nullità funzionale successiva per irrealizzabilità della causa <sup>67</sup>.

Il contratto, infatti, al verificarsi di sopravvenienze potrebbe risultare privo di ragionevole giustificazione causale, allorché l'assetto divisato dalle parti si rivela in concreto difforme rispetto a quanto pattuito.

D'altro canto il fenomeno della nullità sopravvenuta non è estraneo al diritto europeo <sup>68</sup> e al diritto interno. Su queste basi si è pronunciata la Suprema Corte di Cassazione la quale ha messo in evidenza, con riguardo al concordato preventivo, il necessario sindacato di fattibilità dell'accordo, intesa come prognosi di realizzabilità del piano sotto il profilo economico che inevitabilmente si riverbera in controllo successivo, al verificarsi di

---

*l'autonomia privata nei suoi rapporti con gli strumenti di controllo*”. In tal senso TOMMASINI, a cura di, *Autonomia privata e strumenti di controllo*, Torino, 2007; Id., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, spec. a 2.

<sup>66</sup> Interessanti le riflessioni di GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, sulla rilevanza del tempo. Sullo specifico argomento si segnala, inoltre, MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civile*, 2014, n. 3, p. 827, che denuncia l'accentuarsi della problematicità proprio in ragione del “fattore tempo”.

<sup>67</sup> In questi termini LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, op.cit., 91 la quale evidenzia che: “appare necessaria una indagine teleologicamente orientata a verificare la liceità e meritevolezza degli interessi programmati e la loro realizzabilità: indagine che può coinvolgere un giudizio di nullità funzionale, per irrealizzabilità e non funzionalità della causa”.

<sup>68</sup> Si pensi allo *ius poenitendi*, agli obblighi di buona fede alla nullità per violazione degli obblighi di informazione SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, 2, *Contributi giurisprudenziali e potenzialità attuative della causa concreta* 93 p. 368 ss.; GALGANO, *L'inadempimento ai doveri dell'intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 2, p. 579 ss.

fattori che rendono concretamente irrealizzabile lo scopo perseguito dalla procedura <sup>69</sup>.

Per tali ragioni diviene fondamentale individuare i giusti rimedi, in una logica che denuncia l'evidente inadeguatezza di regole fissate *ex ante* non sempre in grado di cogliere le (imprevedibili) peculiarità “*di un rapporto contrattuale proiettato nel tempo*” <sup>70</sup>. Il problema non è meramente teorico, stante le diverse conseguenze giuridiche della nullità rispetto ai rimedi risolutivi e le diverse conseguenze di tipo restitutorio. Infine, con riferimento all'ipotesi sub c), sopravvenienze che determinano uno squilibrio non sostenibile del sinallagma tra le due prestazioni, si tratta di fenomeni perturbativi del sinallagma gestiti dai rimedi del recesso o della rinegoziazione, oggetto di trattazione rispettivamente del capitolo II e III.

## **7. I tradizionali strumenti predisposti dall'ordinamento tra rimozione e conservazione del contratto**

Gli strumenti di gestione del rapporto sono essenzialmente riconducibili a due opposte alternative: la rimozione del contratto attraverso meccanismi c.d. “estintivi” e la conservazione del rapporto tramite la predisposizione di

---

<sup>69</sup> Cass. sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. Comm.* 2014, 3, II, 443: “*Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro*”.

<sup>70</sup> Così espressamente LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 5, n. 2, dicembre 2016, 212.

strumenti c.d. “manutentivi”, volti ad adeguare il contenuto del contratto alle nuove situazioni <sup>71</sup>.

Orbene, sotto quest'ultimo profilo è decisamente opportuno distinguere tra una gestione delle sopravvenienze di tipo negoziale ed un'altra di tipo legale. I rimedi legali sono, tendenzialmente, di regola di tipo estintivo, in quanto volti a liberare le parti dal programma negoziale e ad eliminare gli effetti del contratto <sup>72</sup>, richiamando, a tal proposito, il meccanismo della risoluzione del contratto e del recesso.

Tali soluzioni troncanti, però, appaiono spesso insufficienti ed inadeguate, in quanto l'efficace protezione degli interessi meritevoli di tutela coinvolti nel contratto richiederebbe, talvolta, la previsione di meccanismi volti a salvare il rapporto contrattuale adeguandolo alle circostanze sopravvenute.

Diversamente, la conservazione del rapporto avviene attraverso criteri di adattamento, legislativamente individuati per determinati tipi di contratto, che possono portare all'aumento, alla riduzione, allo *ius variandi*, alla riconduzione ad equità <sup>73</sup>.

A ben vedere, tanto i rimedi di tipo ablativo che quelli di tipo manutentivo incidono su un precedente assetto negoziale. Tuttavia, mentre i primi, a fronte di sopravvenienze, producono effetti certi (lo scioglimento

---

<sup>71</sup> L'espressione strumenti manutentivi è utilizzata da ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 963 ss.; nonché MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, II, 1026.

<sup>72</sup> Così ROPPO, *op. cit.*, p. 967 ove si precisa che quando sopravvengono ostacoli o disturbi al buon funzionamento del rapporto contrattuale è meglio sciogliere il vincolo, piuttosto che tenere in piedi un contratto con gravi difetti di funzionamento, che pregiudicano un modo serio l'interesse di una parte.

<sup>73</sup> Sotto questo aspetto è opportuno richiamare la riconduzione ad equità prevista per il contratto rescindibile per lesione e per quello risolubile per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt.1448 e 1467 c.c.); riduzione del prezzo nel caso di vendita di cosa affetta da vizi (art. 1492 c.c.); revisione del prezzo in materia di appalto (art. 1664 c.c.).

del vincolo), dai rimedi conservativi derivano delle modifiche negoziali astrattamente imprevedibili <sup>74</sup>.

A tal proposito è utile precisare che i meccanismi del recesso e della rinegoziazione si inseriscono a pieno titolo rispettivamente tra gli strumenti ablativi e conservativi ed entrambi possono trovare fondamento nella volontà delle parti, ovvero nella legge.

Come anticipato, nei contratti di lunga durata, il concreto interesse perseguito dalle parti, stimola i contraenti ad assumere un atteggiamento maggiormente collaborativo, volto al recupero dell'operazione contrattuale, al fine di non vanificare sia le lunghe trattative intercorse che i costi economici sostenuti per l'esecuzione del contratto, stante i rapporti fiduciari che spesso caratterizzano i rapporti di lungo termine tra imprese.

A seguito dello scioglimento, infatti, il programma contrattuale non è più realizzabile e la ricerca di un nuovo *partner* contrattuale non è sempre facile.

Neanche il rimedio risarcitorio, previsto nell'ambito della risoluzione per inadempimento, è in grado di offrire una tutela adeguata, giacché, in ogni caso, l'interruzione del rapporto determina *tout court* il pregiudizio derivante dalla inattuazione del rapporto, di conseguenza il contraente pregiudicato, interessato alla prestazione, dovrà rivolgersi ad un altro contraente per vedere effettivamente soddisfatta la propria pretesa.

Invero, lo stesso legislatore ha previsto, sebbene in ambiti settoriali, meccanismi di adeguamento del contratto <sup>75</sup>. La sopravvenienza, quindi, in

---

<sup>74</sup> Per tali ragioni le ipotesi tipizzate dal legislatore sono più spesso di tipo caducatorio; tra le fattispecie di *ius variandi* disciplinate, invece, occorre fare riferimento al potere attribuito al committente di introdurre unilateralmente variazioni al progetto (art. 1661 c.c. ); il potere del datore di lavoro di mutare le mansioni del dipendente (art. 2103 c.c. ); il diritto di ricondurre il contratto ad equità ex artt. 1450 e 1467 c.c. per evitare la rescissione e la risoluzione; nonché in tema di mandato ex art. 1711 c.c..

<sup>75</sup> Sul punto è necessario richiamare la disciplina in tema di appalto e di locazione di immobili urbani ex art. 24 l. 392 del 1978.

certi casi può dar vita ad una domanda di revisione del contratto (appalto; assicurazione; locazione) ed in altri casi solo ad una domanda di risoluzione.

Nei contratti di medio e lungo termine, tuttavia, i rimedi contrattuali tradizionali si rivelano inadeguati, in quanto preclusivi per le parti del conseguimento delle rispettive prestazioni e, quindi, del concreto raggiungimento dello scopo negoziale. Ed infatti, i rimedi legali, quand'anche di carattere manutentivo, richiedono spesso l'intervento del giudice e, pertanto la conservazione del rapporto sarà, in ogni caso, subordinata ad una vicenda giudiziaria costosa sia sotto il profilo temporale che economico <sup>76</sup>.

Sotto il profilo dei rimedi convenzionali, infatti, si assiste ad una maggiore diffusione nei contratti di durata di clausole volte ad introdurre rimedi manutentivi del rapporto, al fine di salvaguardare le relazioni economiche intercorse tra le parti e soprattutto tra imprese, senza la necessaria instaurazione di un processo e la necessità di ottenere una decisione giudiziale.

Tra le clausole che maggiormente hanno rilievo in tali tipologie contrattuali, vi è quella che prevede un rimedio di tipo manutentivo affidato alla rinegoziazione, in grado di adeguare l'originario accordo con le mutate esigenze economiche e sociali, attesa l'imprevedibilità di eventi futuri che non possono essere previsti *ex ante* dalle parti al momento della stipulazione del contratto.

Mette contro rilevare che una collaudata modalità per risolvere i conflitti è indubbiamente quella di tentare di riconciliare gli interessi configgenti che sovente non vengono direttamente espressi, ma rimangono nascosti dietro gli obiettivi concreti che gli individui affermano di

---

<sup>76</sup> I rimedi contrattuali sono definiti giudiziali quando per la loro attuazione è necessario l'intervento del giudice.

perseguire. In tal senso assumono una particolare dimensione e rilievo, anche per il nostro ordinamento giuridico, le pratiche, assai diffuse in verità nei sistemi di *Common law*, delle c.d. “*Alternative Dispute Resolutions*”, identificabile con l’acronimo ADR <sup>77</sup>. In questa logica la procedura più comune è il negoziato: si tratta di una modalità di composizione dei conflitti che vede le due parti comunicare e collaborare tra loro, al fine di ricercare una composizione condivisa basata sull’analisi dei rispettivi interessi, percepiti inizialmente come divergenti, e su soluzioni creative che puntino alla soddisfazione degli interessi stessi, allo scopo di porre le fondamenta per continuare, tra loro e in futuro, una relazione costruttiva <sup>78</sup>.

La verità è che entrambe le parti, ancorché contrapposte, devono trovare una soluzione, nel segno di una comunione di intenti finalizzata ad evitare un risultato caducatorio. Ed infatti, contrariamente alla posizione del giudice che decide in nome della legge e ineluttabilmente lascerà scontenta una parte, la fase pre-giudiziale in argomento mira ad operare, anche attraverso un sistema di reciproche rinunzie, al raggiungimento di una soluzione compromissoria che vada bene per tutti.

---

<sup>77</sup> Si v. Ministero della Giustizia, Commissione “Alpa” di studio per l’elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato, in *Proposte normative e Note illustrative*, gennaio 2017, 6 ove sono riassunti i risultati della Commissione Alpa su tali tipologie conciliative che si concretano in intese aventi una duplice funzione: “*come tecnica per migliorare e agevolare l’accesso alla giustizia... e come tecnica per filtrare i procedimenti rivolti al giudice ordinario, quale tentativo di risolvere i conflitti prima che essi si incardinino nel sistema giudiziario*”.

<sup>78</sup> Quando la negoziazione fra le due parti diviene “assistita”, cioè facilitata e garantita dalla presenza di un terzo imparziale e neutrale, che ha la funzione di aiutare le stesse parti ad attivare o riattivare una efficace comunicazione e a trovare una soluzione condivisa, essa si trasforma in mediazione. Essa ha come obiettivo quello di rendere gli individui protagonisti delle proprie scelte future. In linea generale, su queste tematiche e con un taglio pratico e meramente divulgativo, cfr. GIORGETTI, *La negoziazione assistita*, Milano, 2015. Sulla mediazione, cfr. FOTI, *I volti della mediazione tra categorie ed istituti del diritto civile*, in *La “nuova” mediazione civile e commerciale dopo la legge 9 agosto 2013, n. 98. Profili di continuità e innovazioni*, Messina, 2013; VISCIOLA, *Negoziazione assistita e mediazione: rapporti tra i due istituti*, in *Altalex.com*. Un importante cambiamento è segnato dalla disciplina sui metodi alternativi di composizione delle controversie in materia di consumo di cui al d. lgs. n. 130/2015 di attuazione della direttiva 11/2013.



Orbene, proprio nel contesto della rinegoziazione dei contratti, la pratica dell'ADR, efficacemente inserita in un paradigma sistemico-relazionale volto ad evitare il contenzioso giudiziario, conduce direttamente ad un approccio di tipo trasversale e agevolativo, che ben si concreta in un rimedio dalla valenza manutentiva. In tal senso, anche la giurisprudenza<sup>79</sup> sollecita la via di forme alternative di risoluzione dei conflitti che gettino, senza indugi, le basi per l'avvio di cambiamento epocale in grado di fare incontrare i contrari e di farli dialogare tra loro. A ben vedere, il ricorso a tali soluzioni trova una sicura e definita radice proprio nel principio di solidarietà, insito nei rapporti contrattuali, nonché dovrebbe sovrintendere le buone prassi negoziali, al fine di far emergere l'autoresponsabilità dei soggetti coinvolti e la loro capacità di autogestione, sino al punto di dissuaderne la diffidenza attraverso un'esemplare condanna alle spese di giudizio<sup>80</sup> per mancato ricorso a tale modalità di composizione dei conflitti.

In questo complessivo contesto la soluzione conciliativa<sup>81</sup>, ancorché semplicemente tentata, assurge come vero e proprio strumento per

---

<sup>79</sup> Per una recente decisione della giurisprudenza di merito che evidentemente allarga come *obiter dictum* il potenziale spazio di operatività dell'ADR - anche se la pronuncia, in concreto, esclude l'obbligatorietà del tentativo mediatorio - cfr. Trib. di Genova 28.04.2017, in *Guida dir.*, 2017, 24. "L'applicazione della negoziazione assistita ai contratti di trasporto coinvolgenti consumatori, attuata mediante l'interpretazione dell'art. 1, comma 249, della L. n. 190 del 2014 in termini abrogativi dell'ultima parte dell'ultimo comma dell'art. 3 del D.L. n. 132 del 2014, escludente l'obbligo di esperire la negoziazione assistita nelle controversie relative le obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori, si pone in contrasto con quanto disposto, a tutela dei consumatori, dalla direttiva 2013/11/UE, contenente la previsione di una particolare procedura di risoluzione alternativa delle controversie a cui i consumatori possono accedere senza l'assistenza di un avvocato. Del resto, la predetta direttiva ha trovato piena attuazione con il D.Lgs. n. 130 del 2015 che ha introdotto un sistema di A.D.R. con l'inserimento nel Codice del Consumo, del Titolo II bis intitolato "risoluzione extragiudiziale delle controversie". Conseguentemente, è inapplicabile la disposizione della negoziazione assistita quale condizione di procedibilità della domanda relativa ad un contratto di trasporto intercorrente tra professionista e consumatore".

<sup>80</sup> Cfr. in tal senso Trib. Torino, 18.01. 2017, n. 214, in Banca Dati *De Jure*, 2018. "In presenza di una responsabilità manifesta, non dare seguito all'invito alla negoziazione assistita, può comportare, oltre alla condanna, una sanzione aggiuntiva ex articolo 96 del codice di procedura civile ultimo comma per abuso dello strumento processuale".

<sup>81</sup> Già da tempo è stata evidenziata in dottrina una dichiarata strategia di *favor* per le procedure di tipo conciliative che hanno ispirato il legislatore anche sul versante del diritto civile. Sul punto, cfr.

addivenire a rimedi di tipo manutentivo, nel dichiarato obiettivo di rendere le parti protagoniste delle future scelte. Senza poter mancare di osservare che le superiori considerazioni inducono a riflettere sul fatto che il percorso conciliativo e/o mediativo ha in sé precisi intenti educativi sul piano di una ragionata e complessiva economia contrattuale, attesa anche la possibilità di un'autogestione delle parti senza il patrocinio di avvocati <sup>82</sup>, che dovrebbe costituire il *leitmotiv* al fine di offrire uno strumento informale e sostanziale di risoluzione delle insorgende liti.

Sul piano più strettamente tecnico-giudico, legato ai rimedi praticabili di tipo “manutentivo”, è, infine, il caso di riferire che l'eventuale presenza nel contratto “*di una clausola revisionale, avente carattere di norma imperativa e alla quale si applicano gli artt. 1339 e 1419 c.c., non attribuisce alle parti ampi margini di libertà negoziale, ma impone di tradurre sul piano contrattuale l'obbligo legale*” <sup>83</sup>, definendo così, anche attraverso tale via, i possibili criteri e gli essenziali momenti procedurali per un corretto (e apprezzabile) adeguamento del corrispettivo originariamente pattuito. In definitiva può ritenersi che la norma sulla revisione ponga *ex lege* un rimedio manutentivo, “*in funzione del mantenimento dell'equilibrio economico del contratto, per la gestione di*

---

MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie relative ai contratti di franchising*, in *Contr. e impr.*, 2005, 1, 413.

<sup>82</sup> Sullo specifico argomento si segnala una recente decisione della Corte di Giustizia, 14 giugno 2017, n. 75/16, in *Foro amm.*, 2017, 5, 1211 ss.. “*La direttiva 2013/11/UE osta a una normativa nazionale, la quale prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, par. 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, imponendo che i consumatori siano assistiti da un avvocato e possano ritirarsi dalla procedura solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione. L'articolo 8, lettera b), della direttiva 2013/11, infatti, stabilisce espressamente che gli Stati membri garantiscono che le parti abbiano accesso alla procedura ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale. Inoltre, l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), impone agli Stati membri di garantire che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura*”.

<sup>83</sup> Si tratta della decisione del TAR Lombardia, sez. Milano, 16.10.2015, n. 2202 in *Foro amm.*, 2015, 10, 2572.

*soppravvenienze giuridicamente rilevanti intervenute nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale*"<sup>84</sup>.

Nel segno di un contesto pervaso da una strutturale ed endemica crisi economica, infatti, si sente l'esigenza di riconsiderare la riforma "*di regole e principi tradizionali e consolidati, presenti nella codificazione civile*"<sup>85</sup>, al fine di cercare una adeguata disciplina che si occupi di gestire le soppravvenienze contrattuali e, più in generale, la categoria giuridico-concettuale del rischio contrattuale<sup>86</sup>, in quanto proprio nei contratti di durata (*long-term contracts*) "*la tenuta del programma*"<sup>87</sup> si identifica nella condizione essenziale per il conseguimento del risultato economico voluto dalle parti.

## **8. Duttilità e flessibilità dei rimedi alla luce dei principi di efficienza ed adeguatezza. Prospettive d'indagine.**

Alla luce dell'analisi suesposta diviene centrale la valutazione degli strumenti rimediali e del grado di effettività delle tutele nel caso di soppravvenienze contrattuali che potrebbero comportare disfunzioni nel sinallagma negoziale.

L'obiettivo non potrà che essere quello di ricercare una opzione che sia adeguata a preservare gli interessi dei contraenti, funzionalmente orientati

---

<sup>84</sup> Nell'ottica di salvaguardare il contratto si pone anche la recente pronuncia della Suprema Corte a SU in tema di nullità parziale, secondo la quale: "*Il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo*", in questi termini Cass., sez. un., 12.12.2014, n. 26242, in *Giust. Civ. Mass.* 2014

<sup>85</sup> L'esigenza è avvertita, nel presupposto di accreditare la figura giuridica dell'obbligo di rinegoziazione, da MACARIO, nell'*abstract* del suo saggio, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, op. cit. 825.

<sup>86</sup> Decisivo, sul punto, il noto contributo di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970, 343 e ss.

<sup>87</sup> L'espressione è di OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 223.

all'attuazione del contratto nel corso del tempo, al fine di conseguire una determinata prestazione in un certo momento, nonostante il sopravvenire di fatti che influiscono sull'assetto delle contrattazioni, quali la crisi economico-finanziaria degli ultimi anni.

L'individuazione della tutela, all'interno del predetto contesto, impone la rivisitazione delle regole e dei principi tradizionali, alla luce dei criteri di flessibilità ed elasticità che devono ispirare le moderne relazioni contrattuali, con il precipuo intento di addivenire a misure di continuo adeguamento del contratto.

Occorre chiarire come il relativo grado di efficienza delle norme del nostro codice civile - come è stato ricordato da una parte della dottrina <sup>(88)</sup> - abbia destato apprezzamento dalla stessa letteratura civilistica tedesca. Tuttavia, ciò non esime l'interprete dal dover auspicare un riallineamento con i profili della globalizzazione dei mercati e i processi di continuo adeguamento economico e finanziario. Ed infatti, la funzione decisamente creativa della giurisprudenza finisce sovente per ricoprire un vuoto lasciato da un legislatore in grado solo di intervenire in forma del tutto episodica e occasionale; tutto ciò, in assenza di regole generali sulle sopravvenienze nei contratti di durata e, segnatamente, in quelli che ne costituiscono una variante di lungo termine.

Un'esemplificazione, sufficientemente paradigmatica, si ricava dalla recente evoluzione legislativa sulle tutele per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali che, però, copre un campo assai ristretto e decisamente non esaustivo dell'ampio e variegato ambito dei contratti di durata <sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Ancora MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 832.

<sup>89</sup> Indicazioni in tal senso sono nel saggio di LA ROSA, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 4-5, 943 e 944 che richiama il d. lgs. 192/2012, modificativo della pregressa disciplina in tema di inadempimento nelle

E' evidente che la questione di fondo ha radici ben più profonde e motivazioni decisamente più articolate: e cioè la crisi dell'assetto delle fonti del diritto che contamina irrimediabilmente il tradizionale assetto del diritto dei contratti, in uno scenario di progressiva destrutturazione del sistema negoziale che impone nuove regole, per una sostanziale e radicale revisione dell'accordo che non debba necessariamente passare dal contenzioso giudiziario.

D'altronde, l'intervento della giurisprudenza sulla gestione delle sopravvenienze è fondamentale, al fine di creare un "diritto vivente" in grado di stare al passo con i tempi; ma non può sistematicamente essere lo strumento di supplenza alle lacune legislative che, in verità, meritano una seria ed efficace azione manutentiva sul piano dell'adeguatezza e della razionalità dei meccanismi negoziali di controllo.

In questo complesso scenario, infatti, i limiti della codificazione vigente sul tema sono evidenti, soprattutto per l'assenza di qualificati ed efficaci meccanismi di controllo del rapporto negoziale, volti a valorizzare l'esigenza e l'interesse delle parti a mantenere in vita un contratto, sebbene rinegoziato<sup>90</sup>. La difficoltà per l'interprete è soprattutto quella di orientarsi nell'ambito di un'eccessiva frammentazione dei meccanismi rimediali, declinati all'insegna di una perduta centralità dell'astrattezza codicistica; circostanza che induce a ragionare sull'esigenza di considerare nuove regole generali, sia di radicale revisione del sistema, sia di semplice reinterpretazione.

---

transazioni commerciali e proteso a riaffermare il principi della supremazia della legge "nel governo dell'autonomia contrattuale rispetto ai poteri correttivi del giudice".

<sup>90</sup> L'insufficienza degli strumenti di controllo sui contratti è particolarmente avvertita da LIPARI, *Per una revisione della disciplina delle fonti di interpretazione e di integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, spec. p. 706 che sollecita un nuovo e radicale riassetto della disciplina delle fonti. Più in generale, sul fronte della filosofia del diritto, la problematica emergente ha riguardato la fenomenologia delle incompatibilità riguardo ad un sistema contenenti norme non più rispondenti alla realtà. Per taluni riferimenti, cfr. COSTANZO, *Condizioni di incoerenza: un'analisi dei discorsi giuridici*, Milano, 1992, spec. p. 75 e ss.

D'altro canto, nemmeno a livello sovranazionale sono ricavabili regole comuni che tengano conto delle sopravvenienze, atteso che l'ordinamento europeo, pur disciplinando la rinegoziazione,<sup>91</sup> non la impone ai singoli Stati dell'Unione, rimettendo a questi ultimi le scelte discrezionali in ordine alle sorti del contratto vulnerato da sopravvenienze. Al riguardo è rilevante il *decisum* della Corte di giustizia<sup>92</sup> che, per l'appunto, rimette ogni margine di scelta agli ordinamenti interni, senza fornire opportuni criteri di *guide line* nelle vicende fattuali che imporrebbero una rinegoziazione dei contratti.

Le criticità del sistema emergono, in particolare, nell'ipotesi di sopravvenienze atipiche; ossia quelle non previste da alcuna regola codificata di legge o di contratto. Ed infatti, dal tenore delle argomentazioni sopra svolte, in assenza di una generale disciplina di gestione delle prassi negoziali dei contratti a lungo termine, sono solo ipotizzabili talune regole diffuse, frammentate all'interno delle variegate tipologie, volte a garantire l'adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute.

Quest'ultima osservazione consente di precisare che è pur possibile distinguere le sopravvenienze in tipiche e atipiche<sup>93</sup>. Le prime, previste dalla legge oppure convenzionalmente dalle parti, contengono una soluzione rimediale rispetto all'evenienza dell'accadimento che mina il principio *pacta sunt servanda*<sup>94</sup>. Appartengono alla seconda categoria, quelle sopravvenienze non previste *ex ante* dalle legge o dallo stesso contratto che, tuttavia, incidendo sull'assetto degli interessi delle parti,

---

<sup>91</sup> Si richiamano in questo senso i Principi *Unidroit*, dai Principi di diritto europeo dei contratti (redatti dalla Commissione Lando) e dal *Code européen des contrats*,

<sup>92</sup> Corte di giustizia, 15 marzo 2012, c. 453/10, in *Guida dir.*, 2012, n. 15, 92.

<sup>93</sup> Un'analogia classificazione è in CAMPANA, *Sopraavvenienze contrattuali atipiche*, 15 maggio 2017, in *www.salvisjuribus.it*.

<sup>94</sup> Solo a livello esemplificativo e non esaustivo si citino i contratti di: somministrazione, appalto (soprattutto nella variante degli appalti pubblici), locazione, mandato, contratti bancari.

assumono rilievo e allo stesso tempo necessitano di strumenti volti a garantire la regolamentazione del rapporto più che approdare alla soluzione *tranchant* del recesso per giusta causa oppure della risoluzione per eccessiva onerosità.

Quest'ultima categoria di sopravvenienze, quelle cioè atipiche, mettono in crisi il sistema, dal momento che non sussistono idonei parametri di riferimento e, per tale ragione, è necessario indagare se siano ipotizzabili alternative rimediali ulteriori, flessibili e proporzionali, che garantiscano il complessivo bilanciamento dell'autonomia contrattuale, della continuità delle contrattazioni e della salvaguardia degli interessi economici sottesi all'operazione negoziale<sup>95</sup>.

Partendo da uno studio generale del recesso e della rinegoziazione, l'obiettivo della ricerca sarà quello di analizzare le modalità attraverso le quali entrambi i rimedi interagiscono tra di loro con particolare riferimento ai contratti di durata, tenendo conto della tipologia degli interessi in conflitto, nonché delle dinamiche temporali intercorrenti tra la conclusione del contratto e la sua definitiva esecuzione.

Scopo principale della ricerca sarà, dunque, quello di valutare sino a che punto sia possibile apprestare rimedi di tipo manutentivo rispetto all'originario contratto oppure optare, come estrema *ratio*, al recesso neutralizzandone gli effetti futuri.

---

<sup>95</sup> Parte della dottrina ha evidenziato che “*dal punto di vista negoziale appare necessaria la scelta di uno schema contrattuale flessibile*”, per evidenti ragioni di ordine economico-finanziario ragionevolmente connesse “*all'entità degli investimenti necessari*”. Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, op. cit., p. 32 e 33, ove essenzialmente si valuta la prospettiva economica e, soprattutto, la storia dei mercati collegati all'energia.

## Capitolo II

### IL RECESSO NELL'EVOLUZIONE DEL SISTEMA

1. Poteri unilaterali e rimozione del vincolo tra fonti legali e convenzionali
2. Diritto di recesso: considerazioni preliminari.
3. Le diverse funzioni del recesso ordinario e straordinario.
4. Il recesso determinativo: natura e funzione.
5. (Segue) Il recesso in autotutela.
6. (Segue) Il recesso pentimento.
7. La peculiare disciplina del recesso di protezione.
8. La scelta del recesso nei contratti di durata.

#### **1. Poteri unilaterali e rimozione del vincolo tra fonti legali e convenzionali**

Nell'ambito dei rimedi c.d. ablativi di gestione delle sopravvenienze un ruolo significativo assume il recesso, il quale, determinando lo scioglimento del contratto, opera come meccanismo volto ad eliminare in radice i rischi scaturenti dall'esecuzione del negozio.

Sotto il profilo strettamente semantico il termine recesso, nell'accezione comune, indica l'atto unilaterale recettizio mediante il quale una delle parti contraenti manifesta la specifica volontà di sciogliere il contratto<sup>96</sup>.

Il termine recesso non ha, però, nel linguaggio giuridico, un significato univoco, giacché la stessa espressione viene utilizzata dal legislatore in numerose e variegate fattispecie contrattuali presenti nel codice civile e nelle leggi speciali. Ne deriva che, per comprendere sino in fondo il significato della disciplina legislativa del recesso unilaterale dal contratto, è necessario analizzarne, in primo luogo, la collocazione sistematica originaria.

---

<sup>96</sup> Per una ricostruzione classica dell'istituto, cfr. D'AVANZO, *Recesso (dir. civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 1027.



Nel codice civile e, segnatamente, nella parte dedicata alle disposizioni generali sui contratti, il recesso viene disciplinato all'art. 1373 c.c.<sup>97</sup>. La norma disciplina il recesso unilaterale convenzionale e va letta in combinato disposto con l'art. 1372 c.c., il quale sancisce il principio secondo cui *“il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge”*<sup>98</sup>.

Dall'analisi delle due norme, infatti, emerge che il mutuo dissenso opera come regola generale di scioglimento del contratto, in quanto così come le parti possono di comune accordo concludere un contratto, allo stesso modo hanno la possibilità di caducarlo, le altre cause di scioglimento, invece, costituiscono eccezioni al principio del carattere vincolante del contratto. Parte della dottrina, tuttavia, ha evidenziato che il recesso pattizio, come disciplinato dall'art. 1373 c.c., non si configura nei termini di una vera e propria deroga alla regola generale di scioglimento del contratto; atteso che lo stesso è stato qualificato come patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso<sup>99</sup>, meritevole di essere considerato all'interno della causa dello stesso contratto.

---

<sup>97</sup> L'istituto generale del recesso è stato introdotto, per la prima volta, nell'ordinamento giuridico italiano con il codice del 1942. Ed infatti, sotto la codificazione precedente, era prevista solo la c.d. “condizione risolutiva”, destinata ad operare in caso di inadempimento di una delle parti contrattuali (cfr. art. 1165 del codice del 1865), in grado di esplicare i suoi effetti soltanto attraverso una pronuncia giudiziale e, sia pure gli opportuni distinguo, corrispondeva all'attuale risoluzione per inadempimento.

<sup>98</sup> Se la legge o le parti stesse non si attribuiscono (espressamente o implicitamente) un diritto di recesso unilaterale, l'unica via per lo scioglimento del contratto è il mutuo dissenso. Sul rapporto tra mutuo dissenso e recesso ex art. 1373 v. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 9, 89, 108, e soprattutto 66 ove si afferma che: *“ogni contratto può sciogliersi per mutuo dissenso, che è un contratto a propria volta; ogni contratto, e quindi anche il mutuo dissenso, può formare oggetto di opzione, concessa da una parte all'altra; la clausola che prevede il recesso unilaterale si configura quindi, semplicemente, come opzione di mutuo dissenso”*. Il mutuo dissenso, infatti, è un contratto, le parti, così come hanno concluso il contratto, possano concludere un contratto estintivo (mentre bisogna giustificare la facoltà di scioglimento unilaterale).

<sup>99</sup> Sul punto cfr. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Cit., 1985, 66: *“ogni contratto può sciogliersi per mutuo dissenso, che è un contratto a propria volta; ogni contratto, e quindi anche il mutuo dissenso, può formare oggetto di opzione, concessa da una parte all'altra;*

Appare più corretto e apprezzabile, pertanto, qualificare il recesso come uno strumento di sistemazione degli interessi contrattuali che trova la sua fonte nella legge o nell'autonomia negoziale privata, dal quale sorge il diritto potestativo di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale<sup>100</sup>.

Invero, il recesso è espressione del diritto soggettivo di liberarsi dal contratto, interferendo sulla sfera giuridica della controparte, senza che quest'ultimo si possa opporre. Il soggetto passivo, infatti, si trova in una posizione di soggezione, giacché è tenuto a subire la modificazione della propria posizione giuridica<sup>101</sup>.

Il carattere unilaterale del recesso non viene meno neanche quando l'esercizio di tale potere è legato al pagamento di una penale (c.d. pena di recesso). La penale, infatti, non va considerata come corrispettivo o controprestazione, assolvendo una finalità risarcitoria degli eventuali danni che una parte subisca a seguito del recesso<sup>102</sup>.

A seconda della fonte, inoltre, il recesso si distingue in legale e convenzionale. Il primo trova fondamento nella legge e, segnatamente, nel codice civile e in numerose leggi speciali.

Il recesso convenzionale, invece, è frutto di una scelta delle parti le quali, per varie ragioni, possono prevedere (per entrambe o per una sola di

---

*la clausola che prevede il recesso unilaterale si configura quindi, semplicemente, come opzione di mutuo dissenso”.*

<sup>100</sup> Per una analisi sul diritto potestativo v. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Del diritto* Vol, XIV, Milano, 1965.

<sup>101</sup> La posizione di soggezione della parte tenuta a subire a tutti i costi il recesso, tuttavia, è mitigata dall'ampiezza del sindacato spettante al giudice nel caso di esercizio della facoltà di recesso, in quanto l'obiettivo è contemperare l'autonomia negoziale dell'art. 1372 c.c. con la necessità di evitare forme abusive di recesso.

<sup>102</sup> Il patto di recesso può essere gratuito o oneroso, prevedendo il pagamento di una somma di denaro denominata multa o caparra penitenziale. La differenza tra questi ultimi due istituti dipende dal momento in cui viene pagato il corrispettivo. Ed infatti, se quest'ultimo viene versato anticipatamente, all'atto di conclusione del contratto si tratta di caparra penitenziale. Diversamente nella multa penitenziale il pagamento del corrispettivo avviene in un momento successivo, in quanto costituisce condizione di efficacia del recesso. Per un'analisi più approfondita v. GABRIELLI, PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, 41.

esse), tramite l'inserimento di un'apposita clausola, che il vincolo contrattuale possa sciogliersi unilateralmente.

Ancor prima di approfondire nei dettagli le ragioni che possono spingere uno dei due contraenti al recesso, occorre distinguere quest'ultimo da altri strumenti volti ad incidere, unilateralmente su preesistenti atti negoziali. Si tratta delle fattispecie della revoca e della rinuncia.

La revoca, a differenza del recesso, incide su un precedente atto negoziale (normalmente unilaterale o in contratti stipulati nell'interesse della parte revocante), cancellando dal mondo del diritto il negozio stesso e, per tale motivo, non può che avere efficacia retroattiva <sup>103</sup>. Il recesso, invece, opera sul piano del rapporto negoziale e perciò non può che avere efficacia *ex nunc*, senza rimuovere gli effetti giuridici già prodottisi.

La rinuncia è, invece, un atto abdicativo mediante il quale il soggetto dismette una situazione giuridica attribuitagli da un precedente negozio e, di conseguenza, non ha ad oggetto la vicenda contrattuale *inter partes* nella sua interezza, ma esclusivamente la posizione giuridico soggettiva di chi opera la stessa rinuncia.

Il recesso, infine, si distingue anche dalla disdetta (tipica dei contratti di locazione), che consiste nella dichiarazione con cui si impedisce il rinnovo del contratto dopo la scadenza. Viceversa, il recesso dispiega il proprio effetto soltanto alla scadenza del termine integrativo assegnato; di conseguenza, il mancato esercizio del diritto di recesso non dà vita alla rinnovazione del rapporto, ma ad una protrazione del vincolo originario <sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alla revoca della proposta e dell'accettazione della procura; della rinuncia all'eredità; del testamento.

<sup>104</sup> Cfr. ALCARO, BANDINELLI, PALAZZO, *Effetti del contratto*, Torino, 2011, 112 ss.

## 2. Diritto di recesso: considerazioni preliminari

Il recesso rientra nella categoria dei negozi giuridici di secondo grado, in quanto destinato ad operare su un negozio giuridico preesistente. Trattasi di un negozio giuridico recettizio (art. 1335 c.c. ), in quanto produce effetti solo quando la dichiarazione unilaterale sia giunta all'indirizzo del destinatario e, conseguentemente, a partire da quel momento, deriva l'impossibilità per il recedente di ritirare l'atto.

In merito alla forma, si pone il problema di verificare se il recesso debba rivestire la stessa forma prevista dal contratto sul quale incide. Sebbene nel nostro ordinamento non vi sia un espresso riferimento generale alla forma del recesso, la tesi prevalente ritiene debba applicarsi il principio di simmetria delle forme, secondo cui se per un determinato atto la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, la stessa forma sarà necessaria per tutti i negozi estintivi e modificativi dello stesso <sup>105</sup>.

Il legislatore del codice civile, individua distinte ipotesi di recesso: a) il contratto (quello ad esecuzione istantanea) non abbia ancora avuto esecuzione ed allora, in tal caso, sussiste la facoltà di recesso "*finché il contratto non abbia avuto un principio d'esecuzione*"; b) l'esecuzione del contratto (di durata), correlata ad una prestazione continuata o periodica, sia già iniziata, ed in tal caso "*il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso d'esecuzione*" (comma 2°).

Con riferimento ai contratti ad efficacia istantanea, quindi, nei quali le prestazioni delle parti si eseguono contestualmente alla conclusione del

---

<sup>105</sup> Sul punto la giurisprudenza ha precisato che: "Per lo scioglimento di un contratto preliminare di compravendita di immobile occorre la forma scritta. Invero nei contratti formali (tra cui il preliminare di compravendita di beni immobili, ai sensi del combinato disposto degli art. 1350 e 1351 c.c.) le cause modificative o estintive del rapporto debbono risultare da fattori prestabiliti dalle parti nello stesso contratto e debbono essere, comunque, espresse nella forma richiesta per il contratto al quale si riferiscono, con la conseguenza che tanto l'accordo solutorio quanto la dichiarazione di recesso debbono rivestire la stessa forma scritta richiesta per la stipulazione del contratto preliminare" cfr. Trib. Roma, 01/04/2016, n. 6608, in *Arch. Loc.*, 2016, 4, 415; nonché Cass. 1996 n. 4471, in banca dati *De jure*.

negozio, il legislatore si preoccupa di limitare sotto il profilo temporale il diritto di recesso, giacché l'esecuzione della prestazione dovuta o l'accettazione della controprestazione sono condotte di per sé incompatibili con la volontà di recedere. Siffatto principio a rigore determinerebbe una incompatibilità sostanziale tra diritto di recesso e i contratti consensuali ad effetti traslativi, ove l'effetto – trasferimento della proprietà o di altro diritto reale- si realizza in virtù del mero consenso manifestato dalle parti. Tuttavia, in tali tipologie contrattuali occorre distinguere tra effetti giuridici e risultati materiali, sicché il recesso potrà operare sulle attività materiali di esecuzione del contratto, quali: consegna del bene e pagamento del prezzo<sup>106</sup>.

Il secondo comma dell'art. 1373 c.c., invece, fa riferimento ai contratti di durata, caratterizzati dal fatto che almeno una delle prestazioni non si esaurisce in una operazione o in un unico effetto istantaneo. In tali casi il recesso può operare anche successivamente al momento in cui si ha un inizio dell'esecuzione della prestazione ma, salvo patto contrario, sono salve le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Il recesso, quindi, per questa seconda tipologia di contratti opera con effetti *ex nunc*.

Nei contratti di durata, tuttavia, la libertà di recesso rischia di essere strumentalizzata per il perseguimento di finalità ulteriori, anche di tipo prevaricatorio, di una parte contrattuale rispetto all'altra, per tali ragioni è opportuno analizzare le varie funzioni del recesso al fine di verificare le modalità di operatività di siffatto strumento a fronte di sopravvenienze, nell'ottica del principio di effettività della tutela e di valorizzazione dell'autonomia negoziale.

---

<sup>106</sup> TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare*, in AA.VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 87; S. SANGIORGI, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 2 e 3.

### 3. Le diverse funzioni del recesso ordinario e straordinario

All'unicità della formula letterale "recesso" corrisponde, a ben vedere, una pluralità di funzioni che variano in relazione alle connotazioni temporali del contratto, agli interessi protetti, nonché alle finalità di volta in volta perseguite dalle leggi o dalle parti <sup>107</sup>.

E' stata proposta a tal proposito, in dottrina, una classificazione del recesso in due categorie contrapposte: il recesso ordinario (o determinativo) e quello straordinario.

Orbene, è il caso di chiarire che le differenze tra le due categorie dipendono essenzialmente dalla diversa esigenza alla quale ciascuna di esse intende rispondere e dalla conseguente diversa funzione attribuita al recesso nella struttura dei singoli rapporti.

Il recesso ordinario è destinato ad operare nel campo dei contratti privi di termine finale; quest'ultimo opera sotto forma di recesso *ad nutum* consentendo alle parti la facoltà di recedere dal contratto a propria discrezione e in qualsiasi momento. Il recesso straordinario, invece, di regola opera nei contratti a tempo determinato, in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Si tratta di formule elastiche mediante le quali si persegue l'obiettivo di porre rimedio a fattori sopravvenuti di fatto o di diritto, idonei ad incidere, anche in via meramente potenziale, sull'interesse vantato dalla parte alla prosecuzione del rapporto <sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Per una disamina sul punto cfr. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, 32. E' generalmente condivisa, in dottrina, l'inesistenza di un concetto unitario di recesso. Cfr., tra tutti, MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol.1, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 290.

<sup>108</sup> Sotto questo profilo è necessario precisare che il recesso straordinario opera anche come rimedio contro l'inadempimento, giacché quest'ultimo può costituire una giusta causa di recesso. In tal caso, tuttavia, la dottrina ed in particolar modo la giurisprudenza si sono occupate del rapporto tra l'esercizio del diritto di recesso in caso di previsione di una caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c. e azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. Sul punto cfr. Cass. S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Foro it.*, 2010, 4, I, 1264; Cass., 28 ottobre 2015, n. 21926, in *Guida al dir.* 2016, 1, 73: "In tema di contratti cui acceda la consegna di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, qualora il contraente non inadempiente abbia agito per

Di conseguenza, il recesso ordinario, costituendo un meccanismo di determinazione temporale del vincolo contrattuale in precedenza assunto, rientra tra quelle facoltà ampiamente riconosciute alle parti anche in mancanza di una espressa previsione legislativa o di una clausola pattizia, atteso che risponde all'esigenza di evitare vincoli obbligatori a tempo indeterminato <sup>109</sup>. Viceversa, il recesso straordinario opera solo nei casi previsti dalla legge o per apposita clausola contrattuale.

Il recesso ordinario è riferito di norma ai rapporti contrattuali di durata, evidentemente a tempo indeterminato, dove quindi non è prevista alcuna scadenza e/o termine finale. In questi casi, il recesso assume una funzione integrativa di un regolamento contrattuale lacunoso che le parti hanno la possibilità di colmare nel corso del rapporto attraverso la fissazione di un termine finale. Sovente è lo stesso regolamento negoziale che attribuisce alla parti la facoltà di esercitare il diritto di recesso, in qualunque momento dello svolgimento delle prestazioni, prevedendo altresì un meccanismo di tutela preventiva, di norma costituito dalla concessione di un preciso termine di preavviso.

---

*la risoluzione (giudiziale o di diritto) e il risarcimento del danno, costituisce domanda nuova, inammissibile in appello, quella volta a ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra (o pagamento del doppio), avuto riguardo- oltre che alla disomogeneità esistente tra la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso e all'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto - all'incompatibilità strutturale e funzionale tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento. La funzione della caparra, consistendo in una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta a evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, risulterebbe infatti frustrata se alla parte che abbia preferito affrontare gli oneri connessi all'azione risarcitoria per ottenere un ristoro patrimoniale più cospicuo fosse consentito - in contrasto con il principio costituzionale del giusto processo, che vieta qualsiasi forma di abuso processuale - di modificare la propria strategia difensiva, quando i risultati non corrispondano alle sue aspettative". Vedi anche GALASSO, *Recesso, risoluzione del contratto e ritenzione della caparra confirmatoria*, in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2011, I, 826; nonché CHERTI, *L'importanza dell'inadempimento nel recesso mediante caparra*, in *I contratti*, 2015, 5, 450; TOSCHI VESPASIANI, *Recesso, risoluzione per inadempimento del preliminare ed abuso del diritto*, *I contratti*, 2013,6, 545.*

<sup>109</sup> Si segnala una recente sentenza sul riconoscimento dell'efficacia del recesso dal contratto di "interest rate swap", cfr. Cass. 27 aprile 2017, n. 10466, in *Banca Dati De Jure*.

A bene vedere emerge una comune costante: la generale operatività dell'istituto, in quanto deve ritenersi sempre possibile per ciascuna parte liberarsi dal vincolo negoziale <sup>110</sup>.

D'altro canto, la giurisprudenza di recente ha avuto modo di precisare che è possibile rinunciare al diritto di recesso, però solo laddove le parti manifestino inequivocabilmente la volontà di vincolarsi ad un contratto a termine per tutta la sua durata (con conseguente divieto di recedere reciprocamente prima della scadenza del termine finale). Tale analisi dovrà, quindi, essere compiuta verificando in concreto, nello specifico dei contratti d'opera intellettuale, se dall'indicazione di una durata massima del rapporto derivi l'intenzione del cliente di vincolarsi per l'intera durata del contratto, escludendo il recesso *ad nutum* della parte prima di tale scadenza<sup>111</sup>.

Non va però sottaciuto che in numerosi contratti tipici di durata è espressamente prevista e disciplinata l'ipotesi del recesso nei contratti a tempo indeterminato. I casi sono, più in particolare: a) il contratto di

---

<sup>110</sup> cfr. PAROLA, *op cit.*, 211.

<sup>111</sup> V. Cass., 14 gennaio 2016, n. 469, in *Guida al dir.* 2016, 6, 112: *“La previsione di un termine di durata all'interno di un contratto d'opera professionale non esclude di per sé la facoltà di recesso ad nutum previsto a favore del cliente dal comma 1 dell'art. 2237 c.c., dovendo verificarsi in concreto in base al contenuto del regolamento negoziale se le parti abbiano inteso o meno vincolarsi in modo da escludere la possibilità di scioglimento del contratto prima della scadenza pattuita”*. Con questo principio di diritto la Cassazione ha confermato la sentenza d'appello che aveva giudicato legittimo il recesso da un contratto biennale di prestazione professionale stipulato da un paziente e un chirurgo, con il quale quest'ultimo si impegnava a garantire assistenza per due giorni alla settimana e reperibilità telefonica per tutti gli altri giorni. Per i giudici, la semplice apposizione di un termine a un contratto di prestazione professionale non esclude la facoltà di recesso anticipato, considerata la particolare natura della prestazione e il rapporto fiduciario che sussiste tra medico e paziente”, con commento di CASTIGLIONI, *Contratto d'opera intellettuale con termine finale e recesso ad nutum ai sensi dell'art. 2237 c.c.*, in *I contratti*, 2016, 7, 653 ove si sottolinea che il recente orientamento giurisprudenziale appare maggiormente restrittivo, atteso che la deroga pattizia alla facoltà di recesso *ad nutum* deve essere riscontrata in modo esplicito nell'accordo concluso, non essendo legittimi automatismi interpretativi. Siffatta conclusione appare coerente con la pluralità di funzioni che il diritto di recesso può essere chiamato a svolgere, dal momento che nello specifico caso del recesso del contratto d'opera intellettuale il recesso legale possiede i caratteri del recesso determinativo, impugnatorio e di pentimento e, pertanto, non vi è incompatibilità tra diritto di recesso ed un contratto *intuitus personae* sottoposto a termine.



somministrazione di cui all'art. 1569 c.c., utilizzato in via analogica anche nel contratto atipico di concessione di vendita <sup>112</sup>; b) il mandato, nell'ipotesi di revoca del mandato oneroso a tempo indeterminato ex art. 1725 comma 2° c.c. e di rinuncia del mandatario come dispone l'art. 1727 c.c.; c) il recesso dal contratto di agenzia a tempo indeterminato contemplato dall'art. 1750 c.c. <sup>113</sup>; d) la revoca della commissione (art. 1734 c.c.); e) il comodato di cui all'art. 1810 c.c., ove è previsto un particolare regime in ragione delle caratteristiche peculiari di tale contratto; f) il recesso unilaterale dal contratto di lavoro autonomo a norma dell'art. 2227 c.c.; g) il recesso del cliente dal contratto d'opera intellettuale a mente dell'art. 2237 c.c. <sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Cfr. a tale proposito, Trib. Cassino 2 dicembre 2014, n. 1308, in *Il Sole 24 Ore*, Mass. Repertorio Lex24. “La concessione di vendita, pur presentando aspetti che per qualche verso, l'avvicinano al contratto di somministrazione o alla commissione, non può inquadrarsi in uno schema contrattuale tipico, trattandosi di contratto innominato, caratterizzato da una complessa funzione di scambio e di collaborazione e consistente, sul piano strutturale, in un contratto normativo, dal quale deriva l'obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita ovvero l'obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale. Detto contratto atipico si colloca in un'area di affinità con i contratti di somministrazione o di commissione ma non con quello di agenzia, per cui l'attribuzione del diritto di esclusiva al concessionario, costituendo un elemento accidentale e non essenziale del contratto, non può ricavarci implicitamente dalla predeterminazione di una zona al concessionario medesimo, non essendovi alcun necessario collegamento tra zona ed esclusiva”.

<sup>113</sup> Si precisi, incidentalmente, che nel contratto di agenzia, anche a seguito della modifica apportata all'art. 1750 c.c. dal d.lgs. 303/91 emesso in attuazione della Direttiva dell'UE n.86/653, sono previsti in maniera precisa termini minimi di preavviso, variabili da 1 a 6 mesi, in funzione della concreta durata del rapporto. Sul punto cfr. *Il Contratto di agenzia: il recesso*, in *studiolegaleriva.it*, 2017, ove si afferma come sia comunque “lasciata alla libera disponibilità delle parti la fissazione di termini di preavviso di maggiore durata, con l'unico limite costituito dalla necessità che il proponente osservi termini di preavviso non inferiori rispetto a quelli previsti per l'agente. Infine, nella disciplina del contratto di agenzia la regolamentazione non è contenuta solo nel codice civile, ma altresì nella contrattazione collettiva di diritto comune, che prevede in tema di preavviso termini differenti rispetto a quelli dell'art. 1750 c.c., con conseguenti potenziali problemi di applicabilità, soprattutto con riferimento al cosiddetto agente monomandatario”.

<sup>114</sup> Oltre a quelli già richiamati nel precedente paragrafo, si citino i contratti bancari di conto corrente e la specifica disposizione sul recesso di cui all'art 1833 c.c., nonché il contratto di deposito bancario ex art. 1834 c.c.. Sul punto cfr. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1981, 560; FIORENTINO, *Del conto corrente, dei contratti bancari*, in *Comm. Scialoja Branca*, IV, Bologna-Roma, 1956, 147. Relativamente al contratto di lavoro v. art. 2096, co. 3, c.c., che permette il recesso *ad nutum* sia del lavoratore che del datore di lavoro durante il periodo di prova, nonché art. 2118 v. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di lavoro subordinato*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994, 1031. Volutamente si è ommesso di citare l'art. 2119 c.c. sulla giusta causa di recesso dal contratto di lavoro subordinato, perché, come è noto tale tipologia è dettagliatamente disciplinata da leggi

In tutte queste ipotesi è riconosciuto, a ciascuna delle parti, il diritto di porre termine al rapporto a tempo indeterminato in qualunque momento, previa concessione di un termine di preavviso.

Precisati i confini del “recesso ordinario”, occorre accennare alla seconda fattispecie, individuata anche dalla giurisprudenza: il recesso straordinario <sup>115</sup>.

L’istituto, però, non si limita ad integrare il regolamento contrattuale originario, ma lo modifica o in taluni casi lo travolge; tutto ciò in funzione di fattori sopravvenuti al contratto.

Emerge, in tal caso, un vero e proprio potere di supremazia, riconosciuto ad una delle parti, circostanza che è certamente ravvisabile nella disciplina del recesso unilaterale in tema di contratto di appalto. L'art. 1671 c.c. prevede infatti il diritto del committente di recedere dal contratto a propria assoluta discrezione, anche qualora l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio siano già iniziate da parte dell'appaltatore <sup>116</sup>.

---

speciali che limitano fortemente l’autonomia contrattuale della parte datoriale. Ricordiamo solo che il recesso datoriale (licenziamento) è ben diversamente disciplinato da quello del lavoratore (dimissioni).

<sup>115</sup> Emblematico è il caso, in materia di appalti privati, il recesso unilaterale del committente, cfr. App. Roma, 20. 06. 2016, n. 3918 “*In ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto di appalto, ai sensi dell'art. 1671 c.c., l'appaltatore che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, è gravato dall'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile conseguibile per l'utilizzo delle attrezzature di cantiere in altri lavori e/o il mancato guadagno per la perdita di occasioni di lavoro*”.

<sup>116</sup> Altra e diversa ipotesi di recesso straordinario, o risolutivo, è prevista nella disciplina del contratto di agenzia, e più precisamente dalla disposizione di cui all'art. 1751 c.c. (come modificato dai d.lgs. n. 303/91 e n. 65/99). In tale ultimo caso è espressamente consentito ad una delle parti di travolgere il regolamento negoziale in funzione di specifici vizi sopravvenuti nel corso del rapporto. Nella norma citata è infatti prevista espressamente la possibilità per il preponente di risolvere il rapporto a causa di un'inadempienza attribuibile all'agente che, per la sua gravità non consenta la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto, e con l'esclusione del diritto dell'agente all'indennità. E' dunque garantita al preponente la possibilità di porre termine al rapporto in ragione di un inadempimento che, date le sue caratteristiche, esonera il recedente dalla necessità di concedere il preavviso di cui all'art. 1750 c.c., così configurando una ipotesi di recesso risolutivo.

#### 4. Il recesso determinativo: natura e funzioni

Sotto il profilo funzionale, la dottrina civilistica distingue tre possibili forme di recesso: il recesso determinativo, quello di autotutela ed infine quello di pentimento.

Il recesso determinativo (o ordinario) attiene, come detto, ai rapporti di durata nei quali difetta l'apposizione di un termine finale, con il precipuo obiettivo di stabilire la fine del contratto. La *ratio* di tale forma di recesso è quella di consentire alle parti, nei vincoli negoziali a tempo indeterminato, di sciogliersi in qualsiasi momento dal contratto. Il legislatore, infatti, in quasi tutti i contratti di durata senza termine finale, prevede la facoltà di scioglimento unilaterale. Siffatta circostanza ha indotto parte della dottrina a ritenere che un numero così vasto di fattispecie tipizzate costituirebbero il fondamento di un principio di carattere generale attinente alla libertà di recesso nei contratti a tempo indeterminato.

Invero, in dottrina sussistono due diversi orientamenti. Secondo la prospettiva più risalente nel tempo, il recesso determinativo rappresenterebbe il corollario del principio secondo cui nel nostro ordinamento non sarebbero ammessi vincoli negoziali perpetui. In quest'ottica, il recesso diventerebbe uno strumento sempre ammissibile e fisiologico, anche se non pattuito o stabilito per legge, perché sarebbe l'unico rimedio volto a garantire la determinazione della fine del rapporto. L'orientamento maggioritario, invece, ritiene che la *ratio* del recesso sia quella di colmare una lacuna contrattuale integrando il contratto carente sotto il profilo temporale della durata. Di conseguenza, ogniqualvolta le parti non fissano *ab origine* un termine non significa affatto che le stesse abbiano voluto stipulare un contratto perpetuo, in quanto lo stesso verrebbe naturalmente integrato tramite la previsione del diritto di recesso. Dall'orientamento maggioritario, deriva, quindi, che il recesso opererebbe come effetto naturale del contratto e, quindi, rimesso alla libera

disponibilità delle parti, le quali potrebbero ad esempio prevedere lo scioglimento del vincolo secondo altre modalità.

Invero, si tratta di una valutazione in passato criticata dalla giurisprudenza, la quale ha avuto modo di affermare che l'istituto del recesso ha carattere eccezionale <sup>117</sup> e la circostanza che la legge lo contempli in varie ipotesi di contratto a tempo indeterminato non è sintomatica dell'esistenza di una regola generale della recedibilità *ad nutum*, poiché si tratterebbe, unitamente agli altri casi espressamente previsti, di eccezioni al principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.) <sup>118</sup>. Tale ricostruzione presenta note di criticità poiché, come anticipato, tende a legittimare vincoli perpetui e indissolubili dai quali sorgono obblighi tra le parti senza possibilità di liberarsene, con conseguente limitazione della libertà negoziale.

Per tali ragioni, la dottrina e la giurisprudenza, specie in tempi recenti, sono decisamente inclini a considerare le ipotesi di recesso determinativo tipizzate dal legislatore come espressione di un generale principio di "libera recedibilità", previo preavviso, dai contratti a tempo indeterminato tipici e atipici <sup>119</sup>. Al riguardo è importante evidenziare che il legislatore, di norma, fa riferimento al concetto di termine "congruo", non stabilendo, in maniera precisa e generale, quale sia il termine che la parte recedente deve concedere all'altra per poter porre fine al contratto.

La funzione determinativa del recesso dal contratto di durata risponde, a ben vedere, ad un'esigenza di ordine pubblico, posta a salvaguardia della

---

<sup>117</sup> Cfr. GABRIELLI, PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *cit.*, Milano, 1988, XXXIX, 35, secondo i quali "può ammettersi che il potere di recesso non abbia natura eccezionale unicamente quando con esso si reagisca all'inadempimento di rapporti ad esecuzione continuata".

<sup>118</sup> V. Cass. 22 febbraio 1963, n. 424, in *italjure web*.

<sup>119</sup> Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 518, il quale qualifica l'ipotesi di recesso in esame come recesso di liberazione perché consente alle parti di sottrarsi da un vincolo contrattuale che diversamente "peserebbe in modo intollerabile sulla sua libertà".

libera circolazione delle risorse materiali e umane necessarie per garantire lo sviluppo economico <sup>120</sup>. Viene così assicurato una sorta di “moto circolare”, dal momento che il contratto di durata non può prescindere dal garantire un coerente innesto nelle vicende economiche e sociali legate alla produttività e convenienza del mondo degli affari.

La costruzione delle categorie giuridiche, ivi compreso il recesso, deve necessariamente tener conto del contesto dell’attività economica, soprattutto con riferimento ad un’eventuale valutazione della responsabilità per danni <sup>121</sup>.

L’assunto proviene dalle sollecitazioni della dottrina, da sempre attenta a comprendere il funzionamento delle regole giuridiche alla luce della fenomenologia economica.

Dunque, la circostanza che il recesso determinativo sarebbe espressione di una regola generale va ulteriormente specificata anche in base alle superiori considerazioni.

In ogni caso, la possibilità di esercitare il recesso è subordinata al rispetto del principio di buona fede, in modo tale che la controparte possa adottare tutti i mezzi necessari per evitare i danni connessi al venir meno del rapporto contrattuale <sup>122</sup>. Da ciò deriva la necessità di subordinare

---

<sup>120</sup> Cfr. PAROLA, *Il recesso determinativo di fonte legale*, in *Obbl. contr.*, 2011, 3, 209 ove si afferma che la funzione del recesso determinativo è espressione di un principio di ordine pubblico a tutela sia del singolo perché mira a garantire la libertà e l’autonomia negoziale, sia della collettività perché volto ad agevolare la circolazione dei beni nel mercato.

<sup>121</sup> Interessanti le valutazioni espresse in merito da SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, 14 che sollecita il giurista “*ad evitare di occuparsi del diritto soltanto in modo tradizionale, ragionando su categorie logiche astratte*”, ma anche di effettuare scelte ragionate, combinando insieme i profili economici e giuridici, in una visione unitaria decisamente imprescindibile proprio per i contratti di durata. L’auspicio è quello di evitare che l’interprete si avvalga di un sistema chiuso del tutto avulso dalla realtà economica, atteso che “*l’impresa vive di ripetizione di atti economici giuridicamente rilevanti*”.

<sup>122</sup> Il rapporto tra diritto di recesso, buona fede e abuso del diritto verrà analizzato nel prosieguo della trattazione. Cfr. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell’affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, 653; D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 1, 5; GALGANO, *Qui suo iure adubiturneminemlaedit?*, in *Contr. e*

l'esercizio del diritto di recesso ad un congruo preavviso, la cui estensione temporale viene determinata talvolta dalla legge (es. contratto di agenzia ex art. 1750 co, 3 c.c.) altre volte direttamente dalle parti. La *ratio* di una simile previsione risiede nell'esigenza di evitare che l'esercizio del recesso provochi turbamento nella sfera economica dell'altro contraente, al quale è necessario concedere un termine ragionevole affinché quest'ultimo possa provvedere in modo diverso <sup>123</sup>.

Il legislatore, tuttavia, prevede che il preavviso non sia necessario nei casi in cui il recesso dipenda da una giusta causa. Si tratta di una formula elastica dalla quale deriva l'impossibilità di continuare, anche temporaneamente, il rapporto contrattuale <sup>124</sup>. Ciò implica che con riferimento ai contratti a tempo indeterminato la sussistenza di una "giusta causa" incide non sull'esistenza del diritto di recesso, ma sulle sue modalità di esercizio, divenendo motivo legittimo di esclusione del periodo di preavviso. Alla stregua di questa più ampia nozione di recesso, alla parte può essere sempre attribuito il potere di sciogliere gli effetti del contratto. Tuttavia, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza <sup>125</sup>, il

---

*impresa*, 2011, 2, 312; D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 2011,7, 653; MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova Giur.Civ. Comm.*, 2010, II, 319; RIZZUTI, *Il divieto di abuso del diritto ed i suoi limiti*, nota a Trib. Verona, 2 maggio 2012, in *Corr. Mer.*, 2013, 1, 43; SANGIOVANNI, *Abuso del diritto nel recesso del proponente dal contratto di agenzia*, in *Il lav. Giur.*, 2014, 3, 269; MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, 12, 1577.

<sup>123</sup> Cfr. LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di TOMMASINI, Torino, 2003, 263.

<sup>124</sup> Sul concetto di giusta causa si ricorda che la giurisprudenza, ad esempio, ha ritenuto giusta causa di recesso immediato la condanna del lavoratore in sede penale (Cass. 20. 6. 2006, n. 14113, in *Mass. Foro it.*, 2006).

<sup>125</sup> FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, 357-358, in cui si richiama Cass. 22 dicembre 1983, n. 7579: «Il diritto di recesso ex art. 1373 c.c., insuscettibile di interpretazione estensiva per la sua natura di eccezione al principio generale della irrevocabilità degli impegni negoziali, non può essere svincolato da un termine preciso o, quanto meno, sicuramente determinabile, in assenza del quale l'efficacia del contratto resterebbe indefinitamente subordinata all'arbitrio della parte titolare di

recesso da un contratto già eseguito da un certo tempo sia da ritenere inefficace perché contrario alla clausola generale di buona fede.

Orbene, accogliendo questa più estesa nozione di recesso, lo si potrà esercitare non soltanto per i contratti con *effetti obbligatori*, bensì anche in quelli ad *effetti reali*, effetti che si producono immediatamente, in ragione del consenso legittimamente manifestato, ai sensi dell'art. 1376 c.c..

Il recesso, pertanto, in una logica complessiva può essere ricondotto all'estesa categoria degli "atti che scrivono la parola fine su qualcosa di giuridicamente rilevante"<sup>126</sup>.

## 5. (Segue) Il recesso in autotutela

In una numerosa serie di ipotesi il recesso è previsto espressamente come strumento di autotutela, tra l'altro specularmente rispetto ai rimedi ordinari di annullamento e risoluzione riconosciuti a favore di una o entrambe le parti per liberarsi dal vincolo contrattuale, in presenza di vizi originari o sopravvenuti successivamente alla stipulazione del contratto. Si tratta, in altri termini, della facoltà, riconosciuta dalla legge alle parti, di poter reagire a determinati eventi dai quali deriva un'alterazione dell'equilibrio contrattuale inizialmente predisposto. Di conseguenza, siffatta tipologia di recesso diviene esercitabile solo ed esclusivamente in presenza di determinati presupposti giustificativi: giusta causa, giustificato motivo o gravi motivi, formule ampie ed elastiche idonee a ricomprendere

---

*tale diritto, con conseguente irrealizzabilità delle finalità perseguite con il contratto stesso».* Secondo CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000, 11, il potere di recesso è imprescrittibile. Esclusa la prescrizione, la perdita per decorso del tempo del potere di recedere induce a richiamare l'istituto tedesco della *Verwirkung*, su cui RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1996, 283; PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino 1999, 722.

<sup>126</sup> ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, 34. La circostanza che il legislatore del 1942 abbia accolto una nozione amplissima di recesso, comprendente negozi sia estintivi sia risolutivi è affermato anche da CORRADO, *Recesso, revoca, disdetta (chiarimenti sistematici)*, in *Dir. economia*, 1956, 577.

soppravvenienze di carattere oggettivo <sup>127</sup>. Si tratta, a ben vedere, di un rimedio diretto a fronteggiare evenienze ulteriori e diverse rispetto a quelle prese in considerazione dal rimedio risolutorio in generale, in quanto opera come meccanismo in grado di valorizzare gli interessi delle parti, attraverso la predisposizione di un potere il cui esercizio è subordinato al verificarsi di fatti, dai quali scaturisce l'alterazione originaria dell'equilibrio contrattuale inizialmente voluto dalle parti <sup>128</sup>. Peraltro, il rimedio risolutorio necessita di un provvedimento giudiziale che, una volta passato in giudicato, determina lo scioglimento di un vincolo negoziale, con efficacia di massima retroattiva. Il recesso, invece, produce i suoi effetti in seguito ad una dichiarazione unilaterale e recettizia, indipendente dalla mediazione giudiziale e provoca di regola lo scioglimento del rapporto con efficacia non retroattiva <sup>129</sup>. Il riconoscimento del potere di recesso, realizza, dunque, un interesse di natura procedimentale ad una più celere rimozione del vincolo.

Il diritto di recesso *sub specie* di autotutela è espressamente riconosciuto dal legislatore per determinate fattispecie. E' il caso di richiamare la disciplina prevista dall'art. 1464 c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione. In tal caso la prestazione, divenuta parzialmente impossibile per il sopravvenire di un fattore, impedisce in parte l'attuazione del vincolo contrattuale incidendo sul sinallagma del rapporto. In simili circostanze, tuttavia, il recesso è consentito solo qualora il creditore non abbia "un interesse apprezzabile

---

<sup>127</sup> LA ROSA, *op. ult. cit.*, 255.

<sup>128</sup> LA ROSA, *op. cit.*, 256, ove si precisa che la risoluzione per eccessiva onerosità non resta assorbita dalla previsione del diritto di recesso, in quanto la risoluzione implica la proposizione della domanda giudiziale, mentre il recesso è un diritto potestativo che non rende necessaria l'intermediazione giudiziaria.

<sup>129</sup> Sulla distinzione tra risoluzione e recesso cfr. PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. Contr.*, 2012, 2, 86.



all'adempimento parziale", cioè a portare ad esecuzione il contratto, ancorché secondo modalità diverse da quelle inizialmente pattuite. Altra ipotesi è quella contemplata dall'art. 1385 c.c. relativamente alla caparra confirmatoria, con la possibilità di recedere dal contratto trattenendo la caparra <sup>130</sup>. Infine, con riguardo ad alcune discipline settoriali si ricordano gli artt. 1537 e 1538 c.c. in tema di compravendita di immobili, laddove nel caso in cui risulti una divergenza tra l'entità quantitativa tra immobile promesso e trasferito e la divergenza superi una certa entità si potrà recedere.

## **6. (Segue) Il recesso di pentimento**

Lo *ius poenitendi* è una forma di recesso prevista dal legislatore in relazione ad alcuni contratti di durata, in modo da consentire ad uno o ad entrambi i contraenti di sciogliersi da un vincolo contrattuale a lungo termine. Tutto ciò, in forza di una semplice personale valutazione di opportunità determinata da una complessiva rideterminazione *melius re perpensa* ovvero dopo aver ripensato, con più attenzione, ai vantaggi del contratto. Si tratta del c.d. recesso *ad nutum*, non subordinato alla sussistenza di una particolare giustificazione, in quanto i motivi che comportano un ripensamento non sono determinabili *a priori*, ed è di regola oneroso perché in tal caso il recedente dovrà tenere indenne la controparte sia sotto il profilo del danno emergente (spese sostenute) che del lucro cessante (mancato guadagno).

Tale forma di recesso, ove sia legittimamente praticabile, riguarda soprattutto i contratti aventi ad oggetto un *facere*, laddove il legislatore, al riconoscimento di un recesso immotivato, controbilancia il pagamento di un

---

<sup>130</sup> Sul rapporto tra azione di risoluzione e risarcimento integrale del danno da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro, cfr. Cass., 30 novembre, 2015, n. 24337, in *Dir. & Giust.*, 2015, 1 dicembre.

prezzo. Ed infatti, di regola al soggetto che subisce il recesso *ad nutum* viene riconosciuto il diritto ad ottenere il risarcimento del danno subito commisurato all'interesse positivo <sup>131</sup>.

L'obbligazione principale, quindi, non si estingue, ma viene sostituita con una diversa obbligazione di tipo risarcitorio, determinando così una destinazione più funzionale delle risorse economiche <sup>132</sup>. In tal modo, il legislatore agevola l'uscita del contraente (prevedendo tipiche figure di recesso *ad nutum*) tutte le volte in cui, per varie ragioni, sia venuto meno, per una delle parti, l'interesse alla prosecuzione del rapporto, garantendo così una migliore allocazione delle risorse. Diversamente opinando, se non vi fosse la possibilità di recedere, rimarrebbe in essere un contratto la cui prestazione verrebbe inutilmente eseguita dietro il pagamento dell'intero corrispettivo pattuito, con conseguente spreco di risorse per entrambi i contraenti <sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Sulla possibilità di determinare in via convenzionale il risarcimento del danno v. DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, 82 ove si segnala la prevalenza di un orientamento di segno liberale volto a consentire all'autonomia privata di determinare le conseguenze del recesso sul piano risarcitorio e ciò sulla base del principio della derogabilità delle norme che attribuiscono al committente lo *ius poenitendi*. In giurisprudenza cfr. Trib. Bologna, 21 giugno 2005, in *Foro padano* 2007, 2, I, 330: "La pattuizione delle parti, che ponga a carico del committente l'obbligo di corrispondere l'intero corrispettivo dell'appalto, equivale ad escludere il diritto di recesso"; nonché Cass., 29 gennaio 2003, n. 1295, in *Giust. civ. mass.* 2003, 212: "La facoltà di recesso dal contratto di appalto (nella specie, di servizi condominiali) è riconosciuta al committente dalla norma di cui all'art. 1671 c.c., il cui carattere non inderogabile, peraltro, consente che le parti ben possano regolare contrattualmente gli effetti patrimoniali del recesso stesso e liquidare, anticipatamente e forfettariamente, spese, lavori eseguiti e mancato guadagno dell'appaltatore, commisurandoli (come nella specie), in caso di appalto di servizi, ai canoni per un determinato periodo futuro".

<sup>132</sup> Cfr. GABRIELLI e PADOVINI, *Recesso*, in *Enc. Dir.*, cit., 27 ss. Dal riconoscimento del diritto al risarcimento del danno consegue la trasformazione del vincolo contrattuale, in quanto l'esperimento del diritto di recesso comporta un'esecuzione per equivalente del negozio giuridico. Di conseguenza, sotto il profilo economico la parte che subisce il recesso non sopporterà alcun pregiudizio, tuttavia, tale sistema determina un risparmio delle risorse che la parte recedente potrà decidere di allocare diversamente.

<sup>133</sup> Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Milano, 1998, 352 ove si afferma che lo *ius poenitendi* tende a prevenire sprechi veri e propri di risorse, che certamente non possono essere favoriti da un sistema giuridico tendenzialmente rispettoso delle regole del mercato.

Nella disciplina dei contratti tipici si riscontrano una serie di ipotesi nelle quali il legislatore riconosce ad una o ad entrambe le parti il diritto di recedere indipendentemente dalla sussistenza di qualsivoglia presupposto, sulla base della semplice manifestazione di volontà della parte <sup>134</sup>. A titolo esemplificativo, si ricorda la disciplina del contratto di appalto, nel quale il legislatore riconosce alla parte committente il diritto di recedere liberamente (art. 1671 c.c.) <sup>135</sup>, allo stesso modo è previsto il diritto di recesso del mittente nel trasporto di cose (art. 1685 c.c.) <sup>136</sup>; il diritto spettante al mandante, al committente e al mittente nel mandato nei suoi sottotipi (artt. 1723,1725,1734,1738 c.c.) <sup>137</sup> ed infine il diritto di recesso nel contratto di lavoro autonomo (artt. 2227 e 2237 c.c.).

Invero, in quest'ultimo caso, è necessario evidenziare che il legislatore per il recesso dal contratto d'opera intellettuale prevede una disciplina peculiare. Si tratta dell'unica ipotesi in cui viene attribuito il diritto di recesso in assenza di un obbligo di risarcire il danno con riguardo alle prestazioni da eseguire e, quindi, non ancora realizzate. In altri termini, ai sensi dell'art. 2237 c.c., il legislatore sancisce il principio secondo cui il

---

<sup>134</sup> Per un'attenta analisi sul recesso e risarcimento nei contratti di *locatio operis* e di mandato si veda DELLACASA, *op. cit.*, 29.

<sup>135</sup> Sul recesso unilaterale del committente v. Cass. 13 ottobre 2014, n. 21595, in *I contratti*, 2015, 3, 230 con nota di SORBILLI, la quale mette in luce il fondamento di una disciplina che concede al solo committente, e non anche all'appaltatore, il diritto di recesso. La *ratio* risiede nella qualifica del contratto di appalto come contratto *intuitu personae* e, pertanto, il diritto di recesso diviene necessario strumento per ripristinare l'equilibrio iniziale tra le parti, il quale potrebbe essere stato interrotto dalla presenza di sopravvenute circostanze, che hanno fatto venir meno la fiducia nella persona dell'appaltatore o l'utilità stessa dell'opera o del servizio.

<sup>136</sup> Si tratta nello specifico di un diritto di contrordine che viene parificato al diritto di recesso. Per un'analisi si veda GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 75; in senso difforme v. GRIGOLI, *Il trasporto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, XII, torino, 1985, 767; RIGUZZI, *Il contratto di trasporto stradale*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Bessone, XIV, Torino, 2000, 127 ss.

<sup>137</sup> Invero, nella disciplina del mandato il legislatore tratta di revoca e non di recesso. Tuttavia, la qualificazione della revoca del mandato in termini di recesso è ormai univoca. Sul punto cfr., tra gli altri, LUMINOSO, *Il mandato*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Rescigno, 12, *Obbl. contr.*, IV, 2 ed., Torino, 2007, 527;

cliente può recedere dal contratto rimborsando al prestatore d'opera solo le spese sostenute, nonché pagando il corrispettivo per l'opera svolta, mentre il prestatore d'opera può, a sua volta, recedere dal contratto per giusta causa ed avrà diritto al rimborso delle spese fatte ed al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile ottenuto dal cliente. La *ratio* di una simile previsione è strettamente connessa al tipo di contratti cui la disciplina si riferisce, atteso che opera con riguardo ai rapporti che intercorrono con il professionista intellettuale e, quindi, caratterizzati da una forte componente fiduciaria. In siffatte ipotesi, in caso di recesso, è previsto solo il rimborso delle spese sostenute, che verranno risarcite sulla base del principio dell'ingiustificato arricchimento<sup>138</sup>.

## 7. La peculiare disciplina del recesso di protezione

La figura del recesso di pentimento codicistico cui si è fatto cenno in precedenza, invero, non può essere qualificato come un vero e proprio *ius poenitendi* in senso stretto<sup>139</sup>. Quest'ultimo, infatti, va inteso come diritto attribuito dal legislatore alla parte debole di sciogliersi dal contratto.

Tale tipologia di recesso viene, non a caso, definita “di protezione”, atteso che il potere di recesso, riconosciuto al consumatore, può essere

---

<sup>138</sup> In giurisprudenza v. Cass. 14 gennaio 2016, n. 469, in *Giur. it.*, 2016, 538 con commento di ROCCHIO sul recesso legale da contratti di servizi a termine convenzionale; nonché Cass. 01 ottobre 2008, n. 24367, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 3, II, 609 con nota di: MEZZACAPO: “L'apposizione di un termine di durata al contratto d'opera intellettuale è legittima perché realizza l'inserimento nel regolamento negoziale di una clausola estranea al suo contenuto tipico che risponde ad interessi delle parti meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La giusta causa che legittima il recesso del prestatore d'opera dal contratto d'opera intellettuale a termine, in analogia con quanto stabilito dall'art. 2119 c.c., può consistere in un grave inadempimento del cliente e comporta il risarcimento dei danni, sulla base dei principi generali, senza che operino le limitazioni previste dall'art. 2237 comma 2”.

<sup>139</sup> ) Il recesso di pentimento, in senso stretto, è una figura giuridica di matrice europea espressione del c.d. “secondo contratto”, in quanto il diritto di ripensamento rappresenta uno dei principali strumenti di autotutela offerto al consumatore per liberarsi da regolamenti contrattuali inefficienti, inidonei, cioè, al soddisfacimento delle esigenze e dei bisogni programmati. L'argomento è stato di recente approfondito da PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. di dir. civ.*, 2015, 2, 276.

esercitato “*in qualsiasi momento, senza oneri e penalità*”. A titolo esemplificativo è necessario fare riferimento alle seguenti tipologie: a) al recesso consentito “in ogni momento” al cliente dal contratto di gestione di patrimoni; b) al diritto del cliente di recedere “senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l’applicazione delle condizioni precedentemente in essere” nel caso di modifica delle condizioni contrattuali da parte dell’ente creditizio o finanziario; c) al recesso previsto in materia di contratti di assicurazione sulla vita, e di multiproprietà, così il recesso previsto in materia di contratti a distanza <sup>140</sup>.

A ben vedere, in tali casi specifici si tratta di un vero e proprio diritto di ripensamento, perché attuabile liberamente (ossia in assenza di specifiche motivazioni), gratuito (a differenza del recesso di pentimento), formale (perché sottoposto a specifiche prescrizioni di forma), da far valere entro un lasso temporale piuttosto ristretto ed inderogabile.

In particolare, dall’analisi delle possibili manifestazioni del recesso di pentimento, *strictu sensu* inteso, è agevole distinguere due gruppi di fattispecie alle quali la disciplina si applica.

In alcuni casi, infatti, il diritto di sciogliersi liberamente dal contratto viene riconosciuto non già in base all’oggetto del contratto, ma in ragione delle modalità di conclusione dello stesso: si tratta dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali generalmente contraddistinti da una particolare modalità aggressiva di conclusione del contratto, in quanto sovente il consumatore rimane vittima di tecniche di “seduzione commerciale” poste in essere dal proponente, particolarmente invasive e allettanti.

L’altra fattispecie negoziale, pur sempre sottoposta alla rigida disciplina di protezione e prevista dal codice del consumo, è quella dei contratti

---

<sup>140</sup> CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 695; GRISI, *Lo “ius poenitendi” tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 569.

conclusi a distanza, cioè quei contratti conclusi tramite e-mail, fax e in generale tramite l'utilizzo degli strumenti telematici. In simili circostanze, a ben vedere, il consumatore non si trova nelle condizioni di valutare adeguatamente la convenienza dell'affare prima di prestare il proprio consenso allo scambio. Siffatta peculiare forma di asimmetria di mercato, riguardo le due diverse posizioni giuridico-soggettive dei contraenti, definibile come asimmetria di ponderazione <sup>141</sup>, viene fronteggiata dal legislatore comunitario con l'attribuzione di un periodo di riflessione. In quest'ottica, il recesso assurge a strumento con finalità perequativa, preordinato a ricondurre il consumatore su un piano di parità con il professionista.

Sia il recesso nella contrattazione a distanza che quello nei contratti stipulati fuori dai locali commerciali sono stati oggetto di una significativa riforma attuata con il d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21, tramite la quale il legislatore, con l'intento di uniformare la materia a livello europeo, ha attuato la direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83 UE <sup>142</sup>. Le principali novità introdotte dalla riforma, oggi disciplinate dagli artt. 52-59 del codice del consumo, riguardano principalmente: l'unificazione e il prolungamento del termine per recedere, le conseguenze della violazione degli obblighi informativi, nonché gli effetti dell'esercizio del recesso con riguardo alle obbligazioni delle parti e alla sorte dei contratti collegati <sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Sul punto cfr. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. di dir. civ.*, 2009, 5, II, 525.

<sup>142</sup> Tale forma di recesso, quindi, opera non solo come strumento classico di protezione del consumatore, ma garantisce certezza giuridica perché contrasta la frammentazione normativa fra Stati membri, offrendo un unico quadro normativo. Per un approfondimento sul tema del recesso nella nuova direttiva sui diritti dei consumatori cfr. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Dir. comm. e pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2012, 427; nonché FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, I, 939.

<sup>143</sup> Sul punto cfr. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *il corr. giur.*, 2015, 19; BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dai locali commerciali*, in *Le vendite aggressive*, a cura di Jannarelli, Napoli, 2005, 174.

Con riferimento al termine per recedere, la nuova disciplina prevede che lo stesso può essere esercitato dal consumatore entro il termine di 14 giorni (in luogo di 10), senza alcun onere motivazionale. Tale termine decadenziale decorre dal giorno di conclusione del contratto nel caso di acquisto di servizi o dal giorno in cui il consumatore ottiene il possesso se si tratta di acquisto di un bene. Siffatto termine, tuttavia, sarà pari a dodici mesi nel caso in cui il consumatore non sia stato correttamente informato dal professionista <sup>144</sup>.

Dibattuta in dottrina -sia con riferimento all'attuale formulazione che a quella previgente- è la natura giuridica del recesso del consumatore. In particolare, la disciplina descritta dagli artt. 52 e ss cod. cons., a differenza del recesso tradizionale descritto dall'art. 1373 c.c., può operare sia con riferimento ai contratti in corso di esecuzione che a contratti non ancora perfezionati <sup>145</sup>; di conseguenza occorre verificare se il recesso, in simili contratti, operi sugli effetti di un contratto già concluso (c.d. tesi effettuale) ovvero come recesso *sui generis*, su un contratto in via di formazione che verrebbe a perfezionarsi solo se, spirato il termine, il consumatore decida di non avvalersi della facoltà di ritrattare (c.d. tesi procedimentale) <sup>146</sup>.

Invero, in dottrina si segnalano quattro diversi orientamenti.

Una parte degli studiosi colloca il diritto di pentimento nella fase esecutiva del contratto, configurandolo come rimedio volto ad incidere sul rapporto e non sull'atto *strictu sensu* inteso. A favore di tale orientamento

---

<sup>144</sup> Per un approfondimento sul tema si veda PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, cit. , 276, ove si sottolinea l'esigenza di individuare un termine decadenziale volto a limitare, sotto il profilo temporale il diritto di recesso. Ed infatti, un recesso *sine die* avrebbe l'inevitabile conseguenza di minare la certezza dei rapporti contrattuali, intralciando i traffici commerciali e pregiudicando così l'efficienza di un mercato concorrenziale.

<sup>145</sup> cfr. FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove Leg. Civ. Comm.*, 2014, 5, 969.

<sup>146</sup> In proposito v. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 956; nonché FARNETI, *Sub art. 64*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di Zaccaria e De Cristofaro, Milano, 2013, 535 e ss.;

milita il dato normativo, dal momento che gli artt. 55 e ss cod. cons. prevedono, in seguito all'esercizio del diritto di recesso, una serie di obblighi restitutori in capo alle parti. In quest'ottica, il recesso, operando su una fattispecie contrattuale già perfezionata, conclusasi nel momento in cui il consumatore ha accettato l'offerta, agisce sugli effetti del contratto come strumento di protezione della parte debole <sup>147</sup>.

Secondo un'altra impostazione il diritto di pentimento si collocherebbe nella fase di efficacia del contratto, giacché il recesso assumerebbe le caratteristiche di una *condicio iuris* sospensiva, subordinando gli effetti del negozio al mancato esercizio dello *ius poenitendi* <sup>148</sup>.

Un terzo orientamento, invece, colloca il diritto di recesso nella fase di formazione della fattispecie, sicché il contratto non può dirsi perfezionato finché non è spirato il termine per l'esercizio del recesso. In questi termini, il mancato esercizio dello *ius poenitendi* varrebbe come accettazione tacita per comportamento concludente dalla quale deriva la conclusione del contratto.

Infine, secondo un'ultima teoria il diritto di pentimento si inserirebbe nella fase prenegoziale di trattativa contrattuale. In tal caso, lo *ius poenitendi* assurgerebbe a recesso da contratto non concluso, operante al

---

<sup>147</sup> Per un'analisi in tema di recesso nei contratti di multiproprietà cfr. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in *Contr. Impr.*, 2011, 4-5, 1193 ss.

<sup>148</sup> Cfr. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, cit., 43 ss. ove si mette in evidenza che la tesi secondo cui il diritto di recesso opera come condizione sia essa sospensiva che risolutiva non convince pienamente. Ed infatti, da un lato vi è il rischio di incorrere nel divieto di condizioni sospensive meramente potestative ex art. 1355 c.c.; dall'altro si mette in luce che la condizione è un elemento accidentale della fattispecie, mentre nella disciplina consumeristica il recesso non è connotato dall'accidentalità, in quanto elemento essenziale nei contratti stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali. Il recesso in tali tipologie di contratti costituisce un elemento coessenziale, espressione di un potere irrinunciabile previsto dal legislatore a tutela della parte debole.



momento della proposta, tutelando maggiormente il consumatore e la sua libertà di autodeterminazione contrattuale <sup>149</sup>.

Dalla analisi suesposta si ricava un dato costante: la rilevanza che il recesso di pentimento assume nella peculiare fattispecie dei contratti dei consumatori. In questa prospettiva ricostruttiva il diritto di recesso è stato configurato come “*coelemento di qualificazione dell'intento negoziale*”, incidendo sull'accordo contrattuale e travolgendone gli effetti <sup>150</sup>.

Di conseguenza, sembrerebbe più corretta l'impostazione volta ad inquadrare il recesso nella fase funzionale del rapporto, al fine di rafforzare l'autonomia privata e l'autodeterminazione informata del consumatore.

## **8. La scelta del recesso nei contratti di durata**

Chiariti i tratti fisionomici, decisamente variegati, del recesso dal contratto, è necessario elaborare una riflessione mirata che abbia come obiettivo la tutela dell'interesse delle parti al fine di indagare sulle ragioni di fondo in forza delle quali una parte negoziale possa avere interesse ad optare per la soluzione della caducazione del contratto.

In primo luogo, non sembra trascurabile segnalare che la scelta dell'esercizio del diritto di recesso trovi un comprensibile fondamento nella tempestività e snellezza del meccanismo che “dovrebbe” consentirne l'utilizzo immediato in assenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

A titolo esemplificativo si richiamano i contratti relativi ad offerte commerciali con i consumatori ove il recesso determina l'azzeramento della pregressa vicenda contrattuale e consente con tempestività allo stesso consumatore, di rivolgersi senza indugi al mercato per poter perfezionare un

---

<sup>149</sup> Questa tesi deve fare i conti con il dato testuale, giacché il consumatore che esercita il diritto di recesso deve restituire la merce integra (art. 67 cod. cons.), in mancanza non può recedere e deve pagare il prezzo del bene.

<sup>150</sup> Per una analisi sul punto v. TOMMASINI, op.ult. cit., 49.

altro contratto. L'attribuzione del diritto di recesso rimette, infatti, alla libera determinazione del contraente più debole di poter operare una scelta assai rapida e priva di costi aggiuntivi <sup>151</sup>. Malgrado l'iniziale consenso contrattuale, la successiva scelta del recesso, sia pure nei termini previsti dalla legge o dallo stesso contratto, consente, quindi, l'immediato scioglimento del contratto, privilegiando l'opportunità di far cessare, in ogni momento, il rapporto contrattuale <sup>152</sup>.

Su un altro fronte, decisamente versato sul piano economico, la tecnica giuridica del recesso si dimostra vantaggiosa e ampiamente convincente, in coerenza con le leggi dello scambio e del mercato. Ed in verità riesce a dispiegare, rispetto ad altri strumenti quali la risoluzione o la rinegoziazione, una più incisiva e pregnante azione di tutela, tutta declinata in funzione della rapidità della soluzione finale dello scioglimento. L'atto di recesso costituisce in sé lo strumento dell'affermazione della libertà, trasparenza e concorrenzialità dei moderni mercati, nel segno di una funzione preventiva e di dissuasione.

Ed infatti, la circostanza che il recesso sia regolato *ex ante*, cioè al momento della stipula del contratto, consente indubbiamente di svolgere, sia pure in senso lato e implicito, una funzione di *astreintes*, volta ad evitare l'evenienza dell'inadempimento, rafforzando la spinta verso l'ottemperanza ai fini di un corretto ed esaustivo rispetto delle regole contenute nel contratto. In questa logica, appare utile evidenziare la finalità dissuasiva connaturata nella previsione del recesso. Senza trascurare, infine, che la pattuizione di una clausola di recesso è parimenti funzionale anche alla verifica dei contenuti sostanziali dell'offerta contrattuale nel suo

---

<sup>151</sup> V. sul punto SENIGAGLIA, *Gli effetti del recesso dal contratto a distanza o concluso fuori dai locali commerciali sui contratti accessori: dalla disposizione alla norma*, in *Contr. Impr.*, 2014,6.

<sup>152</sup> Cfr. ALCARO, BANDINELLI, PALAZZO, *op. cit.*, 132, ss.

complesso e in tutti i suoi profili, nonché all'eventuale valutazione e/o confronto tra più scelte negoziali <sup>153</sup>.

In linea generale e astratta, quindi, ove si predilige una maggiore velocità e speditezza nelle prassi negoziali, la soluzione del recesso, appare una modalità operativa apprezzabile.

Tuttavia, la diffusa esigenza, da parte della dottrina civilistica anche risalente al passato <sup>154</sup>, di elaborare tecniche di intervento più raffinate, suggerite dalla pratica e dalla superiore necessità di salvaguardia dei contratti di durata, non sempre si concreta nella scelta del recesso.

Non è dubitabile, infatti, che la soluzione del recesso potrebbe, per taluni contratti a lungo termine "o di lungo periodo" <sup>155</sup>, non rappresentare l'espedito ideale soprattutto al fine di gestire adeguatamente il rischio contrattuale, dal momento che in tali fattispecie contrattuali la funzione economica e l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata dello stesso <sup>156</sup>.

La tecnica del recesso, infatti, nei contratti tra imprese, si è tradizionalmente manifestato come strumento di abuso di dipendenza economica, in quanto l'affidamento sulla naturale prosecuzione del contratto - a tutela del quale viene tradizionalmente censurato

---

<sup>153</sup> Ad esempio nei contratti di prestazione d'opera professionale il recesso può essere liberamente esercitato dal cliente/committente, ma tale scelta, proprio in quanto affidata alla piena discrezionalità del recedente, comporta un costo al fine di mantenere indenne la sfera degli interessi e le attese economiche poste in essere dalla controparte. In questi termini, v. LAMICELA, *Tempo e fiducia nella disciplina del recesso dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali*, in *Contr. Impr.*, 2014, 4-5, 997.

<sup>154</sup> Ancor prima della vigenza del codice civile del 1942, cfr. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.. L'esigenza è fortemente avvertita dalla dottrina più recente. Cfr. GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 3 e ss.

<sup>155</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 14 e spec. alla nota n. 6 che richiama, sotto il profilo storico, le diverse tipologie contrattuali dei contratti di durata.

<sup>156</sup> Cfr. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 174.

l'abusivo recesso *ad nutum* - si radica sulla concreta aspettativa economica a non vedere frustrati i rilevanti investimenti, effettuati in vista dell'operazione contrattuale pattuita <sup>157</sup>.

Ed infatti, soprattutto nei contratti di durata tra imprese, gli interessi delle parti non sempre vengono adeguatamente tutelati dal diritto di recesso <sup>158</sup>. Si pensi, a titolo esemplificativo, al contratto di *factoring* e al recesso *ad nutum* esercitato dal *factor*: in tal caso, il cedente dovrebbe improvvisamente provvedere alla gestione ed organizzazione di delicate attività economiche e amministrative della propria impresa che erano state affidate al *factor* recedente <sup>159</sup>.

L'esigenza di garantire maggiore stabilità ai contratti di durata tra imprese è ampiamente tutelata nella disciplina del contratto di *franchising*<sup>160</sup>, ove all'art. 3, co. 3, della l. n. 129 del 2004 è espressamente

---

<sup>157</sup> Sul punto, v. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, 357 e ss. Secondo cui il rapporto non può essere risolto attraverso un recesso *ad nutum* fino a quando non sono stati recuperati gli investimenti specifici effettuati.

Non a caso, in relazione all'illegittimo recesso della banca dal contratto di conto corrente, uno dei pochi in casi, probabilmente, in cui è dato assegnare una autonoma valenza applicativa al generale principio di abuso di potere contrattuale, l'interruzione del rapporto contrattuale viene sanzionato come abusivo in quanto effettuato in maniera rapida e imprevedibile e quindi contrastante con il legittimo affidamento del cliente sulla base della normale evoluzione del rapporto contrattuale e della prassi commerciale: Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *I Contratti*, 2000, 111, con nota di DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*; Sul tema v. anche GALGANO, *Abuso del diritto, l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, 18 e ss.

<sup>158</sup> In questi termini MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI e VILLA, Bologna, 2008, 208. Con riferimento alla conflittualità tra imprese si trae il convincimento che nessuna delle tecniche di gestione del rischio in via convenzionale può ritenersi innocente o comunque immune dal rischio di prestarsi ex post all'abuso del contraente.

<sup>159</sup> Per una disamina sul punto v. SOLAVAGIONE, *Il contratto di factoring: recesso e risoluzione*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 1994, 855.

<sup>160</sup> Il franchising è un contratto necessariamente di durata in forza del quale un'azienda concede il diritto di commercializzare i suoi prodotti o servizi usando il suo nome o marchio ad un'altra azienda, dietro pagamento di un canone, v. art. 1 Legge n. 129/2004, il quale definisce l'affiliazione commerciale come «...il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o

previsto che l'affiliante dovrà garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento e comunque non inferiore a tre anni. Siffatta normativa è espressione della posizione di dipendenza economica in cui si trova l'affiliato, in quanto quest'ultimo realizza investimenti specifici "non suscettibili di rapida ed indolore riconversione a modalità di sfruttamento alternative"<sup>161</sup>. Ebbene, in tali ipotesi, il recesso non assurgerebbe a strumento di tutela delle parti, ma potrebbe costituire una minaccia, diretta o indiretta, di interruzione del rapporto<sup>162</sup>.

L'effetto distorsivo del recesso, a ben vedere, amplia i poteri del giudice sempre più spesso chiamato a verificare che dalla posizione di dipendenza economica non scaturisca un abuso che finisca per ledere la posizione della parte economicamente più debole. In quest'ottica si pone l'art. 9 della l. 192 del 1998, il quale sebbene contenuto in una legge avente portata settoriale riferita alla subfornitura, assume portata generale ed estesa in quanto idoneo a disciplinare tutti gli abusi di dipendenza economica che sorgono nei rapporti tra imprenditori.

Nell'ambito dei contratti tra imprese, peraltro, l'esigenza di garantire una stabilizzazione del rapporto, in ragione della debolezza di una parte contrattuale, si interfaccia con quella di assicurare la flessibilità del mercato, in vista della selezione delle scelte imprenditoriali più efficienti<sup>163</sup>.

---

*intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, know how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi».*

<sup>161</sup> COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Corr. Giur.*, 2004,853.

<sup>162</sup> Per un'analisi sul punto si veda FARINA, *Interruzione brutale del rapporto di Franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor*, in *Obbl. contr.*, 2011, 12, 806 ss. L'A. mette in luce che nei contratti di franchising la posizione di debolezza (*rectius*: dipendenza economica) in cui si trova l'impresa affiliata potrebbe dar vita alla strumentalizzazione del diritto di recesso, quale forma di estorsione post contrattuale in forza del quale l'affiliante potrebbe ottenere condizioni di contratto più vantaggiose.

<sup>163</sup> Cfr. *Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, (Rv. 606809)* in *CED* che distingue significativamente tra disparità di trattamento frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella

Per tali ragioni, lo snodo fondamentale dell'indagine è l'individuazione di una adeguata disciplina delle sopravvenienze, in quanto vengono in rilievo esigenze relative alla stabilità del rapporto, nonché al controllo di abusi e squilibri nell'assunzione del rischio contrattuale, sia nella fase genetica dell'accordo, che in quella della sua esecuzione.

Dalla superiore analisi emerge che nelle complesse operazioni commerciali, sempre più diffuse nei mercati nazionali e sovranazionali, l'esigenza di tutelare il contraente debole, inteso come impresa economicamente meno forte o in posizione asimmetrica, richiede l'individuazione di nuovi strumenti rimediali che siano in grado di gestire il rischio contrattuale derivante dal perdurare del rapporto.

Nella pratica, infatti, il principio ispiratore che dovrebbe sovrintendere tutte le operazioni commerciali funzionalizzate ad uno scambio di lunga durata, è indubbiamente quello rivolto ad una concreta ottimizzazione degli interessi in giuoco che non può (e non) deve trovare come unica soluzione quella del recesso.

In una logica complessiva appare utile operare una revisione critica dei tradizionali strumenti di gestione delle sopravvenienze, in quanto, soprattutto nei contratti a lungo termine, ove sussiste un'innegabile esigenza di tutela del vincolo contrattuale, gli interessi delle parti alla continuità del rapporto potrebbero trovare adeguata soddisfazione in una revisione dei termini originari di stipula, senza la necessità di intervenire con l'estinzione o la stipulazione di un nuovo contratto che inevitabilmente imporrebbe maggiori costi.

Il recesso, quindi, in presenza di sopravvenienze "atipiche", non disciplinate da appositi rimedi dal legislatore, non può essere considerato

---

controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali e disparità di trattamento come conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, che sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile o grandemente difficile reperire sul mercato adeguate alternative.

l'unico rimedio, attesa la sostanziale inidoneità del recesso a risolvere sopravvenienze che, nel segno della reciproca collaborazione tra le parti, potrebbero essere risolte attraverso una rivisitazione delle condizioni contrattuali.

In tale direzione, ferma la necessità di vagliare in concreto il peso e la portata delle vicende sopravvenute, è verosimilmente da privilegiare una preliminare fase di concertazione per scongiurare gli effetti del recesso, allo scopo di realizzare un risultato decisamente più apprezzabile ed economicamente più vantaggioso <sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Si pensi, a solo titolo esemplificativo, la convenienza per entrambe le parti, qualora i progressi dell'alta tecnologia conducessero a nuovi metodi e diversi processi produttivi, a rivedere: a) i termini di consegna dei prodotti; b) l'aumento o la diminuzione del prezzo di vendita; c) diversi e più aggiornati standard di esecuzione; d) i protocolli legati alle modalità di lavorazione. Orbene, si tratta di circostanze che, sebbene non previste né prevedibili al momento della stipulazione del contratto, depongono per una continuità, sia pure con le opportune rettifiche, del rapporto convenzionale tra le parti.

## **Capitolo III**

### **OBBLIGHI DI RINEGOZIAZIONE E GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLE NUOVE LOGICHE DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO**

1. La conservazione del negozio e i meccanismi di rinegoziazione. 2. Clausole negoziali di gestione delle sopravvenienze. 3. Individuazione delle fonti legali del c.d. obbligo di rinegoziare nel quadro del corretto funzionamento del mercato. 4. L'oggetto dell'obbligo. 5. Rimedi per l'inadempimento dell'obbligo: tutela risarcitoria e meccanismi esecutivi? 6. Le diverse fattispecie di rinegoziazione nell'evoluzione del sistema. 7. Il difficile rapporto tra diritto di recesso e obbligo di rinegoziazione

#### **1. La conservazione del negozio e i meccanismi di rinegoziazione**

L'inadeguatezza dei rimedi estintivi nei contratti di durata hanno indotto dottrina e giurisprudenza a ricercare strumenti di gestione delle sopravvenienze alternativi volti a garantire la continuità del rapporto, al fine di soddisfare l'interesse di entrambi i contraenti a proseguire nell'esecuzione del contratto.

Come già evidenziato, infatti, i contratti di durata vengono stipulati all'esito di articolate trattative tra le parti, per giungere ad accordi in forza dei quali ciascuna parte organizza e gestisce le proprie attività giuridiche ed economiche in funzione dell'altra e dello specifico rapporto che si è instaurato. Ne consegue che, al verificarsi di fenomeni perturbativi del sinallagma diventa necessario individuare rimedi di conservazione del negozio che mantengano in vita il contratto, adeguandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute.

La scelta verso soluzioni di tipo manutentivo del contratto appare, infatti, maggiormente in linea con gli interessi dei soggetti coinvolti nella vicenda contrattuale, in quanto consente alle parti di effettuare gli opportuni



“aggiustamenti” al contratto, giungendo a risultati efficienti sotto il profilo economico sia in termini di risparmio di spesa <sup>165</sup>, sia di incentivo per le parti affinché effettuino investimenti specifici senza intraprendere nuove contrattazioni <sup>166</sup>.

L’esigenza di riequilibrio e di conservazione è preminente nei rapporti contrattuali caratterizzati da operazioni negoziali complesse ove si instaura un rapporto fiduciario tra i *partner* contrattuali <sup>167</sup>. E’ il tipo di operazione economica e la tendenziale infungibilità dell’investimento che impongono alle parti soluzioni di tipo conservativo al fine di tutelare non solo quel determinato rapporto contrattuale, ma il mercato nel suo complesso <sup>168</sup>.

Invero, il legislatore ha previsto, all’interno del codice civile, strumenti conservativi di gestione delle sopravvenienze. A titolo esemplificativo si ricorda la disciplina in tema di appalto ex art. 1664 c.c. ove è disciplinata la revisione del prezzo al fine di consentire una ripartizione dei costi della sopravvenienza. A ben vedere, nel contratto di appalto, come avviene nei contratti tra imprese di lunga durata, emergono due profili rilevanti: a) il carattere infungibile della prestazione, in quanto avendo carattere

---

<sup>165</sup> Cfr. WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism*, London- New York, 1985, 20, il quale distingue tra costi transattivi *ex ante* e costi transattivi *ex post*. Nella prima categoria vi rientrano i costi di negoziazione, di formazione, stipulazione e salvaguardia del contratto. Nella seconda categoria vi rientrano i costi di gestione del rapporto al momento del verificarsi di sopravvenienze che incidono sull’equilibrio fissato *ex ante* dalle parti.

<sup>166</sup> MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, 282 ove si afferma che le soluzioni che guardano ad una realtà giuridica statica vengono superate da opzioni di tipo diverso, tese a valorizzare la prosecuzione del rapporto nel tempo e, di conseguenza, la natura dell’affare concretamente posto in essere dai contraenti.

<sup>167</sup> CESARO’, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 14. L’A. sottolinea che l’esigenza di gestire il rischio contrattuale e di controllare le sopravvenienze è stata avvertita soprattutto nel mercato internazionale, dove l’instabilità politica ed economica ha registrato dimensioni notevoli, condizionando operazioni di scambio concluse tra *partners* eterogenei.

<sup>168</sup> In dottrina si distingue nell’ambito degli strumenti conservativi quelli rimessi : 1) alla determinazione di un terzo; 2) alla determinazione consensuale delle parti; 3) alla determinazione unilaterale. Sul punto v. FICI, *op. cit.*, 46.

individuale i costi sostenuti per la realizzazione dell'opera non sono facilmente ricollocabili sul mercato; b) la posizione di subordinazione in cui si trova l'appaltatore nei confronti del committente <sup>169</sup>.

La volontà di realizzare a tutti i costi l'operazione economica, quindi, ha indotto gli operatori internazionali ad elaborare tecniche funzionali di gestione del rischio contrattuale, tra le quali rientra la rinegoziazione.

La rinegoziazione del contenuto del contratto, infatti, implica la massima collaborazione tra le parti al fine di preservare l'assetto di interessi diviso *ab origine*. Attraverso questo meccanismo è possibile fronteggiare sopravvenienze imprevedibili e rilevanti, riadattando il contratto tenendo conto delle nuove esigenze. In questi termini, il regolamento contrattuale, non va analizzato sotto un profilo statico, ma deve essere valutato come fattispecie flessibile, adattabile al sopraggiungere di circostanze modificative.

Il termine "rinegoziare" evoca il significato di rivedere il contratto, quindi, riaprire le trattative di un contratto già concluso <sup>170</sup>, in quanto opera nell'ambito della fase esecutiva del negozio.

La rinegoziazione è espressione di una fenomenologia giuridica <sup>171</sup>, dotata di sue peculiarità, avente diverse connotazioni e modalità operative, di origine legale o di fonte convenzionale, in quanto manifestazione delle

---

<sup>169</sup> La questione è stata approfondita da MAUCERI, *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, cit. 1110.

<sup>170</sup> BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma. Bari, 2006, IX.

<sup>171</sup> Come verrà chiarito nel prosieguo della trattazione la rinegoziazione è un meccanismo elaborato dalla dottrina, richiamato dalla normativa internazionale e, segnatamente, dai Principi *Unidroit*, dai Principi di diritto europeo dei contratti (redatti dalla Commissione Lando) e dal *Code européen des contracts*, ed infine applicato dalla giurisprudenza

più variegata modulazioni forgiate dall'autonomia privata, onde la necessità di declinare al plurale i meccanismi di rinegoziazione <sup>172</sup>.

In via preliminare, appare opportuno individuare la situazione giuridica soggettiva in cui si trova la parte (o le parti) tenuta(e) alla rinegoziazione. In particolare, si tratta di precisare se la rinegoziazione costituisca un vero e proprio obbligo per la parte o semplicemente un onere. La differenza tra le due situazioni giuridiche richiamate è di preminente importanza soprattutto con riferimento agli eventuali rimedi previsti per la controparte nel caso di mancata rinegoziazione.

L'obbligo è una situazione giuridica soggettiva passiva gravante su uno o più soggetti discriminati della collettività preordinato alla soddisfazione di un interesse altrui. Diversamente, l'onere è una situazione giuridica intermedia che, a differenza dell'obbligo, è rivolta a tutelare e a realizzare un interesse proprio. Di conseguenza, mentre la violazione dell'obbligo dà vita all'inadempimento, l'inosservanza dell'onere genera autoresponsabilità.

La rinegoziazione, tuttavia, non può essere intesa come strumento previsto esclusivamente nell'interesse della parte onerata. Ed infatti, la finalità cui mira la rinegoziazione è la conservazione del contratto tramite una modifica che tenga conto delle sopravvenienze e ripristini l'equilibrio originario nel rispetto degli interessi di entrambi i contraenti. Conseguentemente, la rinegoziazione, sia essa di fonte legale o negoziale, dà vita ad un vero e proprio obbligo giuridico il cui inadempimento genera responsabilità.

Sotto il profilo funzionale, invece, è importante individuare il tipo di efficacia dell'obbligo di rinegoziazione. Occorre, in particolare, verificare

---

<sup>172</sup> V. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 831, il quale mette in luce che il nostro ordinamento, a differenza di altri, non è del tutto indifferente al fenomeno delle sopravvenienze.

se l'accordo in cui sfocia la rinegoziazione abbia natura novativa e, quindi, efficacia estintivo-constitutiva, ovvero natura modificativa.

In via generale, la rinegoziazione dovrebbe determinare le modificazioni delle condizioni di un contratto precedentemente concluso senza intaccare il nucleo fondamentale di interessi. Conseguentemente, tramite la rinegoziazione, si ha un effetto meramente modificativo e non novativo, sicché il vincolo contrattuale rimane sempre quello originario, sebbene variato <sup>173</sup>.

La questione, invero, è stata affrontata dalla giurisprudenza con riferimento alla rinegoziazione di contratti derivati *sub specie swap* <sup>174</sup>. Sul punto, di recente i giudici di merito hanno abbandonato la precedente tesi del collegamento negoziale per avallare l'orientamento secondo cui la rinegoziazione degli *swap* implica una novazione oggettiva e ciò, invero, al fine di evitare che le invalidità che affliggono il primo *swap* si estendano anche al secondo contratto concluso per far fronte alla passività emergente dalla risoluzione anticipata del primo (<sup>175</sup>).

---

<sup>173</sup> Per un'analisi sullo specifico argomento, v. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 131.

<sup>174</sup> Cfr., Trib. Verona 25 marzo 2013, n. 709, in *Giur. commerciale*, 2014, 4, II, 719. E' solo il caso di precisare che in ordine ai contratti *swap*, è stato evidenziato come tali contratti derivati rientrino nella più ampia categoria della scommessa legalmente autorizzata, la cui causa, ritenuta meritevole dal legislatore dell'intermediazione finanziaria, risiede nella consapevole e razionale creazione di alee che, nei derivati c.d. simmetrici, sono reciproche e bilaterali. Orbene, secondo un'impostazione giurisprudenziale, fornita dal Tribunale di Cosenza del 18 giugno 2014, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24* "nell'ambito del contratto di *swap*, ciò che rileva ai fini della valutazione della sussistenza della causa in concreto, non è tanto e solo lo squilibrio dell'alea rispettivamente assunta, quanto la consapevolezza del contraente debole del differente livello di rischio assunto dalle parti. Il mero squilibrio delle alee assunte, infatti, non è di per sé motivo per ritenere assente la causa in concreto, ben potendo le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, consapevolmente stipulare un contratto di *swap* in cui una di esse si assume un rischio maggiore dell'altra. In tal modo, la causa risiede in una scommessa che entrambe le parti assumono, con la precisazione che nella scommessa legalmente autorizzata, come quella ritenuta meritevole di tutela da parte del legislatore finanziario, l'alea non può che essere razionale per entrambi gli scommettitori e ciò a prescindere dall'intento che ha determinato la conclusione del contratto, sia esso di mera copertura, ovvero speculativo".

<sup>175</sup> Cfr. Trib. Verona, *ult. cit.*, ove si afferma che gli *swap* rinegoziati rappresentano "entità distinte, ognuna delle quali dotate di una propria causa" legate tra loro da "un nesso economico la cui natura giuridica è alquanto controversa"; il Tribunale ha quindi ritenuto corretto ricondurre

Invero, attribuire alla rinegoziazione efficacia novativa ha delle ripercussioni di non poco peso sul piano pratico e giuridico. Si pensi ad esempio alla frequente rinegoziazione dei contratti di mutuo, ove l'attribuzione di una efficacia novativa imporrebbe lo scioglimento del precedente contratto e la nascita di uno successivo, con gravi conseguenze per la banca creditrice che nelle more abbia intrapreso una procedura esecutiva. In tal caso, infatti, l'istituto di credito non potrà più avvalersi del mutuo originario come titolo esecutivo, perdendo il potere di proseguire l'azione esecutiva<sup>176</sup>.

Sulla base di tali premesse, appare condivisibile l'orientamento della dottrina volto a valorizzare il caso concreto, al fine di verificare se, in quella determinata fattispecie, la volontà delle parti possa rientrare nella rinegoziazione *strictu sensu* intesa con effetti non novativi. Sotto questo profilo occorre verificare se la rinegoziazione abbia ad oggetto gli elementi costitutivi dell'accordo principale ovvero meramente accessori. Ed infatti, parte della dottrina ritiene che il mutamento del tasso di interesse nonché la modifica del termine di adempimento nel contratto di mutuo non abbiano natura novativa, in quanto comportano una variazione meramente esecutiva- quantitativa,<sup>177</sup>.

---

la rinegoziazione dei derivati all'istituto della novazione oggettiva, con la conseguenza che fra gli swap rinegoziati non sono più trasmissibili le cause di invalidità.

<sup>176</sup> La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza in tema di fallimento (in motivazione: la maggior somma, proprio perchè dipendente dalla rinegoziazione, è stata ritenuta dal giudice delegato e quindi dal Tribunale, in sede di giudizio di opposizione allo stato passivo, come l'effetto della novazione dell'obbligazione originaria che in quanto tale richiedeva l'iscrizione ipotecaria. La ricorrente invece imposta il motivo di ricorso contestando in generale la necessità dell'annotazione, a margine dell'iscrizione ipotecaria, nel caso della rinegoziazione di un mutuo ipotecario il cui contenuto consista in un accordo modificativo della sola tempistica dei pagamenti).

<sup>177</sup> Per una analisi sul punto cfr. MACARIO, *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, in *Atti del convegno Paradigma: il contratto di mutuo nella manovra " liberalizzazioni "*, 2007, 13.

Tali considerazioni, tuttavia, non possono valere quando il termine assurga ad elemento caratterizzante la prestazione o si identifichi nello schema causale di quella data operazione negoziale <sup>178</sup>.

A sostegno delle suesposte considerazioni si segnala la Finanziaria del 2008 ( art. 2 l.244/2007) la quale “nel prevedere la possibilità di perfezionare la rinegoziazione senza intervento del notaio”, evidentemente non ritiene necessaria l’annotazione a margine dell’iscrizione ipotecaria <sup>179</sup>. La normativa in esame, infatti, statuisce, in un ottica di semplificazione della procedura bancaria e di contenimento dei costi, che l'accordo mediante il quale viene pattuita la rinegoziazione possa essere stipulato, senza spese per il debitore, anche in forma di scrittura privata non autenticata e quindi senza necessità dell'intervento di un notaio. Invero, la possibilità di stipulare la rinegoziazione mediante atto ricevuto o autenticato da notaio potrebbe derivare, dall'esigenza di procedere all'annotazione della modifica del piano di ammortamento a margine dell'iscrizione dell'ipoteca concessa a garanzia del finanziamento. Emerge, quindi, che il legislatore del 2008 abbia riconosciuto alla rinegoziazione una efficacia non novativa, poiché tale atto non incide sulla struttura del rapporto né sugli elementi che attengono all'iscrizione ipotecaria <sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> TATARANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003, 61.

<sup>179</sup> Cfr. Cass., 28 settembre 2016, n. 19197, in il *caso.it*, “*In caso di rinegoziazione del mutuo, tutte le modifiche del rapporto sono soggette a iscrizione quando incidono sulla porzione del bene assoggettato a vincolo reale e aggredibile a garanzia del credito privilegiato. Gli interessi sono garantiti e collocati al medesimo grado del credito quale accessorio, in ragione della originaria individuazione del credito garantito e delle relative annualità*”.

<sup>180</sup> Ci si interroga, inoltre, se la rinegoziazione del tasso di interessi di un finanziamento ipotecario, debba essere oggetto di annotazione ipotecaria e con quali effetti. L’annotazione, sebbene non obbligatoria, appare opportuna, andando ad incidere la modifica dei tassi su uno degli aspetti principali della garanzia ipotecaria e pertanto coinvolgendo gli interessi del creditore ipotecario e dei terzi. La modifica del tasso di interesse, quale modificazione accessoria dell'obbligazione, non ne comporta novazione (art. 1231 c.c.). Si consideri l'art. 38 del D.lgs. 385/1993 secondo il quale in caso di mutuo fondiario e successiva erogazione, la modifica degli interessi al momento dell'erogazione fa collocare nello stesso grado dell'ipoteca il nuovo ammontare di interessi. Sul punto Cfr. RINALDI, *La rinegoziazione del mutuo tra le parti contraenti*, in *La nuova disciplina*

## 2. Clausole negoziali di gestione delle sopravvenienze

La rinegoziazione dei termini contrattuali “*può dipendere o prescindere da una preesistente clausola contrattuale*”<sup>181</sup>.

I contraenti possono scegliere, nell’esercizio dell’autonomia privata, di gestire le sopravvenienze con rimedi volti a salvaguardare e a conservare il rapporto contrattuale. Si tratta di clausole di rinegoziazione inserite nel regolamento contrattuale, al fine di fronteggiare sopravvenienze diverse rispetto a quelle prese in considerazione a livello normativo, controllandole e garantendo la continuità e la regolarità dell’esecuzione del contratto.

Le parti, quindi, optano per la modifica convenzionale del contratto al fine di neutralizzare gli eventi perturbativi che minano la stabilità del negozio.

A seconda del contenuto, più o meno specifico, si distinguono clausole di adeguamento e di rinegoziazione<sup>182</sup>. Nelle prime, i contraenti predeterminano *ex ante*, sia la tipologia dell’evento sopravvenuto, sia i parametri e i valori che devono essere osservati dalle parti per la modifica del regolamento contrattuale. In tal caso, la modificazione del contratto è frutto di un’operazione di calcolo sulla base di un parametro prescelto dai contraenti<sup>183</sup>. Non occorre, quindi, un’attività decisionale ulteriore, giacché

---

*dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria Atti del Convegno tenutosi a Milano 12 Giugno 2009 (N. 4/2009).*

<sup>181</sup> Così testualmente DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, n. 3, spec. p. 801 e 802.

<sup>182</sup> Per una disamina sul punto cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 169 ss.

<sup>183</sup> Cfr. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 414 ss., ove si precisa che le clausole di adeguamento automatico di indicizzazione e di revisione non possono essere qualificate clausole di rinegoziazione *tout court*. Ed infatti, tramite tali clausole le parti provvedono già al momento della conclusione del contratto a regolare gli effetti dell’evento.

le modalità di ripartizione del rischio sono immediatamente operanti al verificarsi dei presupposti descritti nel programma negoziale<sup>184</sup>.

Tali tipologie di clausole, sebbene riducano il rischio di contrasti tra le parti e di intervento del giudice, non garantiscono il mantenimento in vita del contratto, giacché avrebbero un campo di applicazione piuttosto ristretto, limitato agli eventi perturbativi presi in considerazione *ab origine* dai contraenti. Ed infatti, l'indicazione -pur analitica- delle sopravvenienze non esaurirebbe tutte le circostanze modificative imprevedibili *ex ante*, ma concretamente verificabili.

Viceversa, è possibile pattuire generiche clausole di rinegoziazione dalle quali emerga la necessità di modificare il contenuto del contratto per adeguarlo alla sopravvenienza. In particolare, vi possono essere clausole predeterminate soltanto in ordine alla tipologia di evento sopravvenuto; clausole che individuano i parametri e i valori che devono essere osservati dalle parti nel corso del procedimento di rinegoziazione; ed infine clausole generiche sia in ordine al contenuto che al procedimento di rinegoziazione<sup>185</sup>.

La predisposizione di simili clausole, tuttavia, sebbene sia idonea a ricomprendere un'ampia tipologia di sopravvenienze, presenta notevoli inconvenienti, dal momento che l'estrema genericità della clausola potrebbe creare incertezza in ordine al *quando* e al *quomodo* della rinegoziazione,

---

<sup>184</sup> Varie clausole rientrano nell'alveo delle clausole di adeguamento: le clausole che rinviando la precisa determinazione dell'oggetto ad un momento successivo alla sua conclusione (nella fideiussione per debiti futuri), le clausole di adeguamento automatico con cui si adattano le prestazioni di natura pecuniaria al mutato potere di acquisto della moneta (clausole di indicizzazione, con cui si fa corrispondere il valore della prestazione pecuniaria al corrispettivo dell'obbligazione dedotta in contratto, clausole monetarie), l'indicizzazione convenzionale dei canoni delle locazioni non abitative, la rideterminazione automatica della durata e della consegna nell'appalto privato e pubblico.

<sup>185</sup> Alle diverse tipologie di clausole corrisponde una diversa determinazione dell'autonomia contrattuale che avrà ripercussioni, in particolare, sotto il profilo dei rimedi nell'ipotesi in cui una parte non dovesse adempiere all'obbligo di rinegoziazione. Sul punto v. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 5, p. 1919.



rendendo necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria al fine di dirimere eventuali liti, con conseguente interruzione del rapporto contrattuale per tutta la durata della vicenda processuale. A ciò si aggiunga che la genericità e la indeterminatezza della clausola potrebbe dar vita ad abusi<sup>186</sup>, in quanto, l'assenza di sopravvenienze tipizzate potrebbe indurre la parte obbligata a strumentalizzare la rinegoziazione per rideterminare il contenuto del contratto, al fine di renderlo per sé più conveniente ovvero, al contrario, vanificarne gli effetti proponendo una modifica del contratto sostanzialmente ininfluenza rispetto all'originario equilibrio o ancora completamente irragionevole tale da impedire di fatto la negoziazione del regolamento contrattuale<sup>187</sup>.

La predisposizione di clausole convenzionali, espressione dell'autonomia contrattuale, deve necessariamente essere valutata alla luce dei criteri fissati dall'art. 1322, co. 2, c.c.

Sarà necessario, quindi, accertare la meritevolezza dell'interesse alla prosecuzione del rapporto, tramite l'utilizzo di clausole che antepongono la conservazione del contratto all'operatività delle regole legali della cessazione del vincolo contrattuale (<sup>188</sup>).

In via generale, si ritiene che le clausole di rinegoziazione superino il vaglio della meritevolezza in quanto espressione di un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico alla conservazione del vincolo contrattuale. Sono molteplici, infatti, le ipotesi in cui il legislatore prevede come soluzione preferibile la conservazione del contratto e solo in

---

<sup>186</sup> CESARO', op. cit., 128

<sup>187</sup> Sul punto CESARO' , op. cit., 55 e ss. il quale ha evidenziato che nell'ambito di clausole di rinegoziazione generiche occorre tenere presente che la regola della buona fede ex art. 1375 c.c. sarebbe in grado di colmare le lacune e di determinare il contenuto e le modalità dell'obbligo rinegoziativo.

<sup>188</sup> Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 333.

via subordinata predispone l'utilizzo di strumenti caducatori (<sup>189</sup>). Dalla ricostruzione del sistema dell'intero quadro normativo, quindi, emerge la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la clausola di rinegoziazione, perché volta a valorizzare e preservare la finalità dell'assetto negoziale tramite la conservazione e l'adeguamento del rapporto contrattuale, alle vicende sopravvenute.

La valutazione in ordine all'ammissibilità o meno di clausole di rinegoziazione va, inoltre, esaminata con riguardo alla qualificazione soggettiva ed alla posizione delle parti coinvolte nella contrattazione. In particolare, le clausole di rinegoziazione, sebbene meritevoli di tutela, potrebbero essere sottoposte a controllo di vessatorietà e di abusività ove in concreto determinino uno squilibrio di diritti e di obblighi o siano la risultanza di abusi di posizioni dominanti o di condotte prevaricatrici <sup>190</sup>.

In tal caso, l'eventuale giudizio di abusività della clausola di rinegoziazione determinerebbe un'ipotesi di nullità parziale che investe la singola clausola, senza inficiare la validità del contratto <sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Sul punto si rinvia alle ipotesi richiamate nel prosieguo ove da una lettura di sistema si ricaverebbe una fonte legale dell'obbligo di rinegoziazione.

<sup>190</sup> La clausola di rinegoziazione, infatti, potrebbe essere pattuita in modo tale da creare una situazione di squilibrio di diritti e di obblighi tra le parti, prevedendo ad esempio che l'obbligo di rinegoziazione gravi solo sulla parte debole del contratto, ovvero predisporre che l'obbligo sorga in presenza di determinate condizioni tali da determinare una posizione di vantaggio a favore di una delle parti.

<sup>191</sup> In tema di nullità parziale v. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, cit., p. 53 ss., ove si mette in luce che la nullità parziale è gradualmente divenuta la regola, in ossequio al principio generale di conservazione dell'autonomia privata. V. anche LA ROSA, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contr. e impr.*, 4-5, 2014, 956 ove si mette in luce che la nullità parziale risponde ad una esigenza di conservazione del contratto e alla necessità della sua integrazione con la disciplina abusivamente derogata.

### **3. Individuazione delle fonti legali del c.d. obbligo di rinegoziare nel quadro del corretto funzionamento del mercato.**

Più problematica è invece l'individuazione della fonte legale della rinegoziazione, atteso che non esiste, all'interno del codice civile, una norma di carattere generale che esplicitamente riconosca un simile meccanismo.

Premesso che la rinegoziazione, sotto il profilo delle situazioni giuridiche, dà vita ad un vero e proprio obbligo, occorre indagare se dal sistema sia ricavabile una fonte legale in cui tale situazione possa trovare fondamento.

Sul punto, parte della dottrina ritiene che la rinegoziazione trovi fondamento sulla base di una lettura sistematica delle norme del codice e della legislazione speciale. Innanzitutto occorre fare riferimento all'art. 1467, co.3, c.c. nella parte in cui consente alle parti di evitare lo scioglimento del rapporto tramite l'offerta di riduzione ad equità<sup>192</sup>. Ulteriori indicazioni sono, invece, rinvenibili in discipline settoriali. E' il caso dell'art. 1664 c.c. in materia di appalto, che ammette, in caso di variazione del corrispettivo oltre un decimo, la revisione del prezzo originariamente pattuito; principio analogo è previsto nei contratti di affitto, ove l'art. 1623 c.c. riconosce alle parti la possibilità di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto. In tema di mandato, l'art. 1710 sulla diligenza del mandatario dà rilevanza alle sopravvenienze, giacché prevede che: *“il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le*

---

<sup>192</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 295 ss: “la rinegoziazione, dunque, ove non sia l'effetto dell'accordo originario, che preveda apposite clausole destinate ad operare durante l'esecuzione del contratto anche indipendentemente dalle sopravvenienze, diventa un effetto legale nascente dalla legge nell'ipotesi prevista dall'art. 1467 comma 3 c.c.”.

*circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato”*<sup>193</sup>.

La rinegoziazione è altresì prevista per i contratti di finanziamento ove la l. 24 luglio 2008, n. 126 predispone la rinegoziazione dei mutui a tasso variabile stipulati anteriormente al 29 maggio 2008 e finalizzati all’acquisto, costruzione e ristrutturazione della abitazione principale. Ancora, si ricorda la disciplina delle locazioni di immobili ad uso abitativo (art. 2 l. n. 431 del 1998) ove è riconosciuto alle parti, alla seconda scadenza del contratto, il diritto di attivare la procedura per il rinnovo a nuove condizioni. Rilevante è altresì la previsione *ex art. 3, comma 5, L. n. 192/92*, in materia di subfornitura. La norma statuisce che, qualora vengano apportate significative modifiche e varianti dalle quali deriva un aumento dei costi, il subfornitore ha diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto. Ulteriori ipotesi sono, infine, previste nel settore dei contratti pubblici ove emerge una disciplina più elastica al fine di meglio soddisfare l’interesse pubblico<sup>194</sup>.

Un diverso percorso argomentativo, invece, prende le mosse dalla valorizzazione dell’articolo 1374 c.c. e, segnatamente, dall’integrazione del contratto secondo equità, stante il suo obiettivo di riequilibrare i rapporti contrattuali<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Si ricorda anche. l’art. 1561 c.c. in materia di somministrazione il quale prevede che se la prestazione ha carattere periodico e il prezzo deve essere determinato secondo le norme dell’articolo 1474 c.c. si ha riguardo “al tempo della scadenza delle singole prestazioni e al luogo in cui queste devono essere eseguite”. Si ammette, quindi, che la determinazione del corrispettivo sia fatta con riferimento al tempo ed al luogo stabiliti per l’esecuzione del contratto, così da consentire che sia assicurata la variabilità del contratto in corso di esecuzione. In tema di assicurazione gli artt. 1897 regola le conseguenze della modificazione del rischio: legittimando l’assicurato a pagare un premio minore (sempre che l’assicuratore non preferisca recedere dal contratto).

<sup>194</sup> Sul punto cfr. l’art. 106 d.lgs. n. 50 del 2016, rubricato “modifica dei contratti durante il periodo di esecuzione”, nonché l’art. 1, co. 13, d.l. 95 /2012.

<sup>195</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 312 ss. Occorre precisare che nella graduatoria dei principi di portata generale l’equità è collocata all’ultimo posto in ordine di importanza, costituendo un mero criterio integrativo e/o sussidiario.

L'orientamento dominante, tuttavia, ritiene che la fonte dell'obbligo di rinegoziazione sia da rinvenire nella regola della buona fede contrattuale, quale corollario del più ampio dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*

Si tratta, a ben vedere, della buona fede in senso oggettivo in base alla quale le parti devono comportarsi in modo leale e corretto in tutte le fasi del contratto, nel corso delle trattative, della conclusione ed esecuzione del rapporto, nonché in sede di interpretazione del contratto (artt. 1175, 1375, 1366 c.c.).

La funzione integrativa della buona fede determina, infatti, in capo alle parti vincoli ulteriori e comportamenti protesi a garantire la salvaguardia delle rispettive posizioni giuridiche, indipendentemente da qualsiasi previsione convenzionale, con il solo limite dell'apprezzabile sacrificio <sup>196</sup>.

La buona fede, in quest'ottica, assurgerebbe a fonte di un diritto-dovere di rinegoziare che opera come regola di comportamento, consentendo un controllo sull'equilibrio negoziale, attraverso il riconoscimento di un dovere reciproco di collaborazione che caratterizza il rapporto obbligatorio <sup>197</sup>. Gli obblighi di rinegoziare sono stati, più in

---

Tant'è che in materia di valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.* il giudizio di diritto, com'è noto caratterizzato dalla c.d. "equità giudiziale correttiva od integrativa", è pur sempre subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile per la parte interessata provare il danno nel suo preciso ammontare, quindi, nella sua consistenza economica. Da qui la valenza residuale o meramente suppletiva del principio generale dell'equità che non esonera affatto la parte stessa dal fornire gli elementi probatori e i dati di fatto dei quali possa ragionevolmente disporre, "*affinché l'apprezzamento equitativo sia per quanto possibile ricondotto alla sua funzione di colmare solo le lacune insuperabili nella determinazione dell'equivalente pecuniario del danno stesso*" Cfr., *ex pluribus*, Cass., 07 giugno 2007, n. 13288, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 6.

<sup>196</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 358 ove si precisa che "nella vicenda della rinegoziazione, possono essere individuati almeno: a) l'obbligo di instaurare i contratti e proseguirli correttamente; b) l'obbligo di fornire le informazioni rilevanti cui la controparte non ha accesso agevolmente; c) l'obbligo di riservatezza rispetto alle informazioni acquisite durante la rinegoziazione.

<sup>197</sup> Si sottolinea che anche per la parte avvantaggiata dalla sopravvenienza si ravvisa un interesse alla prosecuzione del rapporto ridefinito, a fronte delle impreviste turbative sopraggiunte, in quanto attraverso la rinegoziazione viene assicurata l'effettività della prestazione e, di converso, limitato il rischio di una totale o parziale inadempienza imputabile alle difficoltà nelle quali si trova la parte pregiudicata da fattori sopravvenuti

generale, ricondotti nella clausola di solidarietà sociale, ex art. 2 Cost., la quale, intesa in senso immediatamente precettivo, impone alle parti di comportarsi in modo solidale innanzi alle sopravvenienze che possono turbare l'originario equilibrio contrattuale. Ricondurre l'obbligo di rinegoziazione ad un principio di rango costituzionale, quale appunto l'art. 2 Cost. impone, dunque, l'esigenza di bilanciare contrapposti interessi e, pertanto, in caso di conflitto la rinegoziazione può facilmente prevalere su altri diritti, qualora siano privi di un'analogia rilevanza costituzionale <sup>198</sup>.

Tale ricostruzione, tuttavia, non è unanimemente condivisa dalla dottrina.

Una prima perplessità deriva dalla constatazione che nel nostro ordinamento vige il principio di libertà contrattuale, in forza del quale le parti sono libere di determinare il rapporto economico tra le rispettive prestazioni. Ed infatti, ad eccezione delle patologie prese in considerazione nella disciplina della rescissione, l'ordinamento consente il sorgere di rapporti economicamente squilibrati. Sotto questo profilo, quindi, sembrerebbe contraddittorio l'atteggiamento del legislatore che da un lato non impedisce il sorgere di siffatti rapporti, e dall'altro lato interviene *ex post*, in presenza di sopravvenienze, al fine di ripristinare l'equilibrio contrattuale (<sup>199</sup>). Tale obiezione, tuttavia, appare superabile ove si consideri che il meccanismo manutentivo dell'obbligo di rinegoziazione non ha come obiettivo quello di imporre un contratto equo in astratto, bensì di ripristinare l'equilibrio originario voluto dalle parti nel rispetto dell'autonomia privata. D'altra parte l'obbligo di rinegoziazione non deriva da un controllo ordinamentale sull'originario equilibrio economico del

---

<sup>198</sup> BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto Europeo*, Torino, 2002, p. 305.

<sup>199</sup> Per un'analisi sul punto v. D'ARRIGO, *op. cit.*, 545.

contratto, ma rimette all'autonomia delle parti la fissazione dei contenuti e delle nuove modalità contrattuali adeguandole ai fattori sopravvenuti.

Ulteriori dubbi derivano dalla funzione dell'obbligo legale di buona fede (<sup>200</sup>). Sul punto, si sottolinea che l'art. 1375 c.c. è idoneo a conferire rilevanza a pretese dei contraenti aventi natura strumentale o accessoria rispetto agli interessi fondamentali dedotti in contratto. La buona fede sarebbe, quindi, una regola di comportamento limitata ai profili esecutivi dell'adempimento e, pertanto, non potrebbe fungere da fondamento in base al quale pretendere di rideterminare il contratto ove siano venute meno le condizioni originarie che rendevano utile ad un contraente la prestazione dell'altro<sup>201</sup>.

In quest'ottica, la buona fede non può essere considerata quale valido strumento volto a ridistribuire, tramite l'obbligo di rinegoziazione, variazioni qualitative che attengono a interessi fondamentali considerati dalle parti ai fini della conclusione del contratto<sup>202</sup>.

Invero, non è possibile utilizzare in astratto il paradigma della buona fede come strumento per procedere *tout court* a forzate variazioni

---

<sup>200</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione del dato normativo, della dottrina e della giurisprudenza in materia cfr. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611 ss.; Id., *Accordo delle parti*, cit., p. 744. Nell'interpretazione ed integrazione della volontà dei contraenti, peraltro, si discute sul ruolo della qualificazione del negozio. In tema cfr. ancora ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 1150, il quale sottolinea che nella soluzione delle controversie i giudici non fanno altro che decidere in merito alla distribuzione del rischio contrattuale tra le parti. In caso di contratti atipici «la giurisprudenza distribuisce il rischio prevalentemente mediante la scelta del "tipo contrattuale". Con la scelta del tipo si pregiudica, già ab origine, il piano di distribuzione dei rischi tra le parti». Nel senso che il tipo potrebbe rappresentare un ostacolo concettuale per l'individuazione della normativa da applicare in concreto, PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 568. Sul ruolo del principio di correttezza e buona fede nell'integrazione della volontà negoziale, cfr. per tutti RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 125 ss.

<sup>201</sup> A titolo esemplificativo si fa riferimento alle modalità di esecuzione della prestazione. Sull'idoneità solutoria del pagamento fatto a mezzo di assegno circolare cfr. Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Banca Dati De Jure*; in dottrina v. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 1998, p. 17.

<sup>202</sup> Sul punto cfr. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obblighi di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2003, p. 487.

dell'assetto negoziale voluto dalle parti. Si tratta di una tesi che, per quanto suggestiva e rispettosa dell'interesse effettivo delle parti, deve fare i conti con una serie di obiezioni che, in estrema sintesi, si traducono nelle perplessità nascenti dall'attribuzione al giudice di incisivi poteri di ingerenza nella sfera di autonomia privata cui è riservata la definizione del contenuto del regolamento contrattuale <sup>203</sup>.

L'apprezzabile sforzo ermeneutico operato dalla dottrina, infatti, trova due evidenti limiti: a) in primo luogo i dati materiali e oggettivi riguardanti il contenuto dei contratti, che potrebbero non consentire integrazioni ed aperture evolutive <sup>204</sup>; b) in secondo luogo, vi è il rischio di attribuire una eccessiva discrezionalità ai giudici, non sempre concilianti con una visione dell'equità e della buona fede come fonti di integrazione e di adeguamento del contratto<sup>205</sup>. A ben vedere, i giudici hanno sempre mostrato un'eccessiva cautela rispetto all'applicazione dei principi generali del nostro ordinamento, in quanto poco inclini a soluzioni evolutive sul contenuto del contratto, proprio in ragione del necessario bilanciamento degli interessi contrapposti delle parti e del rispetto dell'autonomia privata.

---

<sup>203</sup> In caso di violazione della clausola di negoziazione, infatti, si dovrebbe invocare l'intervento del giudice che dovrebbe obbligare le parti a rinegoziare. Ove le parti si impegnassero nelle trattative secondo buona fede ma non raggiungessero un'intesa, il problema si sposterebbe sulla individuazione del rimedio. Sulle clausole di rinegoziazione cfr. per tutti MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 714 ss.; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 81. Cfr. inoltre ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1047 il quale sottolinea che «sia che l'obbligo di rinegoziazione abbia fonte contrattuale (clausola di rinegoziazione), sia che abbia fonte legale (buona fede adeguatrice), si apre un problema per il caso d'inadempimento dell'obbligo: posto che chi rifiuta di rinegoziare, o rinegozia contro buona fede, è inadempiente, qual è il rimedio contro il suo inadempimento?».

<sup>204</sup> Per una classica impostazione della problematica, cfr. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 77 ss.

<sup>205</sup> Sullo specifico punto mi sia consentito di non condividere in pieno l'ottimistica visione di MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 150 che, pur nell'apprezzabile sforzo di pervenire ad una conservazione del contratto nel senso della possibilità giudiziale della ridefinizione delle regole, approda all'incerta area della discrezionalità che non è affatto detto che equivalga “*alla modifica del contratto rispetto all'originario regolamento*”.



Ulteriore fondamento dell'obbligo di rinegoziazione, infine, potrebbe pervenire dai nuovi percorsi della causa che, nella prassi concreta - intesa quale scopo essenzialmente pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato - *“conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio, assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra”*<sup>206</sup>.

In altri termini, proprio nella fase dell'esecuzione dei contratti di durata, non sembra sia possibile una prospettazione aprioristica e in termini di principi astratti e generali del diritto, attesa la necessità di una valutazione in concreto delle singole fattispecie sottoposte al vaglio del giudice.

Dall'analisi suesposta deriva che il dilemma iniziale della rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo<sup>207</sup> non è risolvibile *ex ante*, atteso che l'indubitabile riconoscimento della funzione economico-sociale dei contratti, nonché la vocazione dei medesimi ad essere riconfigurati alla stregua dei principi di correttezza, buona fede ed equità, deve pur sempre transitare attraverso un'opportuna e quanto più oggettiva possibile valutazione del caso concreto e da un'analisi sistematica del contesto complessivo dell'operazione negoziale<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Il corsivo riporta gli estremi di una recente sentenza della prima sezione civile della Cassazione. Nella specie la S.C., essendo intervenuta una compravendita di titoli mobiliari tra istituti di credito, ha ritenuto che non potesse attribuirsi rilievo causale alla finalità della banca acquirente di rivendere i titoli alla propria clientela comune anziché ad investitori professionali, in assenza di prova che tale circostanza fosse stata oggetto di condivisione tra i contraenti, quindi, escludendo ogni soluzione evolutiva e dinamica rispetto all'originario assetto degli interessi delle parti, cfr. Cass., 16 maggio 2017, n. 12069, in *Giust. Civ. massimario*, 2017.

<sup>207</sup> Sulla configurabilità nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziazione contrattuale, cfr. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo per le parti*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, n. 6, spec. p. 450 ss.

<sup>208</sup> V. anche DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 3, p. 392. L'A. specifica che *“la varietà delle tipologie di rinegoziazione ha indotto alcuni studiosi a negarne la natura di istituto giuridico, ma a delinearne la figura come una fattispecie empirica che:*

Soluzione maggiormente condivisibile sembrerebbe allora quella volta a riconoscere nei contratti di durata la sussistenza di un obbligo legale di rinegoziazione in forza dei principi generali di conservazione del contratto ricavabili dal sistema e della buona fede<sup>209</sup>. Si tratta di condividere un principio generale di potenziale revisione del contratto<sup>(210)</sup> che, senza intaccare i corollari dell'art. 1322 c.c., consenta di valutare, anche sulla base della clausola *rebus sic stantibus*, l'opportunità di riequilibrare le prestazioni.

D'altro canto, il nostro ordinamento, in materia di risoluzione per sopravvenuta onerosità, prevede un sistema simile alla rinegoziazione. Ed infatti, la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 1467 c.c. che nella sua espressione testuale - *la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto* - introduce un potenziale sistema di contemperamento dei diversi interessi, nell'auspicabile logica di una cooperazione tra le parti alla sopravvivenza del contratto. Dal richiamo suesposto si deduce la volontà del legislatore di accoppiare costantemente "*il rimedio della revisione a quello dello scioglimento del contratto*"<sup>211</sup>, segnatamente per le variazioni qualitative, al fine di garantire il superiore interesse alla conservazione del contratto,

---

(i) può essere avviata per libera iniziativa delle parti senza un precedente accordo; (ii) può essere disposta ex lege (raramente); (iii) può trarre origine dall'autonomia contrattuale, come per l'adeguamento, con l'inserimento nello schema contrattuale di una clausola con cui le parti si impegnano a rinegoziare le condizioni del contratto al verificarsi di determinati eventi, anche indipendentemente dal disallineamento delle prestazioni; (iv) può essere conseguenza di un c.d. obbligo di rinegoziare".

<sup>209</sup> Cfr. in questi termini MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320.

<sup>210</sup> Anche sul piano di una necessaria precisazione terminologica e del significato da dare alla revisione del contratto, cfr. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Torino, 1989, p. 104 ss.

<sup>211</sup> Sempre MAUCERI, *op. ult. cit.*, p. 1100.

specie in ottemperanza ad obbiettivi principi di economicità e produttività della scelte <sup>212</sup>.

Invero, la rinegoziazione, a differenza del rimedio previsto dall'art. 1467 c.c., esige un nuovo apprezzamento dell'assetto delle situazioni dedotte in contratto, implicando manifestazioni di volontà decisionali volte a riformare parti del contenuto dell'accordo originario, all'esclusivo fine di prefigurare un bilanciamento tra opposte esigenze di variazione del contratto e avviare un equilibrato sistema di gestione del rischio legato alle sopravvenienze. In questa prospettiva la disciplina del contratto si intreccia con quella del mercato, ove la particolare situazione di crisi degli ultimi anni e l'esigenza del suo superamento hanno determinato la diffusione di regole intese a preservare i rapporti, al fine di assicurare una continuità nell'attività imprenditoriale a tutela degli interessi individuali di creditori e fornitori, nonché del più ampio ventaglio di valori connessi all'impresa stessa e, quindi, al mercato in generale.

#### **4. L'oggetto dell'obbligo**

La configurazione di un obbligo di rinegoziazione di fonte convenzionale e/o legale ricavabile dal sistema rende necessaria una ulteriore indagine volta ad individuare il suo ambito di operatività, al fine di verificare se lo stesso si esaurisca nell'obbligo di trattare o se, viceversa, imponga un vero e proprio obbligo di raggiungere l'accordo e, quindi, un vero e proprio obbligo a contrarre <sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Sull'argomento si rinvia al saggio di GABRIELLI, *Offerta di riduzione ad equità del contratto*, *Dig. disc. priv., Sez. civile*, Agg., II, Torino, 2003, p. 981. Su tale lunghezza d'onda si innesta la norma di cui all'art. 1467, co. 3, c.c. che, per l'appunto, prevede un'offerta come facoltà della parte contro la quale è intimata la risoluzione con l'unico limite che il rimedio alla revisione - sia pure nell'immaginario della fattispecie codicistica - venga richiesto solo dalla parte contro la quale è avanzata la richiesta di risoluzione per una diminuzione del prezzo.

<sup>213</sup> La differenza tra obbligo a trattare e obbligo a contrarre è stata analizzata dalla Corte di Cassazione in tema di preliminare di preliminare. Quest'ultimo, infatti, a differenza del contratto

La flessibilità che contraddistingue l'obbligo di rinegoziazione, induce a ritenere che lo stesso dia vita, per usare una tradizionale terminologia, ad una obbligazione di mezzi<sup>214</sup> non già di risultato, in forza della quale le parti sono tenute a condurre nuove trattative<sup>215</sup>. In questa prospettiva, l'esatto adempimento dell'obbligo di rinegoziare si realizza nel momento in cui le parti, in presenza di sopravvenienze, instaurano trattative leali e collaborative, indipendentemente dalla conclusione finale dell'accordo. Pertanto, se i contraenti non trovano un punto di intesa e le trattative naufragano per causa non imputabile al promissario, quest'ultimo non può essere considerato inadempiente<sup>216</sup>.

Dal principio suesposto si ricava che, il contraente svantaggiato dalla sopravvenienza, generalmente interessato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, è tenuto ad indicare le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite; in tal caso, l'altro contraente deve cooperare e condurre la rinegoziazione, secondo i canoni della buona fede<sup>217</sup>.

---

preliminare dà vita ad un obbligo di trattare. Dal contratto preliminare, invece, sorgerebbe un vero e proprio obbligo a contrarre coercibile ex art. 2932 c.c., cfr. Cass. Sez. Un., 06 marzo 2015, n. 4628, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2015, 2, 619

<sup>214</sup> È opportuno segnalare che la giurisprudenza, a partire dal 2001, ha sdoganato la differenza tra obbligazioni di mezzi e di risultato, sottolineando che entrambe sono finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una "utilitas" oggettivamente apprezzabile. Cfr. Cass., 28 febbraio, 2014, n. 4876, in *Dir. & giust.*, 2014; Cass., Sez. Un., 30 ottobre, 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770.

<sup>215</sup> Cfr. sul punto MARASCO, *op.cit.*, p. 134 ss.; Cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 343, ove si legge "essere obbligati a trattare vuol dire essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute".

<sup>216</sup> In questo senso v. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 419, ove si evidenzia che le clausole di rinegoziazione obbligano le parti a tenere un determinato comportamento, imponendo una condotta.

<sup>217</sup> L'obbligo di tenere un comportamento corretto sussiste anche per il contraente interessato alla rinegoziazione, il quale è tenuto a chiedere la modificazione del contratto soltanto se ricorre un mutamento delle circostanze idoneo a dar vita all'obbligo di rinegoziazione nei termini suesposti.

In questa prospettiva dalla rinegoziazione nascerebbe l'obbligo per le parti di tenere un determinato comportamento, e più precisamente di condurre le trattative secondo buona fede con una condotta collaborativa volta al riadattamento del contratto.

Tale ricostruzione è stata messa in discussione da una parte della dottrina, la quale ritiene che la rinegoziazione implichi un vero e proprio obbligo a contrarre<sup>218</sup>, sicché i principi di buona fede e di solidarietà dovrebbero ispirare le parti al fine di cooperare per ricostituire l'originario equilibrio economico tra le prestazioni, riadattandolo alle sopravvenienze.

L'estensione, nel segno di uno spirito cooperativo, del principio di buona fede verso l'intero complesso delle relazioni commerciali evoca, quindi, paradigmi non più assiologici, quali la proporzionalità o la giustizia del contratto, che hanno tradizionalmente forgiato il concetto di abuso del diritto di stampo liberale, ma di natura economica, strettamente radicati nelle dinamiche del sistema.

Invero, la diversa valenza della rinegoziazione come obbligo a trattare o a contrarre deriva anche dall'ambito di applicazione di tale meccanismo. In altri termini, in presenza di ipotesi di rinegoziazione convenzionale occorrerà esaminare il contenuto della clausola pattuita dalle parti, sicché a fronte di clausole c.d. generiche nascerebbe l'impegno delle parti a mettere in discussione l'originario contratto, al sopravvenire di fenomeni perturbativi che alterano l'equilibrio contrattuale. Ed infatti, la circostanza che le parti non abbiano indicato rigidi criteri di rideterminazione dell'accordo, induce a ritenere che le stesse non si siano impegnate a contrarre, essendo libere di determinare l'*an* e il *quomodo* della rinegoziazione<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Per una sintetica ricostruzione in tal senso, AMELIO, *La gestione delle sopravvenienze e l'obbligo di rinegoziazione del contratto*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), febbraio 2017.

<sup>219</sup> Sul cfr. PIGNALOSA, op.cit., 419.

Viceversa, nel caso in cui le parti abbiano pattuito clausole di adeguamento, indicando *ex ante* i parametri di aggiustamento negoziale appare legittimo rilevare che si è in presenza di un'obbligazione di risultato avente ad oggetto l'adeguamento del contratto <sup>220</sup>.

In termini generali, tuttavia, la rinegoziazione determina l'obbligo di dare inizio e portare avanti una nuova contrattazione, alla luce e nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza. La buona fede, quindi, deve guidare le parti nel procedimento rinegoziativo, quale canone di condotta da seguire, indipendentemente dalla presenza o meno di apposite pattuizioni. La rinegoziazione opera, dunque, come strumento per individuare le modalità concrete di realizzazione dell'interesse preso in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del contratto.

D'altro canto non sembra possibile immaginare inadempimento dell'obbligo di rinegoziare nel caso in cui le parti, pur trattando in buona fede, non giungano ugualmente a concludere un accordo modificativo del contratto originario <sup>221</sup>.

In questa prospettiva, nel caso in cui non riescano a raggiungere un accordo modificativo, le parti potranno ricorrere ai tradizionali rimedi previsti dal legislatore.

---

<sup>220</sup> Per una analisi sul punto v. MARASCO, op. cit., 135.

<sup>221</sup> Non si può infatti pretendere che le parti di un contratto a lungo termine, rinegoziando in buona fede l'accordo iniziale, riescano sempre a concludere un negozio modificativo del contratto originario. Cfr. in questi termini Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 350-351, il quale afferma che: «l'esito infruttuoso delle trattative non implica l'inadempimento, com'è ovvio; ma, anche indipendentemente dall'ammissibilità di un vero e proprio obbligo delle parti di raggiungere l'accordo modificativo, che incontra la difficoltà teorica di conciliare il margine di discrezionalità insito in ogni trattativa con l'obbligo pattizio già assunto, il comportamento delle parti potrà essere valutato senza dubbio sul piano della conformità al criterio della buona fede».

## 5. Rimedi per l'inadempimento dell'obbligo: tutela risarcitoria e meccanismi esecutivi?

Chiarito che dalla rinegoziazione scaturisce un obbligo a trattare è opportuno verificare quali conseguenze predispone il nostro ordinamento in caso di inadempimento dell'obbligo.

In particolare, la violazione dell'obbligo di rinegoziare potrebbe derivare dal rifiuto di trattare, dalla rottura ingiustificata delle trattative o, infine, da una trattativa "maliziosa" in contrasto con gli obblighi di buona fede e correttezza.

Orbene, sotto questo profilo, la Corte di Cassazione, di recente, ha precisato che vi è inadempimento anche nel caso in cui una parte pretenda di imporre "unilateralmente" modifiche contrattuali che siano esclusivamente a sé favorevoli e peggiorative per l'altra parte. Tutto ciò sulla base dell'assunto che la rinegoziazione, a differenza dello *ius variandi*, implica la riapertura delle trattative al fine di addivenire ad un accordo "bilaterale" modificativo che tenga conto delle sopravvenienze contrattuali e, quindi, dei desiderata di entrambe le parti<sup>222</sup>.

La mancata collaborazione del contraente costituisce, per tale effetto e secondo la citata sentenza, inadempimento contrattuale, dal quale sorge il diritto, per la parte diligente, di agire in via di autotutela, rifiutando l'esecuzione del contratto alle preesistenti condizioni (ex art. 1460 c.c.). L'inosservanza della clausola di rinegoziazione, inserita dalle parti nel regolamento negoziale, è fonte di responsabilità per inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto, e conseguentemente legittima la parte svantaggiata dalle sopravvenienze ad ottenere tutela risarcitoria. Alla medesima soluzione si perviene se si accoglie la teoria dell'obbligo di rinegoziazione di fonte legale, in quanto la violazione dell'obbligo, in

---

<sup>222</sup>) Cfr. Cass., 26 febbraio 2014, n. 4557, in *Dir. & giust.*, 2014.

presenza di circostanze sopravvenute che imporrebbero una modifica del contratto, determinando inadempimento, implica il diritto al risarcimento del danno.

E' opportuno verificare se l'inadempimento possa dar vita al diritto al risarcimento del danno dell'interesse c.d. "positivo", equiparato alla mancata esecuzione del contratto, come modificato per effetto della rinegoziazione, o se il risarcimento vada riconosciuto nei limiti dell'interesse negativo. La determinazione del *quantum debeatur* dipende dal contenuto dell'obbligo, ove, infatti, sia configurato in termini di obbligo a trattare sarà risarcibile il solo danno negativo, relativo alle spese e alle perdite di occasioni favorevoli. Viceversa nella sua ricostruzione di obbligo di contrarre, prospettata da una parte della dottrina, discenderebbe la risarcibilità del danno positivo.

Diverso orientamento, sottolineando che la rinegoziazione non garantisce un risultato utile, ma solo la sua prospettiva, opta per il risarcimento del danno da perdita di chance. In questi termini il danno sarà parametrato tenendo conto delle opportunità che la parte avvantaggiata dalla rinegoziazione ha perduto a causa dell'inadempimento dell'altra<sup>223</sup>.

A ben vedere, tali rimedi non sempre rappresentano adeguate forme di tutela, atteso che finiscono con il determinare, sia pure indirettamente, la "fine del contratto": conseguenza che la rinegoziazione si prefigge di evitare. Anche in questo caso, quindi, si pone l'alternativa tra rimedio ablatorio/risarcitorio e rimedio conservativo.

Con riferimento alla soluzione conservativa, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla possibilità di valutare l'applicabilità dell'art. 2932 c.

---

<sup>223</sup> DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, p. 809. Cfr., sul danno da perdita di *chance*, Cass., 14 marzo 2017, n. 6488, in *Dir. & giust.*, 2017, ove si afferma che la perdita di *chance* va considerata come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un dato risultato e, pertanto, costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di autonoma valutazione economica.



c., per ottenere l'esecuzione dell'obbligo in forma specifica di concludere il contratto modificativo.

In particolare, la tutela in forma specifica garantirebbe il mantenimento in vita del rapporto, attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria ex art. 2932 c.c. per il tramite di una sentenza che tenga luogo della modificazione contrattuale cui la parte obbligata non ha dato seguito.

La norma, quindi, avrebbe l'effetto di attribuire al giudice il potere di sostituirsi alle parti, provvedendo alla modifica del contratto tutte le volte in cui l'esito negativo della rinegoziazione sia dovuto all'inadempimento della controparte - sia rifiuto delle trattative, sia conduzione di trattative in modo scorretto - in violazione del precetto di buona fede<sup>224</sup>.

Un siffatto intervento ad opera del giudice indubbiamente determina una incisiva invadenza nella sfera dell'autonomia privata. Tuttavia, va segnalata l'impostazione giurisprudenziale, accolta da due ordinanze di merito<sup>225</sup>, volta ad ammettere l'adeguamento del contratto da parte del giudice sulla base di una valutazione economico-giuridica del criterio di buona fede e degli obblighi di cooperazione tra le parti nella fase di esecuzione del contratto.

La giurisprudenza di merito appena citata ha, però, precisato che il provvedimento giurisdizionale ex art. 2932 c.c., può trovare applicazione solo nel caso in cui il giudice abbia a disposizione tutti gli elementi necessari per la predisposizione del regolamento negoziale e, quindi, sulla

---

<sup>224</sup> In questi termini, DI GREGORIO, op. cit., la quale precisa che in ogni caso il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. *resta escluso nel caso in cui la trattativa non abbia condotto all'accordo, ma nessuna violazione del comportamento di buona fede possa rimproverarsi alle parti. Interpretando l'accordo modificativo come adempimento di un obbligo di contrarre di origine convenzionale, si delineerebbe quindi un'efficacia reale della clausola, coercibile attraverso la pronuncia giudiziale, integrativa delle parti incomplete del contratto.*

<sup>225</sup> Trib. Bari, ordinanza, 14 giugno 2011, in *I contratti*, 7, 2012, 571 ss. con nota di PATTI, il quale rileva che il Tribunale, facendo leva sull'obbligo legale di rinegoziare, adatta il contratto al sopravvenuto contesto normativo. Sulla stessa lunghezza d'onda, Trib. Bari, ordinanza, 31 luglio 2012, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2013, 117, con nota di PATTI

base dei fatti allegati dalle parti: “il giudice, pur al cospetto della fonte legale dell’obbligo di contrarre, non può costituire un rapporto contrattuale se non ha a disposizione gli elementi necessari per la predisposizione del regolamento. I fatti allegati devono perciò consentire di determinare il contenuto prescrittivo del provvedimento”<sup>226</sup>. Solo attraverso tale presupposto è possibile evocare l’art. 2932 c.c.<sup>227</sup>. In questi termini, pur ammettendo il ricorso all’art. 2932 c.c., l’autonomia negoziale verrebbe comunque rispettata tutte le volte in cui la pronuncia giudiziale si sostituisca al contratto in presenza di sopravvenienze che abbiano determinato un’alterazione del sinallagma originario in termini ben precisi e rintracciabili dal giudice sulla base degli elementi forniti dalle parti o comunque desumibili dalle negoziazioni svolte dai contraenti.

In quest’ottica, è importante evidenziare che l’inclinazione più recente della giurisprudenza è nel segno di estendere l’ambito di applicazione dell’art. 2932 c.c. A tal proposito, si richiama l’orientamento espresso dalla Suprema Corte in tema di integrazione e modifica del contenuto del preliminare ove si ammette la possibilità per il promissario acquirente di esperire l’azione di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere il contratto definitivo, nonché proporre l’*actio quanti minoris* per vizi della cosa, al fine di ottenere la riduzione del prezzo originariamente pattuito<sup>228</sup>. Allo stesso modo, quindi, si dovrebbe riconoscere un simile potere al giudice nel caso di violazione dell’obbligo di rinegoziare. Va tenuto conto

---

<sup>226</sup> Cfr. Trib. Bari ord. 14 giugno 2011, cit.

<sup>227</sup> D’altro canto, si sottolinea che esistono casi in cui è lo stesso legislatore che attribuisce al giudice il diritto di determinare il contenuto del contratto. L’art. 1349 c.c. riconosce al giudice il potere di sostituirsi al terzo qualora questi non provveda alla determinazione dell’oggetto del contratto. Allo stesso modo, quindi, dovrebbe ammettersi la possibilità per il giudice di rideterminare l’assetto negoziale quando i contraenti, obbligati a rinegoziare, non portino a buon fine le trattative. In questo senso v. D’ARRIGO, op. cit., p. 563.

<sup>228</sup> Cass., 26 febbraio 2016 n. 3855, in *Giust. civ. mass.*, 2016; Cass., 19 novembre 2015, n. 23683, in *Guida al dir.*, 2016, 3, 67.

però che nel preliminare vi è un vero e proprio obbligo a contrarre; la rinegoziazione, viceversa, secondo l'orientamento dominante, implicherebbe solo un obbligo a trattare<sup>229</sup>.

Alla luce dei superiori principi, consegue che al fine di evitare un eccessivo potere del giudice di eterointegrazione del regolamento negoziale<sup>230</sup>, occorre prendere in considerazione e valorizzare il caso concreto, in quanto soprattutto, quando manchino criteri per adeguare il contratto e riequilibrare le prestazioni, potrebbe ritenersi preferibile lo scioglimento del vincolo ai sensi dell'art. 1467 c.c. con le conseguenti restituzioni, non essendo sufficiente la buona fede - e neppure l'integrazione equitativa - a sostituire la volontà delle parti, in particolare quando lo squilibrio sia eccessivo.

Ulteriore rimedio idoneo a garantire l'effettività all'obbligo di rinegoziazione discende dalla comminatoria dell'art. 614 *bis* c.p.c., in quanto la rinegoziazione, costituendo un *facere*, sarebbe suscettibile di coercizione indiretta.

La norma in esame è stata introdotta nel nostro ordinamento per assicurare l'esecuzione indiretta delle condanne aventi ad oggetto l'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro attraverso la irrogazione di una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. *L'astreinte* non ha, pacificamente, funzione risarcitoria, avendo piuttosto lo scopo di spingere il

---

<sup>229</sup> Cfr. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 130, ove si afferma che la tutela in forma specifica è inoltre senz'altro ammessa nell'ipotesi in cui le parti abbiano determinato in modo specifico il contenuto della clausola che prevede l'obbligo di rinegoziazione, ovvero nei casi in cui la legge prevede espressamente il diritto della parte svantaggiata di conseguire la modificazione del rapporto.

<sup>230</sup> Il nostro ordinamento più volte ha riconosciuto ampi poteri al giudice "sacrificando", sebbene in situazioni patologiche, l'autonomia privata. Sul punto è il caso di richiamare la Corte Costituzionale (sent. 2 aprile 2014 n. 77), la quale espressamente ammette un controllo giudiziale sull'equità economica della caparra confirmatoria. Analogo meccanismo sussiste a proposito del potere del giudice di ridurre anche *ex officio* una penale manifestamente eccessiva pattuita tra i contraenti *ex art.* 1384 c.c.

debitore all'adempimento, con funzione latamente sanzionatoria L'ambito applicativo dell'art. 614 bis c.p.c., quindi, non è più ridotto solo alla tutela di posizioni giuridiche soggettive aventi ad oggetto obblighi incoercibili, in quanto la nuova formulazione consente di garantire adeguata soddisfazione alle pretese creditorie suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica<sup>231</sup>. Dottrina e giurisprudenza, inoltre, hanno esteso la previsione normativa anche ai provvedimenti cautelari al fine di garantire maggiore celerità alla tutela giurisdizionale. In particolare, la giurisprudenza di merito ha applicato la penale prevista dall'art. 614 bis c.p.c. nel caso in cui la banca non ottemperi all'obbligo di rinegoziazione del mutuo<sup>232</sup>.

L'intervento del giudice, in quest'ottica, appare un elemento ineliminabile per conferire all'obbligo di rinegoziare carattere vincolante e non meramente esortativo.

La soluzione prospettata, d'altronde, appare coerente con le logiche sottese in tema di contratti commerciali internazionali, atteso che i Principi

---

<sup>231</sup> Cfr. CONSOLO-GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziar*, in *Corriere Giur.*, 2018, 3, p. 370, ove si mettono in luce le modifiche dell'art. 614 bis c.p.c. Il nuovo art. 614 bis prevede l'applicabilità dell'*astreinte* ad opera di ogni "provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro", anche fungibili. Gli autori, in particolare si occupano di applicare l'art. 614 bis al contratto preliminare, esaminando il rapporto con l'azione ex art. 2932 c.c., optando per il cumulo non alternativo tra domanda ex art. 2932 c.c. e domanda di condanna ad adempiere al preliminare, munita di *astreinte*.

<sup>232</sup> Cfr. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, op.cit., 118, nonché Trib. Bari, 14.05.2011, in *Contratti*, 2012, 7, 571 ove in motivazione si afferma che: "Il rifiuto di adeguare il contratto, a fronte delle circostanze evidenziate, non è conforme a diritto. L'adeguamento del contratto non contraddice l'autonomia privata in quanto porta a compimento il risultato contrattuale, e cioè l'erogazione dell'intero importo mutuato, allineando il regolamento alle mutate circostanze. Va quindi riconosciuta, nella vicenda in esame, l'esistenza dell'obbligo di fonte legale di rinegoziazione del contratto, finalizzato alla corretta esecuzione mediante l'erogazione del mutuo così come pattuito.....Nell'adeguamento giudiziale del contratto in corso di esecuzione la tutela d'urgenza non è però orientata alla costituzione del rapporto giuridico, ma all'esecuzione coattiva dell'obbligo di adeguamento, e dunque di quella prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione (trattandosi di *facere* infungibile il rimedio resta al livello di attuazione del provvedimento cautelare quello dell'art. 614 bis, salvo sempre in sede ordinaria il rimedio risarcitorio). Si tratta, in altri termini, in sede cautelare di dare sviluppo coerente all'originario titolo negoziale mediante l'integrazione del quadro delle obbligazioni, piuttosto che formare il nuovo titolo costitutivo del rapporto".

*Unidroit*, i Principi di diritto europeo, il *Code européen des contracts*, nonché il progetto di codice elaborato dalla *Commission on Transnational corporation*, delineano soluzioni volte a garantire la salvezza del regolamento negoziale tramite il riconoscimento del diritto alla rinegoziazione del contratto, nonché l'attribuzione al giudice della facoltà di modificare il contratto al fine di ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali alla luce delle nuove esigenze<sup>233</sup>.

Se è vero che tali meccanismi rappresentano un'ingerenza nell'autonomia contrattuale, vi è anche da considerare che è interesse delle parti mantenere – nei contratti di durata - l'esecuzione della prestazione all'interno di un equilibrio contrattuale, non solo normativo bensì anche economico.

La rinegoziazione consente di raggiungere un “punto di equilibrio” tra l'esigenza di garantire alle parti che contrattano in modo equo una certa libertà di prevedere a quali condizioni obbligarsi, e quella di salvaguardarle dalle sopravvenienze involontarie che comporterebbero la permanenza del vincolo contrattuale in presenza di una prestazione squilibrata, a totale svantaggio di una parte del rapporto.

---

<sup>233</sup> Cfr. l'art.6. 2.3 n. 4 dei Principi *Unidroit* e i Principi Lando i quali prevedono una norma di chiusura che consente al giudice di condannare al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria a buona fede. La versione definitiva dell'art. 1195 del *code civil* trae infatti ispirazione dai *Principle of European Contract Law*, redatti dalla Commissione Lando (art. 6:111), ove è previsto, in caso di prestazione eccessivamente onerosa dovuta al mutamento delle circostanze, l'obbligo per le parti di avviare trattative e, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere del giudice di sciogliere il contratto o modificarlo; l'articolo contempla altresì il risarcimento del danno a carico della parte che non abbia agito secondo buona fede. Anche nel *Draft Common Frame of Reference* è valorizzata l'esigenza di conservazione dei rapporti contrattuali a discapito della rigidità dello schema dell'atto voluto dalle parti mediante il potere attribuito al giudice di risolvere il contratto o di modificarlo dopo il fallimento delle trattative delle parti (art. III-1:110 *Variation or termination by court on a change of circumstances*).

## **6. Le diverse fattispecie di rinegoziazione e i meccanismi rimediali nell'evoluzione del sistema.**

Il complesso tema della ricerca sin qui esposta, declinato a favore di una logica di mantenimento e conservazione del contratto di durata, finisce per incrociare fattispecie concrete ove è frequente che nel corso del rapporto le sopravvenienze non previste e non adeguatamente disciplinate in sede di conclusione del contratto vengano adeguatamente gestite da meccanismi di rinegoziazione.

Questo *trend* di tutela del contraente nel segno di una disciplina volta a ripristinare l'equilibrio originario voluto dalle parti ha avuto un significativo epilogo in tema di contratti di mutuo d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv., dalla legge 2 aprile 2007 n. 40 (cd. decreto Bersani bis). In particolare, con riferimento ai contratti di mutuo in essere viene attribuito all'autonomia privata (esercitata in forma) collettiva e, in subordine, alle autorità amministrative indipendenti il potere di adeguare il contenuto dei relativi contratti per ricondurli ad equità<sup>234</sup>. Lo Stato, quindi, non interviene direttamente nei rapporti negoziali, ma delega tale compito ad altre "fonti"(autonomia privata e autorità amministrative). L'art. 7 del decreto in esame ha come obiettivo quello di favorire la rinegoziazione dei mutui a tassi più convenienti di quelli originariamente convenuti, offrendo ai

---

<sup>234</sup> Art. 7 legge n. 40 del 2007 co. 5,6, 7: "*L'Associazione bancaria italiana e le associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'articolo 137 del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, definiscono, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le regole generali di riconduzione ad equita' dei contratti di mutuo in essere mediante, in particolare, la determinazione della misura massima dell'importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo.*

*6. In caso di mancato raggiungimento dell'accordo di cui al comma 5, la misura della penale idonea alla riconduzione ad equita' e' stabilita entro trenta giorni dalla Banca d'Italia e costituisce norma imperativa ai sensi dell'articolo 1419, secondo comma, del codice civile ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere.*

*7. In ogni caso i soggetti mutuanti non possono rifiutare la rinegoziazione dei contratti di mutuo stipulati prima della data di entrata in vigore del presente decreto, nei casi in cui il debitore proponga la riduzione dell'importo della penale entro i limiti stabiliti ai sensi dei commi 5 e 6"*

mutuatari la possibilità di ristrutturare, senza spese, i finanziamenti ottenuti, nonché favorendo la concorrenza in quel particolare settore di mercato che è costituito dai servizi bancari e finanziari. A ciò si aggiunga che l'ultimo comma del predetto art. 7 prevede un vero e proprio obbligo legale di rinegoziazione per i soggetti mutuanti nei contratti di mutuo stipulati prima dell'entrata in vigore del decreto, qualora il debitore proponga la riduzione della penale entro i limiti stabiliti dall'accordo tra ABI e associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative a livello nazionale, ovvero nella misura determinata dalla Banca d'Italia.

Sebbene la normativa in esame predisponga un obbligo legale di rinegoziazione mediante l'utilizzo della locuzione negativa "*i soggetti mutuanti non possono rifiutare la rinegoziazione*", nulla viene disposto in ordine alle sanzioni (eventualmente) applicabili nell'ipotesi di violazione del predetto obbligo.

In dottrina, tuttavia, non si esclude la possibilità di un intervento giudiziale volto a realizzare il risultato dell'adeguamento, in quanto in simili circostanze l'intervento del giudice avrebbe una funzione meramente ricognitiva senza sostituirsi all'autonomia privata<sup>235</sup>.

Dall'analisi della normativa sopra citata, infatti, deriva che l'eventuale intervento dell'autorità giudiziaria non costituirebbe un'attività sostitutiva dell'autonomia privata, ma rappresenterebbe l'attuazione di quanto predeterminato dagli accordi delle associazioni di categoria di cui al quinto comma dell'art. 7 decreto Bersani *Bis* ovvero, in mancanza, dalle determinazioni della Banca d'Italia.

---

<sup>235</sup> Così MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., 189 e CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 261 e ss., il quale ritiene legittimo l'intervento giudiziale nella procedura rinegoziativa, specificando che "attraverso il suo intervento il giudice non si sostituisce integralmente alla autonomia privata ma, al contrario, attua i criteri, negoziali o legali, sulla base dei quali le parti erano tenute ad improntare il percorso rinegoziativo".

In altre circostanze, invece, le peculiari caratteristiche di determinate fattispecie negoziali hanno indotto la dottrina e la prassi negoziale ad individuare obblighi di rinegoziazione non tipizzati, ma impliciti perché scaturenti dal tipo di operazione economica. Ciò è accaduto con riferimento al contratto di *franchising*, ove l'allocazione dei rischi predisposta dalle parti in un contesto di conclamata asimmetria viene concepita necessariamente attraverso la realizzazione di operazioni negoziali che durano nel tempo dai quali sorge l'esigenza di effettiva gestione delle sopravvenienze. Il contratto di franchising può, infatti, essere definito contratto incompleto strettamente correlato all'organizzazione dell'attività di impresa.

Il legislatore non ha in tale ambito disciplinato in modo esplicito la rinegoziazione, sicché l'unica previsione normativa in materia in tema di sopravvenienze è quella di garantire una durata minima al contratto (art. 3, co.3, l. 129 del 2004). Tale lacuna normativa ha indotto la dottrina ad individuare un implicito obbligo di rinegoziazione nei contratti di *franchising*, quale espressione di un interesse generale, imperniato sull'ordine pubblico economico di protezione<sup>236</sup>. D'altro canto, l'art.6 della legge n. 129 del 2004 prevede espressamente che *l'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede*. Di conseguenza ragioni di coerenza e razionalità economico-giuridica inducono a ritenere che se le parti sono chiamate tra di loro a tenere comportamenti leali e corretti durante la fase precontrattuale, saranno tenute a rispettare gli stessi canoni durante tutta l'esecuzione del rapporto quando mutano i presupposti in base ai quali i contraenti hanno inteso raggiungere l'accordo. Ulteriore corollario

---

<sup>236</sup> FARINA, *Il franchising profili rimediali e rinegoziazione del contratto*, in *rass.dir. civ.*, 2011,2, 449; nonché FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in D. Di Marzio (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004,85.



dell'obbligo di rinegoziazione nel contratto di franchising si ravvisa nel già richiamato divieto di abuso del diritto di recesso espressamente sancito dall'art. 3 della legge sulla affiliazione commerciale.

L'attenzione all'individuazione dei rimedi idonei a fronteggiare sopravvenienze derivanti soprattutto da situazioni di crisi economica rende opportuna una riflessione mirata sui possibili ambiti della rinegoziazione nell'area del diritto del lavoro <sup>237</sup>.

Le logiche di rinegoziazione degli accordi hanno interessato l'essenza stessa della funzione istituzionale assegnata dall'ordinamento alla contrattazione collettiva di lavoro nelle normali prassi di rinnovo al fine "*di poter rivedere i termini e le regole degli accordi in precedenza stipulati, atteso che possibili sopravvenienze economico-finanziarie potrebbero imporre il ricorso alla rinegoziazione come soluzione obbligata, come scelta ineludibile delle relazioni industriali*" <sup>238</sup>.

La rinegoziazione, in siffatto contesto, è espressione di un vero e proprio "*principio ispiratore del sistema delle fonti e della giustizia del lavoro*", nonché corollario dell'obbligo di cooperazione tra le parti, atteso che può costituire l'unica e la sola fonte di disciplina del rapporto individuale di lavoro, intesa come una valida e ed apprezzabile alternativa ai licenziamenti per riduzione del personale, quindi, alla soluzione residuale del recesso.

E' nello stesso spirito del legislatore di quest'ultima fase storica dell'intera materia del diritto del lavoro - come significativamente delineato dai recenti interventi legislativi sul *jobs act* <sup>239</sup> - il dato sempre più

---

<sup>237</sup> L'avvertenza è espressa da TIRABOSCHI, *Rappresentanza, un accordo possibile?*, Editoriale Contratti & Contrattazione collettiva, *Il Sole 24ore*, dicembre 2017, p. 4.

<sup>238</sup> Così, testualmente, ROMEO, *Il declino dell'inderogabilità: la rinegoziazione dei contratti di lavoro*, in Scritti in onore di RESCIGNO, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 6,1409 e ss.

<sup>239</sup> Ed è primo fra tutti il d. lgs. n. 23 del 2015 sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

tangibile (e inquietante a guardare la struttura garantistica tradizionalmente delineata dallo Statuto dei lavoratori) dell'emersione di una "resilienza" che sembra essere il modo più efficace per uscire dalla crisi economica e dell'occupazione.

Si osservi che la tecnica giuridica, emblematica di una reazione allo stato di crisi - patologico elemento di perturbazione dell'equilibrio contrattuale - non è nuova nell'ambito del diritto del lavoro italiano e si identifica in una costante e fisiologica procedura di rinegoziazione della variegata realtà contrattuale preesistente. Significative indicazioni in tal senso sono ricavabili dalla nota disposizione di cui all'art. 8 della legge n. 148 del 2011, che introduce una disciplina *ad hoc* sulle specifiche intese: vale a dire accordi collettivi di secondo livello, legittimati a derogare *in pejus* rispetto alle regole dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Pertanto, in ambito lavoristico la legge, intesa come *factum principis*, ha reso possibile il consenso alla rinegoziazione per l'insorgenza di nuove evenienze, e ciò al fine di avviare un'operazione in deroga, sia pure nel fermo rispetto della Carta Costituzionale, dei principi comunitari e delle convenzioni internazionali in materia di lavoro, "*ma nell'opportunità di soluzioni negoziali alternative che consentano una riscrittura degli accordi pregressi*"<sup>240</sup>, in ottemperanza ad un generale principio di adeguamento e modifica del contratto di lavoro.

E' interessante richiamare gli orientamenti della dottrina giuslavorista, la quale rileva che "*le norme possano fare ben poco sulla crescita*

---

<sup>240</sup> Emblematica è l'intera vicenda che ha riguardato l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, segnatamente la derogabilità negoziale dei principi sulla tutela reale in materia di licenziamento, attraverso un'operazione di "riadattamento" delle regole in ragione dell'originario testo dell'art. 18 dello Statuto, attraverso un sistema poi istituzionalizzato di deroga *in peius* attraverso la legge Fornero n. 92 del 2012 e ancor più con il d. lgs. n. 23 del 2015 sul *Jobs act*, che ha ufficialmente depotenziato l'originaria norma. Emerge come tale derogabilità, nella concretezza delle prassi negoziali, sia stata resa possibile perché utilizzata come vera e propria "merce di scambio", a favore di un'efficace promozione dell'occupazione e nell'obiettivo dichiarato di superare particolari contesti di crisi. Per analoghe osservazioni, v. ROMEO, op. cit. 1411.

dell'occupazione"<sup>241</sup>, senza l'effettività di una reale modernizzazione che passi sistematicamente attraverso le vicende di una regolamentazione negoziale condivisa sul piano della meritevolezza all'adeguamento. Nella presa d'atto che la legge e/o la stessa contrattazione collettiva nazionale rinuncino definitivamente a situazioni di monopolio regolativo del tutto inadeguato, perché statico e privo della necessaria flessibilità a governare efficacemente le evenienze economico-finanziarie del momento.

Dall'analisi suesposta emerge che il campo del diritto del lavoro rappresenta il terreno ideale di potenziale revisione dell'originario programma negoziale, per conformarlo agli eventi sopravvenuti che ne minano l'efficienza sul piano della produttività e della stessa effettività delle tutele, nel segno di un'auspicabile ragionevolezza imposta da esigenze di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, al fine ultimo della loro stessa sopravvivenza e ciò sia a livello individuale, sia a livello collettivo<sup>242</sup>.

In questi termini, viene valorizzato il generale principio di conservazione del contratto, come scelta finale che non proviene dall'esterno, essendo frutto di una equilibrata coniugazione tra il mantenimento dei posti di lavoro, ed il rispetto di una soglia minima di garanzia al di sotto della quale non è possibile scendere. Una siffatta tecnica giuridica porta, dunque, alla messa a punto di modelli di tutela alternativi, in grado di offrire soluzioni realmente adeguate alle esigenze del caso concreto sia pure nel pieno rispetto dei criteri di ragionevolezza e plausibilità dei contenuti.

---

<sup>241</sup> Il corsivo è di MARESCA, *Esecuzione e rinegoziazione del contratto collettivo: i principi di correttezza e buona fede*, relazione al Convegno Nazionale AGI di Napoli del 28-29 ottobre 2011 dal titolo *Diritto del lavoro anno zero?*, a cura di F. M. PUTATURO DONATI, , Napoli, 2012, 59.

<sup>242</sup> a) nel primo caso con un'operazione di rinuncia ad avvalersi del licenziamento ed optare per soluzioni meno invasive e dolorose come, ad esempio, la scelta del *part time*; b) nel secondo caso con l'accreditamento di contratti di secondo livello in grado di interpretare esaustivamente l'esigenza di regole dinamiche volte ad esprimere il principio dell'adeguamento del contratto di lavoro nel tempo.

Ulteriore ambito di diffusa applicazione della rinegoziazione nella prassi negoziale si rinviene nell'ambito della disciplina di risanamento delle imprese in crisi.

La legge n. 221/2012 ha profondamente innovato il sistema, introducendo nel nostro ordinamento nuove procedure di sovraindebitamento, destinate a porre rimedio alla crisi dell'insolvente civile, delle imprese e degli enti privati non fallibili.

In una logica complessiva di tutela del contraente debole, nell'attuale emergenza della crisi economica, va segnalata una significativa linea evolutiva della legislazione volta ad uniformare la disciplina dei contratti a prescindere dalla posizione e dalla qualità delle parti, con la previsione di tecniche protettive con modalità circolari che estendono al consumatore discipline tipiche degli imprenditori ed alle imprese deboli forme di tutela in passato riservate solo ai consumatori. In questo *trend* normativo si inserisce la legge in commento, che oggi prevede tre distinte procedure esecutive concorsuali definite "procedure di sovraindebitamento": accordo di ristrutturazione, piano del consumatore e liquidazione del patrimonio.

Per quel che concerne la rinegoziazione, occorre prendere in considerazione in particolare l'accordo di ristrutturazione, qualificabile come contratto. La dottrina, che ha ricostruito la fattispecie in esame, ha ritenuto che tali strumenti ben potrebbero essere annoverati tra gli strumenti di rinegoziazione/manutenzione, giacché nella prospettiva della L. n. 3/2012, il dissesto del debitore viene affrontato tramite rimedi di carattere manutentivo che erodono la rigidità dello schema binario "adempimento/inadempimento" su cui è costruita la disciplina delle obbligazioni per aprire un nuovo scenario di tutela degli interessi <sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> Cfr. BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corriere Giur.*, 2018, 5, 6; PELLECCCHIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1153; FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, *cit.*, 134; PELLECCCHIA,

L'interesse alla ristrutturazione della posizione debitoria, invece, si fonda su comportamenti che, secondo il modello codicistico, non sarebbero consentiti quali il ritardo, l'inesattezza quantitativa o qualitativa, i quali, nel contesto della ristrutturazione figlia del "diritto della crisi", diventano possibili modalità di esecuzione della prestazione<sup>244</sup>.

Secondo questa impostazione, quindi, l'accordo di ristrutturazione e il piano del consumatore potrebbero esser qualificati quali strumenti di rinegoziazione del credito, in quanto volti ad adeguare i rapporti in essere alla situazione di crisi. Si tratta in altri termini, di contratti che vengono definiti "contratti della crisi", aventi una funzione economico individuale, propria ed autonoma ovvero proprio il raggiungimento dell'accordo di ristrutturazione<sup>245</sup>.

Dall'analisi suesposta emerge in conclusione che obiettivo primario da raggiungere è quello di un vantaggiosa e agevole soluzione per entrambe le parti - soprattutto ove si verifichi, come già si è detto, un contesto di crisi economica tale da poter pregiudicare la stessa continuità dei rapporti in essere -, e ciò al dichiarato fine di poter articolare una più efficace e meglio distribuita flessibilità che conduca a risultati apprezzabili e duraturi nel tempo, in netta contrapposizione alla soluzione ablativa del recesso dal rapporto di lavoro<sup>246</sup>.

---

*L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente", in Nuove leggi civ., 2014, 1088 ss.*

<sup>244</sup> La tipologia di rinegoziazione è varia può comprendere sia la modificazione, integrazione, stralcio di clausole contrattuali, sia lo scioglimento di vincoli e impegni di qualsiasi tipo.

<sup>245</sup> In questi termini v. BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; cfr. anche BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, 182. Per una approfondita disamina sulla natura rinegoziativa di questi strumenti sia in fase di costituzione del programma di risanamento che in fase di esecuzione dello stesso cfr. MACARIO, *Il monitoraggio del piano: esecuzione e rinegoziazione*, in *il fall.*, 2014,10, 993.

<sup>246</sup> Già oltre venticinque anni fa vi furono gli allarmati timori di D'ANTONA, che intitolava un suo breve saggio, *Le metamorfosi della subordinazione*, in *Quaderni della Rivista Critica del Diritto del Lavoro*, 1992, p. 23 ss., nella percezione che potesse avvenire un cambiamento epocale di tutti i valori della nostra materia.

## 7. Il difficile rapporto tra diritto di recesso e obbligo di rinegoziazione

In via ricostruttiva dalla analisi delle singole fattispecie normative, seppure esemplificative, emerge significativamente una *ratio* sottostante tendenzialmente unitaria volta a privilegiare la tecnica della rinegoziazione, nel quadro di una rinnovata logica di conservazione del contratto, che relega la caducazione a soluzione meramente residuale.

Per una più autentica comprensione delle nuove logiche del sistema non è possibile prescindere da una attenta analisi del difficile e controverso rapporto tra rinegoziazione e recesso e cioè, - volendo ricorrere ad una metafora - tra *“l’antico duello tra i principi del rebus sic stantibus e del pacta sunt servanda”*, nella percezione, in verità avvertita dalla maggioranza, che il rimedio manutentivo, *“appare giusto e preferibile, poiché evita la traumatica risoluzione del rapporto e soddisfa il comune interesse a contrarre - e dunque a conservare il rapporto - originariamente costituito”*<sup>247</sup>.

Anche in situazioni nelle quali si dovesse verificare un’alterazione “patologica” sul futuro adempimento del contratto, la dottrina civilistica ha mostrato maggiore propensione per strumenti manutentivi e di adeguamento<sup>248</sup>. Tale soluzione, a ben vedere, trova non solo un riscontro nell’ambito della teoria generale dei contratti, come suggerisce la regola contenuta nella disposizione di cui all’art. 1467 c.c. che, com’è noto, combina insieme il diritto alla risoluzione con l’offerta di riduzione ad equità della parte svantaggiata, ma anche in riferimento alle specifiche peculiarità di taluni contratti tipici. Inoltre, si assiste ad un intervento del

---

<sup>247</sup> Taluni spunti in tal senso sono in ORLANDI, *Mutuo e recesso (nella teoria degli effetti riduttivi)*, in I quaderni della fondazione nazionale del notariato, *elibrary.fondazione-notariato.it*, 13 e 14.

<sup>248</sup> Ex pluribus, cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA-ZATTI, Milano, 2001, spec. a p. 1042; IBIDEM, *Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto*, in *Confini attuali dell’autonomia privata*, Padova, 2001, 137 e ss.

legislatore, sebbene in determinati settori quali il contratto di mutuo o gli accordi di ristrutturazione, che manifesta la presa di coscienza sempre più avvertita dai consociati di prediligere soluzioni conservative. La disamina suesposta mette in evidenza che la crisi economica che negli ultimi anni ha riguardato le contrattazioni, in specie quelle di lunga durata, trova come soluzione naturale quella della rinegoziazione<sup>249</sup>.

La rinegoziazione, quindi, contrariamente al recesso, assume una vera e propria funzione taumaturgica, atteso che in linea generale è stata definita come un efficace “strumento terapeutico” di gestione delle sopravvenienze<sup>250</sup>. In siffatta prospettiva, essa appare come un modo di conservazione del vincolo negoziale, sia pure con i necessari adeguamenti, mentre il recesso - ma, il discorso vale pure per la risoluzione - , come evento straordinario, sembra costituire l'*ultima ratio* del percorso negoziale in quanto atto finale ed estintivo.

In buona sostanza, le riflessioni sin qui svolte verosimilmente orientano nel senso di una sorta di “primato” delle prassi di rinegoziazione rispetto al recesso che, invece, si identifica in una vicenda estintiva del rapporto. La valutazione in ordine al complessivo rapporto tra i due rimedi proposti - come si dirà meglio e più approfonditamente nel corso del quarto capitolo - è indubbiamente legata ad un complessivo giudizio di merito, o meglio di meritevolezza degli interessi sottesi alle due diverse posizioni giuridico-soggettive delle parti negoziali, attraverso una obiettiva disamina (giudiziale oppure extragiudiziale) del concreto atteggiarsi del rischio legato alle sopravvenienze.

---

<sup>249</sup> Per tali profili, si rinvia a TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, Trattato diretto da COSTANZA, Torino, 2000, 267.

<sup>250</sup> L'espressione è in AMORE, *Appalto e claim*, 114 che approfondisce la questione quale “*request for an adjustment due to a change under the contract*”, vale a dire come richiesta di “aggiustamento” a seguito di un mutamento delle condizioni durante l'esecuzione del contratto.

## Capitolo IV

### GIUSTO RIMEDIO ED EFFETTIVITA' DELLA TUTELA TRA RECESSO E RINEGOZIAZIONE

1. Il problema dell'effettività della tutela. 2. La questione del contraente svantaggiato e l'approdo alla giustizia contrattuale 3. (Segue) La possibile graduazione dei meccanismi in una logica di effettività e adeguatezza dell'apparato rimediabile. 4. Il recesso come strumento con funzione di *deterrence* volto ad incentivare la rinegoziazione. 5. Il giudizio di efficienza delle soluzioni adottate nei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti. 6. L'efficienza dei rimedi nello scenario sovranazionale. 7. I rimedi adottati nei contratti stipulati con la p.a.. 8. Gli spazi di un intervento regolatore e l'opportunità di introdurre un obbligo generale di rinegoziazione

#### **1. Premessa: il problema dell'effettività della tutela**

Nel corso dei precedenti capitoli sono stati analizzati due rimedi del recesso e della rinegoziazione sotto il profilo qualificatorio e definitorio, con l'obiettivo di individuare il giusto rimedio rispetto alle possibili evenienze modificative degli interessi in gioco tra le parti negoziali. Punto di riferimento fondamentale della ricerca è, quindi, la tutela degli obiettivi perseguiti dalle parti al momento della stipulazione del contratto, nell'ottica di garantire il giusto bilanciamento degli interessi contrapposti tramite la predisposizione di soluzioni manutentive del contratto. A questi fini si rende necessaria una revisione critica dei rimedi di stampo tradizionale, valorizzando i caratteri dei contratti di lungo periodo e gli accadimenti che si verificano durante l'esecuzione.

L'individuazione del giusto rimedio volto a fronteggiare le sopravvenienze implica il superamento dei vecchi schemi tradizionali per aprire le porte ad una visione flessibile del contratto, verso meccanismi di adattamento e di adeguamento, che consentano validamente di prospettare



ragionevoli e plausibili soluzioni tutte declinate per il salvataggio, sia pure con i necessari “aggiustamenti”, dei contratti di durata nella prospettiva di assicurare alle parti tutele concrete che tengano conto delle possibili perturbabilità che il contratto può subire.

La revisione critica dei rimedi tradizionali di gestione delle sopravvenienze inducono a ricercare tecniche sempre più raffinate ed adeguate di allocazione del rischio contrattuale. Occorre stabilire, quindi, se e in quale forma la consapevolezza della decisione negoziale iniziale si riduca all’atto e al suo contenuto o comprenda anche quei fatti, estranei alla volontà delle parti, in grado di incidere sullo svolgimento del rapporto, mutandone i termini economici di equilibrio.

Questo percorso di ricerca richiama l’attenzione sull’attività imprenditoriale e sul regime dei contratti nei suoi riflessi sul mercato ove sempre più avvertita è l’esigenza di attuazione della domanda di giustizia e di effettività della tutela <sup>251</sup>.

In questa prospettiva, occorre procedere ad un’analisi empirica economica e sociale attraverso una coerente ricostruzione della fattispecie concreta e la conseguente individuazione delle norme giuridiche di riferimento.

Si tratterà di evitare scelte già predefinite *ex ante* in linea astratta, in una prospettiva più ampia già sperimentata dalla tradizione tedesca <sup>252</sup> che, com’è noto, conduce ad un’illuminante ricostruzione delle logiche interpretative, affrancate da un formalismo riduttivo non in grado di

---

<sup>251</sup> Il tema è stato ampiamente approfondito da LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, 14 e ss. ove si evidenzia che *il diritto dei contratti si evolve con logiche disordinate che rendono insufficienti i paradigmi consolidati e rafforzano l’esigenza di riscoprire nuovi e più adeguati parametri di riferimento*.

<sup>252</sup> Ci permettiamo di ricordare il contributo fondamentale all’analisi giuridica di WEBER, *Diritto*, nella collana *Economia e Società* e nell’edizione italiana curata da MASSIMO PALMA, Roma, 2016 ove viene messo a punto un processo di razionalizzazione del diritto al fine di un suo necessario mutamento.

perseguire gli interessi di entrambe le parti. La concretezza della tematica qui dibattuta impone di osservare le mutazioni genetiche dei contratti di durata nella primaria esigenza di adeguamento del vincolo negoziale nel tempo, nel segno di una legittima variabilità delle condizioni contrattuali, assegnando al giudice un potere di intervento solo in caso di esito negativo della trattativa .

L'analisi va dunque proiettata verso la ricerca di tecniche e strategie giuridiche che in via evolutiva approdino alla formazione di più stabili equilibri in cui i valori della persona e, quindi, del mercato possano trovare piena e concreta attuazione.

In questa rinnovata prospettiva la finalità che si intende realizzare si esplica sul duplice piano della razionalità ed efficienza del mercato, e della tutela della dignità della persona alla consapevole e libera esplicitazione delle sue scelte e della sua autodeterminazione informata.

Messa a punto la superiore premessa di ordine metodologico il percorso argomentativo sarà articolato nelle seguenti fasi: a) in via preliminare occorre verificare se gli strumenti di tutela debbano riguardare la parte svantaggiata, oppure entrambe le parti del contratto; b) è necessario procedere alla logica e imprescindibile graduazione dei meccanismi di tutela; c) per poi accertare se il recesso possa operare anche come strumento di *deterrence*, dunque in funzione di stimolo alla rinegoziazione; d) infine va individuata la funzione legata all'intervento del giudice, come momento di mediazione tra opposti interessi.

I vari momenti così distinti approderanno unitariamente all'obiettivo finale della individuazione del rimedio più idoneo dotato di garanzie ed effettività.

## 2. La questione del contraente svantaggiato e l'approdo alla "giustizia contrattuale"

Il funzionamento degli strumenti giuridici evocati, sia con riguardo all'indiscutibile tipicità del recesso, sia nella soluzione condivisa della rinegoziazione, deve tenere conto del dato fenomenico ineludibile della distribuzione del rischio contrattuale, tipico del mondo degli affari, al fine di verificare se sia possibile richiamare, nell'ambito delle complesse tematiche negoziali qui in discussione, la figura del "*contraente svantaggiato*". In altri termini, il verificarsi di fatti e circostanze che mettono in discussione l'attuazione concreta della pattuizione voluta *ab origine* dalle parti, impone di accertare, in tali casi, se tra di esse vi sia una parte che ricopra il ruolo di contraente svantaggiato<sup>253</sup>.

L'espressione appena richiamata non evoca una situazione – tipica e fisiologica del mercato nei profili di tutela del consumatore e nei rapporti tra imprese - di strutturale fragilità economica di una parte nei riguardi dell'altra<sup>254</sup>. Non è, infatti, possibile ricorrere in simili circostanze ai principi generali di tutela del contraente economicamente più debole, atteso che la presenza di sopravvenienze non determina sempre e comunque una situazione di disparità tra le parti, sicché non può concludersi individuando un principio di carattere generale che dia rilievo *ex se* all'iniquità dello scambio ed alla debolezza contrattuale.

La circostanza in sé della sopravvenienza e/o delle sopravvenienze determina occasionalmente e non fisiologicamente una situazione di

---

<sup>253</sup> L'esecuzione del contratto di durata è alquanto rischiosa per le parti, giacché può essere turbata da eventi successivi alla stipula del contratto che incidono in vario modo sullo svolgimento e/o sui costi dell'opera: si pensi, ad esempio, alle oscillazioni dei prezzi di mercato di un determinato bene, alla modifiche del design, al ritardo dei fornitori, alle nuove scoperte tecnologiche.

<sup>254</sup> Nell'ambito della dottrina civilistica, oltre che comunemente nello specifico di quelle consumeristica e lavoristica, si è soliti distinguere un contraente "forte" e uno "debole", alludendo alla disparità di forza contrattuale tra le parti.

svantaggio per una oppure per entrambe le parti<sup>255</sup>. D'altro canto, gli strumenti rimediali finalizzati a correggere uno squilibrio, sono generalmente giustificati dalla necessità di intervenire a fronte di una condizione di debolezza nascente dalla(e) nuova(e) evenienza(e).

Invero la rinegoziazione, pur non rientrando tra i notori meccanismi di tutela della parte debole, finisce per essere considerata lo strumento più idoneo al fine di tutelare l'impresa che, nelle contrattazioni di lungo periodo, sarebbe pregiudicata dalle sopravvenienze, in una rinnovata logica di protezione non della singola posizione giuridica, ma della continuità delle contrattazioni.

Vero è che l'iniziativa della rinegoziazione (ma, ovviamente, anche del recesso per l'evidenza della sua unilateralità) proviene da una parte; ma è anche vero che entrambe le parti possono raggiungere un'intesa comune, e ciò anche quando sia stata avviata l'intimazione stragiudiziale al recesso, mitigata da una più equilibrata controproposta volta a mantenere in vita il contratto, sia pure rivisitato. Lo scenario che si prospetta all'interprete è, dunque, quello dell'equilibrio contrattuale strettamente connesso al valore economico delle prestazioni oggetto dello scambio, da rimodulare proprio a seguito delle sopravvenienze.

Sembra pertanto opportuno, sia pure in via incidentale, chiarire il significato da attribuire all'espressione "equilibrio contrattuale"<sup>256</sup>, atteso

---

<sup>255</sup> Tanto è vero che nei contratti del consumatore non sono considerate vessatorie le clausole oggetto di trattativa individuale. *"In tema disciplina del consumatore, ai fini della applicabilità della stessa e, quindi, della individuazione del soggetto come consumatore non può essere considerata tale l'impresa. Con riguardo alla microimpresa di cui all'art. 18 del Codice del Consumo, la normativa de qua non si applica alla materia delle clausole vessatorie"*. Così specificamente, Tribunale di Torino 9 marzo 2017, n. 1366. Senza poter mancare di rilevare che la sottoscrizione specifica di dette clausole serve ad attirare l'attenzione del contraente "debole" sulla posizione di svantaggio che va ad assumere.

<sup>256</sup> Sull'argomento, si v. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto, Incontro di studio del C.S.M.*, 22-24 aprile 2002, in *www.lexfor.it*.

che tale nozione finisce, a ben vedere, per rappresentare il substrato del fatto materiale di riferimento.

Ciò premesso è utile precisare che l'espressione de qua non deve certamente riferirsi, in via esclusiva, al profilo normativo del contratto, vale a dire al complesso delle regole di legge, regolamenti e convenzioni, tipizzate espressioni dell'assetto "allocativo di diritti, obbligazioni, oneri, responsabilità e rischi"<sup>257</sup>, formalizzate al momento della stipula. Vi è, infatti, nel concetto stesso di "equilibrio contrattuale", un profilo dinamico che prescinde dalla staticità della statuizione e si attaglia al divenire dello svolgimento del contratto nel tempo. E' qui sufficiente pensare solo alla complessità dell'azione economica oggetto del contratto per ben comprendere l'assoluta insufficienza di una rappresentazione ex ante dell'intera vicenda negoziale nel tempo, resa ancor più complessa dai principi di buona fede e dei tratti fisionomici delle parti<sup>258</sup>.

In quest'ottica, la tematica dell'equilibrio contrattuale si coniuga strettamente con quella parallela legata al concetto di giustizia del contratto, anch'essa per certi versi tendente a preservare il giusto equilibrio nell'assetto del rapporto negoziale tra le parti, soprattutto nei contratti di durata che sono di per sé mutevoli per via delle sopravvenienze verificabili nel tempo. In tale contesto è agevole comprendere come questa seconda accezione semantica, "*giustizia contrattuale*"<sup>259</sup>, finisca per trovare un

---

<sup>257</sup> Sono le espressioni utilizzate da OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss..

<sup>258</sup> Sul tema D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da BESSONE*, Torino, 2004, 89 e ss.. Ma anche CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, II, Giuffrè, 2003, p1690.

<sup>259</sup> Sulla nozione di giustizia contrattuale, cfr. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 343, il quale nell'affrontare la tematica della giustizia contrattuale ha precisato che essa non va confusa con la c.d. giustizia procedurale e cioè quale esito automatico e necessario discendente dalla regolare formazione della fattispecie contrattuale nei suoi prescritti *essentialia*. Si veda anche MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 257 ss.. Ma anche VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2000, p. 21 ss. e BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, p. 194 ss.

collegamento con i principi espressi dalla norma centrale del nostro ordinamento di cui all'art. 1322 c.c. sull'autonomia contrattuale. Sicché, garantire la giustizia contrattuale significa consentire al regolamento negoziale di soddisfare pienamente l'interesse delle parti, alla cui realizzazione il regolamento stesso è preordinato<sup>260</sup>.

In tale direzione, giustizia contrattuale ed equilibrio finiscono per tendere verso il medesimo obiettivo, preservare l'assetto di un equo rapporto tra le parti, nel senso di una oggettivazione sempre più fedele ai *desiderata* di entrambi i soggetti del contratto, interessati alla realizzazione dello scambio. Ovviamente non è solo una questione di "giusto prezzo" - ciò sarebbe, in verità, una vera e propria diminuzione della portata del problema -, bensì la valutazione dei profili di esecuzione nel tempo del contratto, ben riassunta nell'espressione "*construction contract*"<sup>261</sup>, imprevedibilmente condizionata da eventi di vario tipo, quali potrebbero essere, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo: possibili oscillazione dei prezzi di mercato; varianti in corso d'opera; mutamenti alle modalità delle consegne; ritardi dei fornitori. Si tratta di evenienze che finiscono con l'incidere sul giusto prezzo di mercato, non più corrispondente ai parametri iniziali della stipula. Con l'effetto consequenziale che se non si dovesse intervenire con le necessarie rettifiche e con gli opportuni aggiustamenti, si verrebbe a determinare una sproporzione tra le prestazioni<sup>262</sup>, direttamente incidente sul contratto, tale da poterne pregiudicare i successivi esiti.

---

Infine, cfr. ALPA, *Il Contratto Del Terzo Millennio: Intervento Conclusivo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 7-8, 1158

<sup>260</sup> Cfr. SCALISI, *op.cit.*, 364.

<sup>261</sup> Su tali profili, sia pure nello specifico del contratto di appalto, cfr. AMORE, *op. cit.*, spec. alle pp. 167 e 168, ove vengono approfondite le questioni legate all'esecuzione del contratto che si rileva "*rischiosa per le parti, giacché può essere turbata da eventi successivi alla stipula*".

<sup>262</sup> Sull'incidenza dell'evoluzione in materia contrattuale, cfr. LANZILLO, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, spec. da p. 47 e ss..

Ciò posto, occorre sempre prendere in considerazione il rapporto finalistico e funzionale tra regola e interesse in attuazione del principio di adattabilità dell'effetto al fatto, in base al quale deve esservi sempre un inscindibile nesso di necessaria conformità e congruenza tra l'interesse che con il fatto prende vita e l'effetto destinato a garantirne la pratica e concreta realizzazione<sup>263</sup>. L'adeguamento dell'effetto al fatto, quindi, garantisce la c.d. giustizia contrattuale, in quanto una soluzione perfettamente aderente e adattabile al problema pratico (*rectius*: sopravvenienza) non può che essere considerata la soluzione “giusta” che quel dato problema richiede ed esige<sup>264</sup>.

D'altro canto, è pure vero che un assetto contrattuale equilibrato, funzionale alla realtà del mercato e all'evoluzione delle sue dinamiche, sia parimenti “giusto”<sup>265</sup>, perché tendente ad evitare perturbative nocive ad entrambe le parti e, nel caso di contratti con rilevante evidenza economica, diretto a salvaguardare l'intero mercato.

Il recesso e la rinegoziazione, quindi, operano al fine di rimuovere le eventuali discrasie e scarti che si verificano tra fatto ed effetto. Il recesso opera nella prospettiva di scioglimento del contratto quando viene meno l'interesse alla prosecuzione del rapporto. La rinegoziazione, invece, mira all'intavolazione di nuove trattative al fine di salvare il contratto quando entrambe le parti, al verificarsi delle sopravvenienze, hanno interesse alla prestazione, ma con modalità di esecuzione diverse da quelle originariamente pattuite.

---

<sup>263</sup> Sul principio di adeguamento o di convenienza dell'effetto al fatto cfr. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965,456, nonché in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica Giuridica*, Milano, 1997,62,342.

<sup>264</sup> V. SCALISI, *op.cit.*, 363; nonché CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, 1994 , 380 ove si afferma che la giustizia è la risposta capace di risolvere in maniera adeguata quel dato problema pratico.

<sup>265</sup> Analoghe considerazioni sono pure in CARINGELLA, *op. cit.*, a p. 1691.

### 3. Segue: possibile graduazione dei meccanismi in una logica di effettività ed adeguatezza dell'apparto rimediale

Premesse le superiori considerazioni è necessario verificare quali siano le concrete applicazioni del principio di effettività, declinato sui paralleli piani dell'equilibrio negoziale e del giusto contratto. Da qui la richiamata centralità del c.d. "*fatto materiale*", sicuro elemento risolutivo, indicativo e performante, al fine di valutare e soppesare le sopravvenienze tipiche dei contratti di durata. Ed infatti, nell'accezione comune di effettività, convenzionalmente intesa come semplice constatazione del paradigma indicante l'emersione del fatto storico sopravvenuto<sup>266</sup>, emerge in tutta la sua evidenza la funzione regolatrice, peraltro dello stesso principio di effettività, che finisce per operare come un "*giudizio di accertamento circa la vigenza del diritto positivo*"<sup>267</sup>.

In tale direzione il profilo dell'effettività, quindi, non solo verifica la portata dell'evento sul piano concreto e tangibile, ma altresì dispone quali siano i precetti, strutturati all'interno dell'ordinamento giuridico vigente, in grado di interagire con l'evento materiale stesso. Orbene, in siffatta prospettiva, diviene fisiologico che il dato centrale e apprezzabile sul piano empirico del mutamento delle circostanze di fatto, come effetto indotto e secondario, "*determini il cambiamento delle norme*"<sup>268</sup>. Il risultato di cui sopra, scevro da condizionamenti e regole giuridiche universalmente riconosciute, costituisce indubbiamente un efficace momento di mediazione

---

<sup>266</sup> Altri possono essere i significati del termine, soprattutto se considerato in riferimento alla tutela, oppure considerando l'autorità promanante: a) nel primo caso il grado di incidenza, in termini reali e precettivi, del diritto correlato; il secondo caso nell'immedesimazione organica nell'autorità (amministrativa o giurisdizionale) che conferisce effettività (*rectius*: vigenza) al diritto positivo.

<sup>267</sup> Si segnalano, nel merito, le riflessioni di FALANGA, *Il principio di effettività nella teoresi di A. Catelani e H. Kelsen*, in *Società e Diritti*, riv. elettr., 2017, anno II, n. 3, soprattutto alle pp. 2 e 3.

<sup>268</sup> La prospettiva è quella di CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli (CZ), 2013, 89 e 90.



tra prassi e diritto; nel senso che raffigura l'elemento di congiunzione tra gli accadimenti concreti, evolutivi rispetto alla rappresentazione negoziale originariamente prospettata, e quest'ultima, con l'arduo compito di accertare e regolare, nell'attualità, la situazione di fatto esistente.

In origine, invero, aleggiava la sensazione - diffusa, però, solo in una risalente dottrina italiana <sup>269</sup> - che il principio di effettività avesse l'effetto negativo di ridurre il diritto al mero fatto. Orbene, la pur remota possibilità di una tale evenienza è, però, scongiurata del tutto perché il fatto, ratificato dalle regole giuridiche, è solo il fatto sociale, ed il timore che la norma astratta possa subire un condizionamento è del tutto infondato, atteso il dato incontestabile dell'evoluzione sociale ed economica che non solo giustamente coinvolge la moderna scienza giuridica, ma obbliga ad una rilettura delle logiche del mercato degli scambi e delle soluzioni negoziali che richiedono sempre più frequenti e radicali accelerazioni <sup>270</sup>.

Nell'attualità, non è contestabile che il principio di effettività vada modulato in riferimento agli strumenti di gestione del rapporto negoziale, validamente riconducibili alla due opposte alternative del recesso e della rinegoziazione.

La tutela del contraente tra rinegoziazione e recesso, impone a questo punto di verificare quali siano le possibili relazioni reciproche e le interferenze al fine di accertare se sia configurabile una graduazione tra i due meccanismi ed individuare il giusto rimedio, in ossequio al principio di effettività dell'apparato rimediabile.

In particolare, ci si interroga sulla possibilità di attribuire ruolo primario all'obbligo di rinegoziazione e, di conseguenza, assegnare al recesso carattere residuale e sussidiario rispetto al primo. In questi termini, al

---

<sup>269</sup> Tracce di tale indicazione sono in SALVIOLI, *l'“effettività” in diritto internazionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1953, II, 280.

<sup>270</sup> Talune indicazioni in tal senso sono in PIOVANI, *op. cit.*, 430 e 431.

verificarsi della sopravvenienza, le parti dovrebbero innanzitutto intavolare le trattative per cercare di salvaguardare il rapporto negoziale e, in subordine, ove ciò non sia possibile, troverà spazio il diverso rimedio di tipo caducatorio. Il diritto di recesso, quindi, verrebbe limitato dall'obbligo di rinegoziazione, in quanto il primo sarebbe esercitabile solo se quest'ultimo non appare una soluzione concretamente praticabile.

Invero, la configurabilità di una simile relazione tra rinegoziazione e recesso determinerebbe, a cascata, un ampliamento dei poteri attribuiti al giudice in sede di cognizione. Ed infatti, circoscrivere l'ambito di applicazione del recesso, avrebbe come inevitabile conseguenza quella di sottoporre al vaglio del giudice la legittimità dello stesso ogniqualvolta il recesso venisse esercitato senza aver previamente esperito la rinegoziazione.

D'altro canto, il riconoscimento di un potere di recesso (*sub specie* di autotutela) non è condizione sufficiente per un suo legittimo esercizio, di conseguenza la valutazione di legittimità dell'esercizio del diritto di recesso necessita un'attenta analisi del comportamento delle parti e, segnatamente, della sfera della parte svantaggiata (dalla sopravvenienza), al fine di verificare il comportamento della medesima parte, la quale potrebbe optare per lo scioglimento del contratto al sol fine di evitare i costi necessari per far fronte alla rinegoziazione. L'indagine, quindi, non può essere condotta sulla base di una mera valutazione astratta, ma dovrà essere vagliata tenendo conto della concreta situazione che matura *ex post* a seguito della sopravvenienza, per poi verificare se l'eventuale disfunzione del rapporto negoziale potrà, essere superata, facendo ricorso a rimedi che incidano sugli interessi contrapposti in modo più idoneo e, quindi, tramite meccanismi di conservazione del rapporto contrattuale.

La giurisprudenza, invero, più volte ha ribadito l'esigenza di valutare in concreto le modalità dell'esercizio del diritto di recesso, al fine di arginare

condotte “abusive” in contrasto con i principi di buona fede e correttezza<sup>271</sup>. Attenta dottrina, sotto questo profilo, ha messo in evidenza il rapporto tra abuso del diritto e buona fede<sup>272</sup>, i quali non sarebbero perfettamente sovrapponibili ed equivalenti, giacché differiscono sia sotto il profilo operativo che del tipo di controllo al quale sono preordinati<sup>273</sup>.

La soluzione al quesito suesposto, tuttavia, non può prescindere da una valutazione del caso concreto che tenga conto del tipo di sopravvenienza intervenuto, dell’assetto dei mercati nonché del comportamento delle parti. Sulla base di queste valutazioni la rinegoziazione, quale corollario del principio generale di buona fede e correttezza, potrebbe essere l’auspicabile soluzione volta a mantenere il rapporto giuridico nel rispetto degli interessi delle parti diviso nel programma negoziale.

Di conseguenza, in quest’ottica, la soluzione abdicativa del recesso diverrebbe quella preferibile solo in via subordinata e, cioè, quando lo strumento della rinegoziazione non sia in grado di ripristinare il corretto assetto degli interessi delle parti.

Ne discende che, alla luce del nuovo assetto dei mercati e della fenomenologia di contratti di lunga durata, si assiste ad una tendenziale prevalenza degli strumenti conservativi rispetto ai diversi rimedi di tipo caducatorio, perché maggiormente in grado di assecondare gli interessi delle parti nell’ottica di una tutela efficiente, volta a salvaguardare la

---

<sup>271</sup> Sul recesso abusivo v. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, 1, 5 e ss. con nota di D’AMICO.

<sup>272</sup> Sul punto cfr. tra tutti LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012, 156.

<sup>273</sup> Ed infatti, mentre la buona fede opera come fonte di integrazione contrattuale obbligando le parti a vincoli ulteriori volti a garantire la salvaguardia delle rispettive posizioni giuridiche, con il solo limite dell’apprezzabile sacrificio; l’abuso del diritto si realizza quando il diritto viene esercitato per ottenere utilità diverse e ulteriori rispetto a quelle che il contenuto del diritto stesso garantisce. Di conseguenza, il sindacato che svolge l’abuso è una tecnica di controllo di tipo funzionale volta a sindacare lo scopo per il quale il diritto è esercitato.

continuità e la regolarità dell'esecuzione per tutto il periodo di tempo pattuito.

Da ciò, tuttavia, non deriva il principio secondo il quale i meccanismi della risoluzione del recesso siano a priori insufficienti e inadeguati, atteso che la valutazione della loro operatività dovrà necessariamente avvenire attraverso una coerente valutazione delle sopravvenienze e delle circostanze del caso concreto. Vero è che si propende a favore dei meccanismi conservativi del rapporto negoziale, però, è anche vero che non sempre ciò è concretamente possibile.

Da queste ultime riflessioni si ricava che il rimedio della rinegoziazione non può, in assoluto, rappresentare la chiave di volta di ogni sopravvenienza e, pur nella decisa apprezzabilità dello strumento manutentivo del contratto che, a parità di condizioni, è decisamente preferibile a quello ablativo, non può sempre escludere l'opzione (sia pure marginale) del recesso. La scelta non potrà certamente essere arbitraria o esclusivamente basata sulla discrezionalità di uno dei due contraenti: dovrà diversamente fondarsi sul criterio della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti che, a sua volta, andrà ricordato con il principio dell'effettività della tutela nel rispetto del canone di buona fede durante l'esecuzione del rapporto.

I due profili della meritevolezza degli interessi e dell'effettività della tutela rappresentano, nello specifico del rapporto sinergico che ne determina la sostanziale unitarietà, il criterio discretivo attraverso il quale è possibile valutare il grado dello squilibrio contrattuale determinato dalle sopravvenienze. In tal senso emerge un processo di progressiva oggettivizzazione della tutela di entrambi i contraenti nei rapporti di durata. Questi ultimi, per l'appunto, nell'ambito delle operazioni contrattuali caratterizzate dal dato fisiologico della continuità, sono meritevoli di un nuovo e più flessibile assetto regolativo, a causa del potenziale

perturbamento che sovente scaturisce dall'esecuzione stessa del contratto incidendo sulla sua funzionalità. In tal senso la dimensione temporale potrebbe costituire, se non risolvibile attraverso la rinegoziazione, un vero problema che potrebbe minare, in casi estremi, la stessa libertà dei contraenti e, per l'effetto, pregiudicare le contrattazioni e le relazioni di mercato tra le imprese.

#### **4. Il recesso come strumento in funzione di *deterrence* volto ad incentivare la rinegoziazione**

Un successivo passo necessario come approfondimento sistematico, è quello di offrire un'interpretazione alternativa rispetto alla ricostruzione tradizionale dei due istituti, nel segno non più di una netta contrapposizione, bensì nel tentativo di funzionalizzare il recesso come mezzo per giungere alla rinegoziazione. Ci si interroga, in particolare, sulla possibilità di valutare la percorribilità di uno spazio operativo che non veda in assoluto un inconciliabile contrasto tra i due rimedi, ma una perfetta sinergia finalizzata all'unico obiettivo di mantenere in vita il contratto adeguandolo alle sopravvenute circostanze. In questa prospettiva, il rapporto tra rinegoziazione e recesso potrebbe essere analizzato sotto un altro profilo che tenga conto della complementarità e della possibile reciproca integrazione dei due rimedi.

In tutti i rapporti di durata la parte, che intende sciogliere il contratto, è tenuta a dimostrare, in conformità al principio relativo alla ripartizione dell'onere probatorio sancito dall'art. 2697 c.c., la sussistenza di un fatto idoneo al recesso <sup>274</sup>. A questi fini, è necessaria una preventiva

---

<sup>274</sup> Cfr. sullo specifico argomento una recente sentenza di merito. App. Roma, 10 maggio 2017, n. 3121, in *plus iuris* "Il diritto di recesso si esercita con l'invio, entro i termini previsti, di una comunicazione scritta che può essere inoltrata mediante telegramma, telex, posta elettronica e fax, a condizione che sia confermata mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento entro le quarantotto ore successive; la raccomandata si intende spedita in tempo utile se consegnata all'ufficio postale accettante entro i termini previsti dal codice o dal contratto, ove diversi. L'avviso

comunicazione di fronte alla quale la controparte potrebbe legittimamente offrire una soluzione compromissoria finalizzata al mantenimento in vita del contratto, aprendo così le trattative di rinegoziazione.

Una siffatta e auspicabile evenienza induce a riconsiderare gli aspetti positivi riconducibili ai potenziali effetti di *deterrence* che concretamente il recesso potrebbe dispiegare<sup>275</sup>, nel senso che, dalla tradizionale (e tipica) connotazione negativa volta ad estinguere il contratto, emerge una potenzialità di segno opposto, vale a dire l'opportunità di avviare, dopo la notifica dell'intento di voler recedere, trattative per incoraggiare il mantenimento in vita, sia pure con i necessari correttivi, del contratto.

Lo strumento del recesso, in tal caso, assume il ruolo e la funzione di mezzo al fine di incentivare la rinegoziazione. Le parti stesse nell'ambito della loro autonomia negoziale potrebbero strumentalizzare il diritto di recesso per valorizzare l'obbligo di rinegoziazione, pattuendo clausole dalle quali scaturisce il riconoscimento del diritto di recesso al verificarsi della mancata intavolazione o non corretta conduzione delle trattative per rideterminare il programma negoziale al verificarsi di sopravvenienze. In tal caso, il recesso opererebbe non solo quale rimedio contro l'inadempimento, ma anche come strumento con funzione di *deterrence* volto ad incentivare la rinegoziazione.

Il recesso, come meccanismo reattivo, può essere ricostruito in via interpretativa attraverso il riferimento alla giusta causa, ravvisando nell'inadempimento il fattore causale in cui trova giustificazione lo scioglimento del contratto. Si tratta di una ipotesi di recesso affine alla risoluzione, ma più duttile ed efficace, costituendo strumento di autotutela, che non necessita dell'intermediazione giudiziaria.

---

di ricevimento non è, comunque, condizione essenziale per provare l'esercizio del diritto di recesso”.

<sup>275</sup> Per un'applicazione dell'obiettivo *deterrence* in giurisprudenza, cfr. Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Rep. Lex24*, 2015.

In questa più ampia dimensione appare possibile prospettare una rielaborazione della figura di recesso per inadempimento, anche sul piano dell'esplicazione dell'autonomia privata, riconducendola nell'ambito della condizione risolutiva, in considerazione del fatto che la giurisprudenza ha recentemente rivisto la sua posizione, affermando che l'inadempimento degli obblighi contrattuali può essere validamente dedotto in condizione seppure rappresenti un elemento essenziale intrinseco al rapporto <sup>276</sup>. A maggior ragione ciò può valere per l'inadempienza dell'obbligo di rinegoziazione, costituendo un evento connotato da complessità (sopravvenienza e mancata rinegoziazione), avente i caratteri della estrinsecità e della incertezza. Ad ulteriore conferma va rilevato che la ricostruzione del recesso come condizione risolutiva di inadempimento costituisce una variante pattizia della clausola risolutiva espressa <sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> In giurisprudenza si è assistito ad un intenso dibattito circa l'ammissibilità o meno, nel nostro ordinamento, della c.d. condizione di inadempimento. Con il termine condizione di inadempimento si indica l'ipotesi in cui sia dedotto in condizione il fatto storico dell'adempimento o dell'inadempimento di uno dei contraenti. Il riconoscimento di una siffatta condizione importa per la controparte la possibilità di tutelarsi dall'inadempimento, potendo contare sull'inefficacia discendente "*ipso iure*" dall'operare della condizione. Un simile obiettivo può essere perseguito o attraverso una condizione c.d. sospensiva di adempimento, che subordini l'efficacia del contratto all'adempimento, o deducendo in contratto una condizione c.d. risolutiva di inadempimento, che subordini la cessazione degli effetti del contratto al fatto dell'inadempimento. Con la condizione di inadempimento si persegue l'obiettivo di sottoporre il fatto storico dell'inadempimento alla disciplina della condizione di cui agli artt.1353 e ss., così determinando retroattivamente la perdita di efficacia dell'intero contratto. Vedi sul punto BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, 545; PATTI, *La condizione di adempimento*, in *Vita not.*, 2000, 1163; PETRELLI, *La condizione elemento essenziale del negozio giuridico*, Milano, 2000; CARUSI, *Teoria e prassi del negozio condizionato*, nel *Trattato Roppo*, Milano, 2006, 356. In giurisprudenza v. Cass. 21 aprile 2010, n. 9504, in *Imm. e propr.*, 2010, 7, 458: "*Qualora l'inadempimento di una delle parti alle obbligazioni contrattuali sia stato dedotto in contratto quale condizione risolutiva, l'inadempimento stesso, una volta verificatosi, non può essere fondatamente invocato dalla controparte quale illecito contrattuale e fonte d'obbligazione risarcitoria ex art. 1223 c.c., trattandosi invece del legittimo esercizio di una potestà convenzionalmente attribuita, in quanto costituente l'evento espressamente dedotto in condizione risolutiva potestativa per concorde volontà di entrambe le parti*".

<sup>277</sup> Nonostante le apparenti affinità, la condizione di inadempimento va distinta dalla clausola risolutiva espressa. Sebbene entrambe conducano alla risoluzione del contratto cui sono apposte, nella condizione risolutiva di inadempimento la risoluzione opera secondo le regole della condizione del contratto, mentre nella clausola risolutiva espressa la risoluzione si verifica di diritto, allorquando la parte interessata dichiara all'altra che intende avvalersi della clausola. L'art. 1458 c.c. scolpisce una regola di carattere generale, disponendo che la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, ma non pregiudica i diritti acquistati dai terzi.

Evidente è, in tal senso l'approdo all'analisi economica del diritto, atteso che la tecnica giuridica del recesso viene utilizzata per conseguire un risultato del tutto opposto a quello tipico dell'istituto. E' chiaro che in questo caso il recesso opererebbe come una "minaccia" finalizzata ad esortare le parti ad adeguare il contratto al fine di evitare le conseguenze negative, soprattutto in termini economici della estinzione del negozio e, quindi, i costi di nuove contrattazioni. Combinare insieme le variabili della concreta fattispecie delle sopravvenienze, correlata agli elevati costi dell'operazione "recesso"<sup>278</sup>, potrebbe condurre, sia pure con il necessario

---

Sono fatti salvi, in ogni caso, gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione. Nella clausola risolutiva espressa, pertanto, la risoluzione ha efficacia obbligatoria e non reale, con la conseguenza che la retroattività della risoluzione non è inopponibile ai terzi. Nella condizione di inadempimento, invece, la retroattività è reale, ha un'efficacia *erga omnes*, sicché il terzo subirebbe la risoluzione. Vale infatti il principio per cui chi acquista "sub condicione" ne subisce gli effetti. In ciò si ravvisa la principale funzione della condizione di inadempimento, consistente nella necessità di tutelare chi subisce l'inadempimento dal rischio dell'insolvenza della controparte che avesse alienato il bene, nonché dal rischio della irrecuperabilità del bene ormai confluito nella sfera giuridica di un terzo. Di fronte al possibile pregiudizio sofferto dal terzo a causa della opponibilità in suo confronto della condizione, l'ordinamento ammette la prevalenza del terzo ogniqualvolta quest'ultimo abbia provveduto per primo a trascrivere il proprio atto di acquisto, laddove si tratti di beni immobili o di beni mobili registrati, o, per il caso di beni mobili, abbia acquistato per primo il possesso in buona fede sulla base di un titolo astrattamente idoneo, facendo così salvo il proprio acquisto in virtù della regola possesso di buona fede vale titolo (art. 1153 c.c.). Infine, mentre la risoluzione di diritto, benché convenuta mediante clausola risolutiva espressa, non pregiudica la possibilità di attivare i rimedi risarcitori, che si aggiungeranno a quelli risolutivi, nel caso in cui si avveri l'inadempimento dedotto in condizione viene meno l'intero contratto, con la conseguente impossibilità di ravvisare un inadempimento fonte di responsabilità risarcitoria. Con l'avveramento della condizione, pertanto, non è più possibile pretendere l'adempimento del contratto risolutivamente condizionato. La preclusione al risarcimento del danno, nel caso di condizione di inadempimento, pone un problema di contrasto con l'art. 1229 c.c., ogniqualvolta l'inadempimento sia doloso o colposo. L'art. 1229 c.c., infatti, sanziona con la nullità qualsiasi patto volto ad escludere o limitare preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Si ritiene, pertanto, che l'ammissibilità di una condizione di inadempimento doloso o colposo, per superare i potenziali conflitti con il 1229, sarebbe sempre subordinata alla sua qualificazione in termini di condizione unilaterale, come tale rinunciabile, di guisa che la condizione di inadempimento doloso o colposo, lungi dall'atteggiarsi a clausola di esonero preventivo da responsabilità, andrebbe intesa come scelta di esclusione della responsabilità intervenuta dopo l'inadempimento. Cfr. BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 196; COSTANZA, voce «*Clausola risolutiva espressa*», in *Enc. giur. Treccani*, VI, Ed. Enc. it., 1988, 1; DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, nel *Trattato Roppo*, Giuffrè, 2006, 295,

<sup>278</sup> Si pensi, per un momento, al disvalore della cessazione del contratto, con i costi collegati alla mancata produttività e ai mancati guadagni; senza poter mancare di osservare che sorgerebbero difficoltà per procedere, per entrambe le parti, ad altre scelte organizzative e produttive, con evidenti incognite legate a vicende future e incerte del mercato.



consenso della parte che vorrebbe il recesso, verso una dimensione produttiva di maggiore stabilità, desiderata da entrambi i contraenti.

In particolare il recesso con funzione di *deterrence*, coniugato ad un principio di effettività della tutela, mira essenzialmente alla sostanziale osservanza del contratto, inteso come fine attraverso il quale è possibile raggiungere il migliore risultato, sia in termini sociali, sia in termini economici. D'altro canto, l'istituto del recesso, nella logica sottesa al generale principio dell'autonomia contrattuale delle parti, ben potrebbe essere finalizzato all'indiretto obiettivo di mantenere in vita il contratto. Si pensi, come già evidenziato, all'intimazione del recesso come iniziativa volta a sondare e, quindi, sollecitare l'altra parte - seriamente intenzionata a non dismettere il contratto - a proporre un'offerta modificativa delle condizioni originarie; ma, allo stesso tempo, a rivederlo e a modificarlo secondo i canoni di equità e di equilibrio scaturenti da sopravvenienze che non possono essere ignorate.

In questa direzione, tra l'altro, è evidente che tale ricostruzione si intreccia anche con i principi di validità e di efficacia del contratto nel tempo, che sono implicitamente evocabili dall'interpretazione alternativa e/o evolutiva che è stata data all'istituto del recesso nei contratti di lungo periodo (art. 2 Cost.). Peraltro, è parimenti possibile osservare che la concezione del principio di effettività ben si articola, "*nel binomio di validità e di efficacia*", con la prerogativa, decisamente apprezzabile, di coniugare insieme l'enucleata essenza non punitiva insita nel recesso che consente la rinegoziazione, con l'obbiettivo di tutela delle parti del contratto<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> Approfondite considerazioni sul punto sono in CATELANI, *La norma fondamentale nel pensiero di Hans Kelsen, nel principio di effettività*, in *Riv. Inter. di fil. dir.*, 503, che richiama l'opera di Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.

In queste rinnovate dinamiche appare legittimo ritenere che non si venga a creare una sovrapposizione o contrapposizione tra recesso e rinegoziazione, ma un rapporto dialettico volto a garantire la più efficace tutela del contraente svantaggiato dalle sopravvenienze, anche in una logica di rafforzamento e in cui il recesso appare idoneo ad assolvere ad una funzione preventiva per indurre la controparte ad adempiere ai doveri di condurre le trattative di rinegoziazione secondo correttezza e lealtà nell'obiettivo primario della conservazione e stabilità contrattuale; e così promuovere ed incentivare condotte virtuose.

Recesso e rinegoziazione non sembrano quindi costituire meccanismi in posizione antagonista, ma appaiono più ragionevolmente graduabili, in una assiologia aggregante, che valorizzi la qualità delle regole e l'efficienza dei rimedi.

## **5. Il giudizio di efficienza delle soluzioni adottate nei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti**

Il nucleo principale del contratto è rappresentato dal regolamento negoziale ed in particolare dall'interesse concreto perseguito dalle parti al momento della stipulazione dello stesso. Si afferma, quindi, un nuovo tipo di autonomia c.d. efficiente, caratterizzata dalla predisposizione di regole diverse a seconda della reale natura e portata degli interessi perseguiti, della particolare destinazione e funzione dei servizi e dei beni oggetto della pattuizione, al fine di addivenire all'individuazione di statuti normativi adeguati alla particolare operazione contrattuale<sup>280</sup>.

In tale contesto l'adeguamento assurge a “ *principio generale nei contratti di lungo termine*”<sup>281</sup>, atteso che la flessibilità deve

---

<sup>280</sup> Per un approfondimento sul punto v. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., 346.

<sup>281</sup> L'intuizione è attribuibile a MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 93 e ss..

necessariamente contrassegnare i contratti di durata sotto il profilo delle regole economiche e finanziarie <sup>282</sup>. Diversamente opinando si creerebbe un'ingiustificabile ingessatura, attraverso la cristallizzazione del regolamento predisposto all'atto della stipula, senza che sia in alcun modo possibile operare le necessarie rettifiche al verificarsi di eventi sopravvenuti. Da qui l'ulteriore considerazione che i principi generali di conservazione e di adeguamento del negozio ben potrebbero essere supportati dal ricorso all'equità e alla buona fede, intesi come criteri necessari di integrazione del contratto. D'altra parte nel nostro ordinamento l'obbligo di cooperazione tra le parti, assume un ruolo fondamentale, quale corollario della buona fede e della correttezza entrambe “*destinate a governare le vicende contrattuali sul versante dinamico*” <sup>283</sup>.

Per tale effetto, il rispetto dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, sono espressione del dovere di solidarietà fondato sulla norma di cui all'art. 2 Cost., che impone alle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi reciproci e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge e/o di contratto <sup>284</sup>. In tal modo i principi e le regole generali dei contratti, alla luce delle rinnovate esigenze di mercato e della incessante necessità di tutelare l'attività di impresa, assurgono a ruolo “*servente, ancillare e in ogni caso funzionale*” rispetto

---

<sup>282</sup> In tal senso SCALISI, *Il contratto in Trasformazione*, op. cit., 341, ove si evidenzia il fallimento e i limiti della dottrina economica, considerata inadeguata per aver pensato in termini puramente statistici secondo criteri oggettivi e validi in assoluto il valore dei beni.

<sup>283</sup> Ancora MACARIO, op. ult. cit., a pag. 147.

<sup>284</sup> In tal senso cfr. Trib. Pescara, 14 giugno 2016, n. 1012, in *Plus iuris*: “*la violazione dei doveri di correttezza e buona fede costituisce inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato*”

allo svolgimento di tale attività <sup>285</sup>. I principi sopra espressi costituiscono il substrato tecnico-giuridico sul quale trova, poi, specifico fondamento la tesi dell'equo adeguamento, inteso come criterio di armonizzazione del contratto. In ragione della necessaria flessibilità, considerata come corollario dell'obbligo di cooperazione, l'adeguamento, valutato come specifica tecnica giuridica di necessaria integrazione del contratto, costituisce il passaggio indispensabile. Pertanto le parti sono tenute, in ottemperanza al principio di efficienza del contratto e di buon andamento delle trattative, ad adottare le soluzioni più idonee e congrue al fine di collaborare tra loro per l'operazione di salvataggio del contratto medesimo, al fine di procedere a modellare il testo originario dell'accordo, in ragione di congiunture e contingenze concrete che siano emerse successivamente alla stipula e durante i vari tempi di esecuzione.

Il profilo di efficienza delle contrattazioni si concreta, dunque, sul versante dinamico e del divenire contrattuale, attraverso un *aliquid novi* che introduce i necessari adeguamenti integrativi mantenendo i termini dell'originario scambio, sia pure con i correttivi determinati dalle sopravvenienze.

La finalità conservativa del contratto, invero, è presente a livello sovranazionale ove, a partire dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1980, sono espressamente regolamentate le sopravvenienze ed i rimedi contrattuali esperibili <sup>286</sup>. L'esigenza di

---

<sup>285</sup> In questo senso vedi MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civ.*, 2014, 3, 861

<sup>286</sup> L'articolo 79 della Convenzione di Vienna stabilisce: "1. Una parte non è responsabile dell'inadempimento di uno qualsiasi dei suoi obblighi se prova che tale inadempimento 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'inadempimento di una delle parti è dovuta all'inadempimento 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.

armonizzare le soluzioni adottate nei diversi ordinamenti al fine di risolvere le problematiche connesse alla prassi commerciale internazionale rappresenta la *ratio* sottesa ai nuovi principi elaborati a livello europeo che recepiscono nella loro articolazione strumenti da tempo utilizzati nelle operazioni commerciali.

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 prassi delle contrattazioni internazionali, infatti, 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 e dall'altro prevedono l'obbligo di rinegoziazione e il potere del giudice di risolvere o modificare il contratto in caso di mancato accordo tra le parti<sup>287</sup>.

L'art. 6.2.2. dei principi *Unidroit* disciplina le clausole di *hardship* con formula generica ed elastica, al fine di garantire la massima elasticità di interpretazione degli eventi idonei a provocare lo squilibrio delle prestazioni, con conseguente rischio di conflitto tra le parti e intervento dell'autorità giudiziaria<sup>288</sup>.

---

*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 danniinteressi in virtù della presente convenzione”.*

<sup>287</sup> cfr. art. 6.111 dei Principi Lando. In particolare, la rinegoziazione e la modificazione giudiziale possono aver luogo a tre condizioni: 1) il mutamento delle circostanze dopo la conclusione del contratto; 2) non prevedibilità della sopravvenienza; 3) la parte danneggiata non era tenuta ad assumersi il rischio del mutamento del contratto. V. sul punto ALPA, I “*Principle of european contract Law*” predisposti dalla commissione Lando, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2000,495.

<sup>288</sup> Nella stessa ottica è necessario richiamare i più volte citati *Principi Unidroit*, i quali contemplano l'inserimento di clausole di *hardship*, inquadabili, tuttavia, tra le clausole di adeguamento automatico e non di rinegoziazione tout court.

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.

In particolare, gli artt. 6.2.121, 6.2.222, 6.2.323, dei Principi Lando (PECL) nell'ottica di implementare e rendere maggiormente sicuri i traffici commerciali, prospettano soluzioni conservative volte a rinegoziare le condizioni contrattuali. La tutela manutentiva passa necessariamente attraverso un solidale obbligo di rinegoziare le condizioni economiche originarie.

Passando al profilo dei rimedi operanti in caso di mancato raggiungimento dell'accordo di rinegoziazione, il comma 3 dell'art. 6.2.3. dei principi *Unidroit* autorizza le parti a rivolgersi al giudice che potrà risolvere il contratto o adattarlo al fine di ripristinare l'originario equilibrio. In questa prospettiva il citato art. 6.2.3. attribuisce al giudice il potere di intervenire modificando o risolvendo il contratto solo quando ciò appare in concreto "ragionevole", sicché il giudice potrebbe escludere qualsiasi intervento modificativo o estintivo e confermare le clausole così come originariamente pattuite. L'ampio potere di intervento del giudice, quindi, potrebbe di fatto vanificare l'obbligo di rinegoziazione, sindacando il tipo di sopravvenienza o diversamente optando per lo scioglimento del contratto. A ciò si aggiunga che l'instaurazione di un giudizio di merito e le relative lungaggini processuali creano un effetto sospensivo delle contrattazioni e con incisivi pregiudizi per il mercato e la sua efficienza<sup>289</sup>.

---

<sup>289</sup> Cfr. sul punto AMORE, op. cit., 138, ove si precisa che " se è vero che la richiesta di rinegoziazione non dà di per sé alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione (art. 6.2.3.), è altrettanto vero che il ricorso al giudice in caso di mancato accordo fra le parti, produrrebbe comunque, nel silenzio della legge e nelle more della decisione, tale effetto sospensivo: con conseguente pregiudizio dell'interesse di entrambe le parti alla prosecuzione del rapporto".

Tali ragioni inducono a riflettere sull'opportunità e soprattutto sulla convenienza dell'intervento giudiziale nell'ambito riservato all'autonomia privata.

## **6. L'efficienza dei rimedi nello scenario sovranazionale.**

L'individuazione di adeguati strumenti di tutela necessita una valutazione ad ampio raggio che tenga conto non solo delle prospettive di livello europeo, ma anche delle soluzioni adoperate nei vari paesi. L'ampliamento delle dinamiche contrattuali e le prospettive commerciali, infatti, oggi non possono essere studiate solo sotto un profilo nazionale, stante la internazionalizzazione degli scambi e l'espansione delle operazioni economiche tra imprese operanti nei vari paesi.

Di conseguenza, è opportuno analizzare e confrontare le diverse esperienze giuridiche, partendo innanzitutto dal modello tedesco, specie dopo la riforma dello *Schuldrecht* del 2001, dalla quale deriva una formale autonomia tra le sopravvenienze "impossibilitanti" e quelle che, invece, alterano l'equilibrio tra le prestazioni <sup>290</sup>.

In particolare, il legislatore tedesco, recependo un principio consolidato in giurisprudenza, ha previsto nel nuovo §313 BGB un meccanismo di adeguamento del contratto, qualora il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto secondo la pattuizione originaria <sup>291</sup>. Il paragrafo § 313 BGB, infatti, dedicato alla alterazione del fondamento negoziale, tratta di "circostanze che, poste dalle parti a fondamento del contratto, mutano

---

<sup>290</sup> Il sistema giuridico tedesco ha sempre manifestato una particolare attenzione all'incidenza delle sopravvenienze durante l'esecuzione del contratto, attraverso l'elaborazione da parte della pandettistica della presupposizione, figura giuridica richiamata anche dal nostro ordinamento.

<sup>291</sup> Per un'analisi sul tema v. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 840; nonché ID. *Revisione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 1065, ove si precisa che la riforma tedesca discorre di adeguamento del contratto e non di rinegoziazione.

successivamente alla conclusione del contratto di modo che, se le parti avessero potuto prevedere il loro mutamento non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso a condizioni differenti”, in simili situazioni le parti 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.

La normativa appena richiamata prevede, inoltre, che nel caso in cui non sia possibile né l’adeguamento né il mantenimento del contratto invariato, la parte svantaggiata può esercitare il diritto di recesso dal contratto. Dall’analisi del § 313 BGB emerge che il legislatore abbia giudicato “giusto” il rimedio del riadeguamento del contratto, indicando solo in via alternativa e residuale lo scioglimento dello stesso, ossia quando il riadeguamento non fosse possibile (*rectius*: ragionevole) <sup>292</sup>.

Il legislatore tedesco, recependo una prassi giurisprudenziale ormai consolidata, predispone una disciplina finalizzata alla salvaguardia del contratto, considerando le sopravvenienze in modo unitario, senza una previa differenziazione tra rischi quantitativi e rischi qualitativi.

Tale soluzione, tuttavia, non è esente da critiche, giacché la normativa in esame non offre al giudice indici sulla base dei quali individuare in concreto i casi di sopravvenienze rilevanti. L’ambito di applicazione del paragrafo § 313 BGB appare, quindi, piuttosto vasto, sicché, la dottrina e la giurisprudenza dovranno inevitabilmente intervenire per delimitare i confini della disciplina in esame <sup>293</sup>.

Nonostante la previsione del diritto all’adeguamento del contratto il legislatore tedesco non ha chiarito quali siano i poteri del giudice a fronte

---

<sup>292</sup> Per un approfondimento v. TARASCI, *Sopraavvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di Civil e di Common Law*, Napoli, 2003, 163.

<sup>293</sup> L’argomento è stato affrontato da TARASCI, *op.cit.*, 165.



dell'inadempimento delle parti e segnatamente se sia possibile imporre a livello giudiziale un adeguamento ovvero se l'autorità giudiziaria debba limitarsi a liquidare il danno per mancato esito fruttuoso delle trattative <sup>294</sup>. La risposta alla problematica appena esposta non appare di facile soluzione, giacché, da un lato occorre tener conto della rilevanza della previsione normativa e quindi della *ratio* sottesa alla predisposizione di un obbligo di adeguamento del contratto e, dall'altro lato, è necessario tenere sempre presente il rapporto tra la libertà dei privati e i poteri del giudice.

Nel diritto francese, invece, il *code civil* all'art. 1195 disciplina la teoria dell'*imprévision* <sup>295</sup>.

Invero, prima della riforma intervenuta con l'*Ordonnance* n. 2016-131, entrata in vigore il 1.10.2016, non vi era una disciplina volta a regolare gli effetti del contratto in caso di circostanze sopravvenute imprevedibili tali da incidere sull'esecuzione del contratto. La possibilità di individuare meccanismi di revisione del contratto al verificarsi di "*imprévision*" è stata oggetto di studi soprattutto a fronte della destabilizzazione economica e la svalutazione monetaria verificatisi nel dopoguerra.

Soltanto in tempi relativamente recenti, tuttavia, l'ordinamento francese ha valorizzato le sopravvenienze secondo una prospettiva protesa alla tutela della parte colpita dalla *imprevision*, riconoscendo validità a clausole contrattuali di revisione e facendo ricorso, in loro assenza, al canone della buona fede.

L'obiettivo della riforma francese è stato quello di codificare un sistema di adeguamento del contratto, in linea con *i progetti di armonizzazione europea e con la realizzazione degli obiettivi di giustizia contrattuale*,

---

<sup>294</sup> Si tratta delle medesime perplessità affrontate nel capitolo III con riferimento all'obbligo legale di rinegoziazione.

<sup>295</sup> L'istituto risponde a quelle esigenze espresse nel Rapporto al Presidente della Repubblica di modernizzazione, perseguimento della giustizia contrattuale e miglioramento dell'attrattività del sistema.

*certezza del diritto e attrattività del diritto francese prefissati nella legge delega, rispondendo al bisogno di semplificazione, leggibilità e accessibilità del diritto dei contratti*<sup>296</sup>.

Il nuovo art. 1195 dispone che, "*se un cambiamento imprevedibile delle circostanze dopo la conclusione del contratto rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non ha accettato di assumersi il rischio, quest'ultima può richiedere una rinegoziazione del contratto all'altra parte. Questa continua ad adempiere alle sue obbligazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto o fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare la risoluzione del contratto, alla data e alle condizioni stabilite, o chiedere al giudice di adattarlo. In assenza di un accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, su richiesta di una parte, rivedere il contratto o risolverlo alla data e alle condizioni che determina*".

La normativa suesposta è ispirata ai *Principle of European Contract Law*, redatti dalla Commissione Lando (art. 6:111), nei quali, come già precisato, viene riconosciuto un ampio potere al giudice, in quanto in caso di prestazione eccessivamente onerosa dovuta al mutamento delle circostanze, vi è un obbligo per le parti di avviare trattative e, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, scatta il potere del giudice di sciogliere il contratto o modificarlo<sup>297</sup>.

---

<sup>296</sup> In questi termini DI GREGORIO, op. cit. l'A. inoltre richiama la dottrina francese. Gli obiettivi di cui al testo sono espressi nell'art. 8, comma 6°, l. 16.2.2015, n. 2015-177, *relative à la modernisation et à la simplification du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve*.

<sup>297</sup> L'esigenza di garantire la conservazione del vincolo negoziale è presente anche nel *Draft Common Frame of Reference* (art. III-1:110 *Variation or termination by court on a change of circumstances*). Cfr. MACARIO, Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi, op. cit., 842, il quale mette in luce che il legislatore tedesco si è limitato a cristallizzare in diritto positivo principi consolidati da tempo in dottrina e giurisprudenza, nonché RESCIGNO, *La codificazione tedesca*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 107, secondo il quale avere diritto all'adeguamento del contratto sembra riconoscere alle parti un obbligo di rinegoziazione e quindi di

L'art. 1195 del *code civil*, quindi, indica un percorso graduale. Da una prima analisi della norma sembrerebbe che il legislatore francese abbia previsto la rinegoziazione come una mera facoltà (“può chiedere la rinegoziazione”) e non come obbligo<sup>298</sup>. Tale assunto, invero, sebbene coerente sotto il profilo letterale, non convince giacché la normativa in esame, attribuendo alla parte cui viene negata la rinegoziazione il diritto di ricorrere al giudice, rende di fatto obbligatoria la rinegoziazione.

Invero, l'art. 1195 del *Code Civil*, a differenza del § 313 del BGB, attribuisce al giudice il potere di intervenire nell'atto di autonomia privata, risolvendo o rivedendo il contratto, soltanto su istanza di parte<sup>299</sup>.

Tale complesso meccanismo potrebbe, però, scoraggiare il ricorso all'autorità giudiziaria, nel timore che il giudice riscriva il contratto ingerendosi nello spazio riservato all'autonomia privata<sup>300</sup>.

Non è del tutto condivisibile, infatti, la scelta di non prevedere parametri che il giudice deve osservare nella revisione, a differenza dell'orientamento vigente nella prassi commerciale e recepito nei *Principi Unidroit* e nei progetti europei ove sono chiariti i criteri cui deve attenersi l'autorità giudiziaria. Essi attengono alla necessità che venga ristabilito l'equilibrio contrattuale nel rispetto della volontà delle parti<sup>301</sup>.

---

rideterminazione del contenuto del contratto, senza chiarire quali siano i poteri del giudice a fronte dell'inadempimento delle parti.

<sup>298</sup> Sul punto v. Cfr. CHANTEPIE, LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Sub 1195, Paris, 2016, 447.

<sup>299</sup> Il potere di revisione dell'accordo su istanza di parte è oggetto di discussione nel procedimento di ratifica parlamentare ed è ancora incerto se verrà mantenuto

<sup>300</sup> E' complessa la delimitazione della *Imprevision* rispetto a fattispecie affini. In linea teorica la distinzione fra *imprévision*, inesigibilità e impossibilità è chiara, nella pratica le differenze sono spesso labili. Nel *projet de Chancellerie* che si riferiva ai casi di eccessiva onerosità imprevedibile e insormontabile, ciò era ancora più evidente. Si tratta, però di un problema rilevante dal momento che solo la prima permette la revisione del giudice. La riflessione è di BENATTI, *La Riforma Dei Contratti In Francia - L'imprévision Nel Code Civil Riformato*, in *Giur. It.*, 2018, 5, 1302.

<sup>301</sup> Cfr. BENATTI, op. ult. cit. ove si evidenzia che in base all'art. 1195 il giudice può decidere secondo la sua visione e il suo modo di percepire la fattispecie ovvero può ricercare la volontà dei contraenti al fine di determinare quale assetto di interessi essi avrebbero voluto. Inoltre l'Autrice

In relazione all'ambito di applicazione della norma, tuttavia, parte della dottrina ritiene che la disposizione in esame trovi applicazione solo con riguardo ai contratti a tempo determinato, poiché, nei contratti a tempo indeterminato, l'art. 1211 consente alle parti il recesso unilaterale dal contratto, sebbene nel rispetto del termine di preavviso previsto nel contratto o, in mancanza, di un termine ragionevole<sup>302</sup>.

Il meccanismo della rinegoziazione è stato altresì valorizzato in Argentina, ove dottrina e giurisprudenza hanno avvertito l'esigenza di optare per soluzioni manutentive del contratto originario, influenzate soprattutto dagli studiosi statunitensi dei «*relational contracts*» e degli «*incomplete contracts*».

Ed infatti, il nuovo *Código civil y comercial de la Nación*, approvato il 1 ottobre 2014 ed entrato in vigore il 1 agosto 2015 ha adottato una prospettiva rimediabile maggiormente conservativa del rapporto originario<sup>303</sup>.

In primo luogo il codice argentino contiene una disciplina relativa ai contratti di lunga durata<sup>304</sup> caratterizzati dal fattore tempo nell'esecuzione del contratto. In simili tipologie contrattuali i contraenti, in presenza di sopravvenienze, sono tenuti a rinegoziare “sempre” il contratto originario prima di scioglierlo. In particolare l'art. 1011 del *Código Civil y Comercial*

---

evidenzia che “*nell'Avant projet belga sia prevista una disposizione analoga che impone al giudice di adeguare il contratto per renderlo conforme a quanto le parti avrebbero ragionevolmente concordato se avessero saputo del cambiamento delle circostanze*”.

<sup>302</sup> Art. 1211 «*Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable*». In tema cfr. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in [www.scienze giuridiche.uniroma1.it/.../alpa/note-progetto-fr-riforma-dircontratti.pdf](http://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/.../alpa/note-progetto-fr-riforma-dircontratti.pdf). Sulla disciplina delle sopravvenienze nei *Principi Unidroit*, cfr. ancora ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr Impr.*, 1996, 316 ss.; MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 725 ss.

<sup>303</sup> La ley 26.994, avente ad oggetto il nuovo codice civile e commerciale argentino, è stata approvata l'1 ottobre 2014. La ley 27.077 (B.O. 19 dicembre 2014) ha provveduto — ai sensi dell'art. 1 — ad anticipare l'entrata in vigore del nuovo codice civile e commerciale argentino al 1o agosto 2015

<sup>304</sup> Cfr. art.1011 “*con-tratos de larga duración*”.

prevede che le parti debbano esercitare i loro diritti nel segno della reciproca collaborazione, rispettando la reciprocità degli obblighi del contratto.

L'ultimo comma dell'articolo in commento, invece, sancisce un espresso obbligo legale di rinegoziazione, in quanto la parte intenzionata a chiedere lo scioglimento del contratto "*rescisión*" deve permettere alla controparte di rinegoziare il contratto originario, nel rispetto della buona fede e senza incorrere nell'esercizio abusivo del diritto.

Premessa l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione la dottrina e la giurisprudenza argentina si sono occupate di chiarire l'ambito di operatività della norma in esame.

Alcuni autori, hanno optato per una interpretazione restrittiva dell'art. 1011 limitandolo solo alle ipotesi di rescissione unilaterale del contratto a lungo termine <sup>305</sup>. Altri, invece, estendono l'obbligo legale di rinegoziazione a tutte le fattispecie in cui ricorrono i presupposti per lo scioglimento del contratto per inadempimento (artt. 1083-1085) o per eccessiva onerosità sopravvenuta (art.1091).

Il codice argentino, inoltre, nell'ottica di conservare il contratto, ha modificato la disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, affiancando il rimedio manutentivo dell'adeguamento alla risoluzione del contratto, analogamente alla soluzione adottata dal diritto tedesco e dai progetti di armonizzazione del diritto privato europeo e internazionale.

Dalla disamina della normativa del codice argentino emerge che l'obbligo legale di rinegoziazione nei contratti a lungo termine non è

---

<sup>305</sup> In questo senso, cfr. SERRANO REDONNET, *Los contratos de larga duración en el nuevo Código Civil y Comercial*, in <http://www.abogados.com.ar/los-contratos-de-larga-duracin-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/16111>.

previsto come un generale rimedio a fronte di sopravvenienze contrattuali, assurgendo a corollario del dovere generale di collaborazione tra le parti<sup>306</sup>.

Da una prospettiva di diritto sovranazionale emerge il comune obiettivo di garantire l'equilibrio contrattuale mediante rimedi conservativi, tutte le volte in cui lo scioglimento del contratto sarebbe una scelta inadeguata, in quanto finirebbe per dissolvere un rapporto obbligatorio ancora attuabile e utile alle parti se opportunamente modificato.

Sebbene il panorama normativo italiano non offra allo stato attuale un quadro organico sul tema, il dibattito in ordine alla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione ricavabile dal sistema non può prescindere da un approccio comparatistico che tenga conto della disciplina di altri Stati, stante l'importanza delle contrattazioni ormai operanti oltre i confini territoriali, in una visione più moderna e cooperativa dei rapporti contrattuali.

In una logica complessiva l'indagine comparativa sin qui condotta ed una reinterpretazione delle norme interne, alla luce dell'integrazione delle fonti multilivello che valorizzi i principi fondamentali ricavabili dal sistema, orienta nel senso dell'ammissibilità dell'obbligo di rinegoziazione.

## **7. I rimedi adottati per i contratti stipulati con LA P.A.**

L'esperienza dei contratti pubblici è significativa per ricostruire anche il sistema dei rapporti interprivati. Nel settore pubblicistico, allorché l'amministrazione stipula contratti di lunga durata con i privati, appare

---

<sup>306</sup> In questi termini cfr. TUCCARI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel nuovo codice argentino*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 2065, il quale nel valorizzare l'obbligo di rinegoziazione come corollario del principio di buona fede sottolinea la collocazione sistematica dell'art. 1011 nell'ambito del Capitolo V, intitolato «*Objeto*» (artt. 1003-1011), anziché all'interno del Capitolo XIII, specificamente dedicato a *Extinción, modificación y adecuación del con-trato* (artt.1076-1091)

rilevante ai nostri fini l'individuazione dei rimedi "adeguati" a fronte del verificarsi di sopravvenienze.

I contratti pubblici sono disciplinati da una normativa *ad hoc* (cod. appalti d.lgs 2016 n. 50; nonché altre leggi speciali di settore) con l'obiettivo di garantire i principi fondamentali di origine comunitaria: parità di trattamento, libertà di concorrenza, trasparenza e proporzionalità. Per tale motivo la scelta del contraente privato da parte della p.a. passa per il tramite di una prima fase c.d. "pubblicistica" e una seconda detta "privatistica"<sup>307</sup>.

La specialità dei contratti di durata stipulati con le diverse pubbliche amministrazioni, pone non poche problematiche in ordine alla necessità di individuare gli idonei meccanismi di tutela laddove si dovessero verificare circostanze di fatto e contingenze economico-finanziarie tali da dover rivedere i termini del contratto in origine stipulato.

Infatti, mentre in ambito civilistico, l'interprete può, tramite la valorizzazione dei principi generali ricavabili dal sistema, riconoscere un obbligo implicito di rinegoziazione nei contratti di durata<sup>308</sup>, lo stesso non può accadere nei contratti stipulati con la PA ove, per esigenze legate al superiore interesse pubblico, la modifica delle condizioni contrattuali originariamente pattuite deve necessariamente trovare fondamento in una norma di legge.

In questa prospettiva è necessario segnalare i recenti interventi legislativi volti a valorizzare il rimedio manutentivo della rinegoziazione, in una logica di stampo pubblicistico orientata a tutelare gli interessi pubblici a

---

<sup>307</sup> Generalmente, infatti, la stipulazione del contratto con l'operatore economico è preceduta dall'espletamento della procedura ad evidenza pubblica la quale ha inizio con la determina a contrarre e termina con la stipulazione del contratto, a seguito del quale si apre la seconda fase c.d. privatistica caratterizzata da una posizione di parità tra le parti secondo le regole proprie del diritto civile.

<sup>308</sup> Apprezzabili le considerazioni espresse da SACCO, in *SACCO e DE NOVA, Il contratto*, in *Trattato diretto da SACCO*, II vol., Torino, 1993, soec. A p. 686.

scapito dell'interesse del singolo al fine di una migliore allocazione delle risorse.

In particolare, si segnala la recente normativa sulla *spending review* (Il D. L. n.95 del 2012, convertito con l. n. 135 del 2012 e successivamente modificato con l. n. 228 del 2012), la quale prevede i rimedi del recesso e della rinegoziazione a fronte di sopravvenienze. In particolare, la disciplina in esame introduce un'innovativa ipotesi di recesso, estesa ai contratti di appalto di servizi e di forniture <sup>309</sup>, esercitabile al sopravvenire di convenzioni stipulate da Consip S.p.a., purché prevedano condizioni migliorative, in grado di determinare un risparmio di spesa per le casse pubbliche. In altri termini, si tratta di un recesso connesso a valutazioni di carattere strettamente economico in linea con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Infatti, l'obiettivo perseguito dal legislatore del 2012 è di conseguire un risparmio di spesa. Di conseguenza, in tali casi ciò che induce la pubblica amministrazione a sciogliere il vincolo negoziale non è determinato da una carenza di interesse alla prestazione, ma solo da ragioni di convenienza economica correlate al sopravvenire di una convenzione stipulata con la Consip S.p.a. più conveniente rispetto alle condizioni previste nel contratto precedentemente concluso.

D'altro canto, la permanenza in capo alla pubblica amministrazione della necessità di ottenere quel bene o servizio oggetto del contratto è dimostrata dalla circostanza che l'art. 1, comma 13, D.l. 6 luglio 2012, n. 95, prevede, da un lato, l'obbligo di "rinegoziare" le condizioni economiche

---

<sup>309</sup> La nozione civilistica dell'appalto non coincide con quella pubblicistico-comunitaria. Ed infatti, l'art. 1655 c.c. nel delineare la nozione di appalto precisa due limitazioni: una oggettiva, dovendo l'appalto riguardare il compimento di un'opera o di un servizio, e una soggettiva, essendo l'appaltatore dotato di un'organizzazione imprenditoriale autonoma con relativa assunzione del rischio. Il codice dei contratti pubblici, invece, sposa una nozione più ampia di appalto (lavori, servizi e forniture) in grado di ricomprendere al suo interno contratti che, sotto il profilo civilistico, non sarebbero qualificati come appalti (a titolo esemplificativo si ricorda che l'appalto di fornitura corrisponde al contratto di somministrazione).



del contratto con l'appaltatore al fine di rispettare i parametri previsti dalla convenzione Consip, dall'altro, una complessa valutazione che la pubblica amministrazione dovrà fare in un'ottica costi-benefici.

Dalla disamina della normativa, quindi, deriva che l'esercizio del diritto di recesso da parte della pubblica amministrazione è subordinato alla presenza di tre diverse condizioni. Innanzitutto, condizione preliminare è il sopravvenire di una convenzione Consip che prefigura dei vantaggi economici rispetto al rapporto in essere tra le parti. In secondo luogo, è necessario che l'appaltatore non acconsenta a modificare le condizioni economiche del contratto in modo da rispettare il limite stabilito dalle predette convenzioni. Infine, la scelta sul se optare o meno per il recesso sarà determinata da una valutazione complessiva che tenga conto sia delle somme dovute al privato che subisce il recesso (pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite) sia dell'esborso di denaro necessario per acquisire il bene o il servizio altrove alle nuove condizioni.

Orbene, è di tutta evidenza che la convenzione Consip, intervenendo su contratti già stipulati, assurge ad una vera e propria sopravvenienza in grado di incidere sull'equilibrio negoziale. Di conseguenza, con l'art. 1, comma 13, D.l. 6 luglio 2012, n. 95 il legislatore ha inteso fronteggiare l'eventualità che il contratto, stipulato tra p.a. e privato, divenga sconveniente non per mere ragioni di opportunità ma per il sopravvenire di una specifica circostanza: la convenzione Consip.

La disciplina suesposta, tuttavia, impone due ordini di riflessioni <sup>310</sup>.

In primo luogo, la normativa sulla *spending review*, sembra ridurre lo spazio di discrezionalità della p.a., dal momento che l'esercizio del diritto di recesso è quasi imposto al sopraggiungere delle sopracitate condizioni.

---

<sup>310</sup> il tema è stato affrontato da A. ROMEO, *Autotutela e recesso "imposto" nei contratti stipulati dalla PA*, in *Giustizia civile.com*.

Ed infatti, se da un lato l'amministrazione deve, prima di recedere, valutare la convenienza del contratto al netto dei costi, dall'altro lato, non vi sono dubbi che la normativa sulla *spending review* nasce con il precipuo proposito di realizzare un risparmio di spesa, di guisa che ove mai la p.a. dovesse decidere di non recedere dal contratto dovrà darne comunicazione alla Corte dei conti "*ai fini del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio*".

In secondo luogo, vi è il timore che un siffatto sistema possa arrecare una significativa instabilità al vincolo negoziale e, di conseguenza pregiudizio al privato che si vedrà sostituito da un successivo operatore economico il quale, conoscendo il prezzo di aggiudicazione della gara precedente, farà un'offerta al ribasso rispetto all'originaria aggiudicazione tenuto conto degli indici indicati da Consip, in modo da determinare una riduzione della spesa pubblica e indurre la p.a. a recedere dal precedente contratto. Si tratta, in buona sostanza, di un sistema che spinge gli operatori economici ad abbassare i prezzi di mercato in un'ottica di ampliamento della concorrenza, ma a discapito dell'imparzialità e della solidità del rapporto contrattuale<sup>311</sup>.

Da un canto, quindi, l'ordinamento giuridico consente la rinegoziazione e dall'altro, in mancanza, obbliga la p.a. a recedere qualora quest'ultima dovesse ritenere, previa valutazione sul profilo della convenienza economica, non più vantaggioso il contratto precedentemente concluso.

Nella stessa logica è necessario menzionare l'art. 9 *ter* del d.l. 78 del 2015, convertito nella legge n. 125 del 2015, ove, in materia sanitaria, si prevede un obbligo per gli enti del servizio sanitario nazionale di attivare una procedura di rinegoziazione dei contratti in essere al fine di conseguire una migliore allocazione della spesa pubblica. Anche in tal caso il diritto di

---

<sup>311</sup> Cfr., nello specifico, D'AMICO, *Spending review e indebolimento del vincolo contrattuale della p.a.*, in *Dir. dell'economia*, 2015, 335.

recesso viene attribuito alla p.a. in via subordinata ossia solo nel caso in cui non sia stato possibile raggiungere un accordo “*che abbia l’effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisti*”<sup>312</sup>. A ciò si aggiunga che la stessa normativa, da ultimo citata, propone (*rectius*: impone), nel segno del superiore interesse alla razionalizzazione della spesa della sanità pubblica e con riguardo all’acquisto di beni e servizi strumentali, ai fornitori una rinegoziazione dei contratti in corso di attuazione che assicuri una riduzione su base annua del 5% del loro valore complessivo<sup>313</sup>.

L’ipotesi, appena delineata, legittima (e giustifica) un intervento del legislatore sulla sfera dell’autonomia privata, nel segno di un preciso obbligo degli enti del servizio sanitario nazionale di proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere, al fine di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, senza, però, modificare la durata del contratto. Parametro di riferimento della rinegoziazione dovranno essere i prezzi unitari messi a disposizione da parte del ministero della salute.

La Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale della norma sopracitata, ha precisato che: “*l’operatività della rinegoziazione rimane circoscritta alla sola eventualità che i contraenti raggiungano un nuovo accordo attraverso la ridefinizione in concreto delle loro originarie determinazioni. In definitiva, l’offerta di modifica ex art. 9-ter rimane comunque condizionata dalla verifica che il sinallagma del contratto originario non sia dalla stessa inciso fino a*

---

<sup>312</sup> Per un’analisi sull’argomento si v. CIPPITANI, *Obbligo di rinegoziazione dei contratti pubblici e normativa per la riduzione della spesa*, in *Urb. e app.*, 2016, 4, 377.

<sup>313</sup> Di decisivo rilievo, sulla materia della rinegoziazione degli appalti pubblici nella sanità, è una recente e articolata sentenza della Consulta. V. Corte Costituzionale del 12 luglio 2017, n. 169 che interviene anche, come ultima *ratio*, sulla possibilità di attivare il recesso in mancanza di accordo con i fornitori.

*pregiudicarne la convenienza per l'amministrazione e la remuneratività per l'esecutore*”<sup>314</sup>.

L'art. 9 *ter* d.l. 78/2015, infatti, supera il vaglio di costituzionalità poiché disegna un meccanismo idoneo a garantire che le posizioni contrattuali inizialmente concordate tra le parti non siano automaticamente modificate o comunque stravolte dalla sopravvenienza normativa, ma siano circoscritte nel perimetro della normale alea assunta *ex contractu*, nell'ambito della quale deve essere ricompreso, trattandosi di contratti di durata, anche l'intervento del legislatore. La riduzione della spesa va, dunque, inquadrata in un piano globale di risparmio che obbliga l'ente pubblico ad istruire e motivare la scelta più conveniente tra le diverse opzioni consentite dal legislatore.

D'altro canto, prosegue la Corte, *“la riduzione del 5% del valore complessivo dei contratti in essere è ancorata ad una istruttoria svolta in contraddittorio con l'affidatario del contratto, la cui volontà rimane determinante per l'esito della rinegoziazione. Le alternative ulteriori (recesso, indizione di nuova gara o adesione a convenzioni quadro più vantaggiose esistenti nella stessa o in altre Regioni) escludono la rigidità e la sproporzione delle misure introdotte dal Legislatore, garantendo il complessivo bilanciamento dell'autonomia contrattuale, della continuità dei servizi sanitari e della salvaguardia degli interessi finanziari sottesi alla manovra di riduzione della spesa”*.

Non sembra possa passare inosservato che, la soluzione come sopra efficacemente prospettata, si identifichi in un rimedio conservativo del contratto che finisce per garantire e assicurare il complessivo bilanciamento

---

<sup>314</sup> Corte Cost. 12 luglio 2017, n. 169, in *Secos, Rassegna di Diritto Farmaceutico*, 2017, 4, 715. La Consulta ha, infatti, ritenuto *“infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 ter d.l. 78/2015, conv. in l. 125/2015. La disposizione impugnata, infatti, non configura un obbligo generalizzato e indiscriminato di riduzione automatica dei contratti di acquisto di beni e servizi in essere degli Enti del SSN, ma pone un obiettivo di carattere macroeconomico, lasciando un adeguato margine di manovra per realizzarlo”*.

dell'autonomia contrattuale delle parti, almeno per tre distinte ragioni: a) sia per le alternative percorribili dall'*accipiens* (recesso, partecipazione a nuove gare, ecc.); b) sia per il contraddittorio che si svolge attraverso una fase istruttoria diretta alla rinegoziazione; c) sia perché la sopravvenienza deve essere contestualizzata in riferimento al superiore interesse pubblico.

Tra i casi tipici di rinegoziazione è necessario inoltre richiamare l'art. 6 comma 2°, lett. b), dell'Allegato II, del d.lgs. 115/2008, che prevede univocamente una rinegoziazione del contratto di servizio energia, con modifica delle condizioni originarie ai fini del conseguimento di una maggiore efficienza energetica, e un prolungamento (in questo senso, proroga) della durata originaria della fornitura <sup>315</sup>. La disposizione in parola, a ben vedere, si inserisce in un contesto normativo che mira esplicitamente alla tutela dell'ambiente ed al miglioramento dell'efficienza negli usi finali dell'energia, com'è stato sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa intervenuta sul tema <sup>316</sup>. La sua *ratio* ha “*carattere ambientale*”, ed è legata all'opportunità di poter realisticamente conseguire,

---

<sup>315</sup> cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2272; Tar Piemonte, Torino, Sez. I, 3 aprile 2015, n. 573; Tar Puglia, Lecce, Sez. II 3 gennaio 2013 n. 8, tutte in Banca *dati De Jure*, 2018. Pertanto, di regola, l'Amministrazione una volta scaduto il contratto deve, qualora necessiti delle medesime prestazioni, effettuare una nuova gara. Sempre sulle problematiche del risparmio energetico, si v. TAR Veneto, 26 gennaio 2017 n. 94, in *Foro amm.*, 2017, I, 154. “L'art. 6, allegato II, punto 2), lett. b) del Dlgs. 30 maggio 2008, n. 115, ammette la proroga solo a fronte delle definizione di nuove ulteriori prestazioni, rispetto a quelle già pattuite, che assicurino il raggiungimento degli obiettivi di risparmio energetico, senza predeterminare la durata della proroga. Pertanto la necessità di una congrua, adeguata e puntuale motivazione che deve accompagnare tutte le ipotesi, di carattere eccezionale, di rinnovo, proroga o rinegoziazione di un contratto, ne esce rafforzata dalla necessità che l'Amministrazione dia conto di aver valutato autonomamente ed a seguito di un'apposta istruttoria, l'esistenza di significativi miglioramenti in termini di efficienza energetica e di risparmi per l'Amministrazione, da considerare comparativamente rispetto a possibili soluzioni alternative (quali il ricorso a finanziamenti esterni o all'attivazione di un nuovo contratto in adesione a una nuova convenzione Consip).”

<sup>316</sup> In tal senso sono le indicazioni della giurisprudenza amministrativa. Cfr. TAR Veneto, II sez. Venezia, in *Foro amm.*, CDS, 2017, I, 154. “La necessità di una congrua, adeguata e puntuale motivazione che deve accompagnare tutte le ipotesi, di carattere eccezionale, di rinnovo, proroga o rinegoziazione di un contratto, ne esce rafforzata dalla necessità che l'Amministrazione dia conto di aver valutato autonomamente e da seguito di un'apposta istruttoria, l'esistenza di significativi miglioramenti in termini di efficienza energetica e di risparmi per l'Amministrazione.” La decisione è speculare ad una precedente statuizione della III sez. del Consiglio di Stato del 15 aprile 2016, n. 1532 in *Foro amm.*, CdS., 2016, p. 794.

attraverso una via decisamente razionale, un più rapido adeguamento dei servizi energia a fronte dei sopravvenuti parametri di efficienza energetica, senza dover attendere la naturale scadenza dei contratti e consentendone, quindi, la rinegoziazione anticipata <sup>317</sup>.

L'attività della p.a., a differenza delle operazioni economiche svolte dal privato - improntata nel segno dell'autonomia negoziale (ex art. 1322 c.c.) al fine di meglio soddisfare interessi individuali - deve sempre ispirarsi alla logica della cura del superiore interesse pubblico come criterio discretivo delle scelte, sia pure nel rispetto dei principi generali di buona fede e correttezza (artt.1375 e 1175 c.c.) che, oggi più che mai, assurgono a parametri di valutazione anche dei comportamenti dell'amministrazione <sup>318</sup>.

Da siffatti interventi legislativi - sebbene di carattere settoriale - è possibile ricavare una tendenza sempre più incisiva verso la rinegoziazione, ma non già ispirata alle descritte logiche di adeguamento degli interessi contrapposti delle parti, quanto da specifici vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse.

Peraltro, la disciplina dei contratti della p.a., sebbene ispirata a logiche pubblicistiche, finisce per rappresentare una soluzione concreta ed empirica di modalità negoziali opportunamente praticabili e che potrebbero ispirare la casistica delle trattative private, quindi, l'ambito civilistico.

Per i contratti stipulati dai privati con le pubbliche amministrazioni, pur nella certezza che, nella pratica, la rinegoziazione sia una scelta

---

<sup>317</sup> L'orientamento sopra riportato è esemplare almeno sotto due essenziali profili: a) in primo luogo per l'apprezzabile realizzazione di un rapporto sinergico tra l'interesse pubblico al risparmio energetico e la tutela del consumatore, vale a dire la parte "più debole" del contratto di fornitura; b) in secondo luogo perché trattasi di una soluzione concreta, tangibile e decisamente pratica di prassi rinegoziatoria del contratto, ancor prima della sua scadenza e in ragione dei sopravvenuti parametri (più economici) di efficienza energetica, conseguiti sul piano delle nuove tecnologie. Vale la pena approfondire, sia pure brevemente e in forma sistematica, quest'ultimo profilo che è quello che più si attaglia alla nostra ricerca.

<sup>318</sup> Sul rispetto del principio di buona fede da parte della pubblica amministrazione e sulla compatibilità del principio di tutela dell'affidamento con il diritto pubblico sono ancora attuali le riflessioni MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

decisamente conveniente, ciò non equivale a poter affermare che sia enucleabile un generalizzato obbligo di rinegoziare. In ambito pubblico, infatti, seppure emergano norme speciali che regolano le singole fattispecie, l'autonomia negoziale delle parti risulta fortemente compressa da principi che hanno una valenza assai diversa da quella desumibile dall'assetto civilistico, atteso che il rapporto giuridico-patrimoniale come evidenziato è subordinato al pubblico interesse. La finalità di risparmio per le Finanze pubbliche, in periodo di necessaria *“spending review”* e la presunta temporaneità della rinegoziazione in presenza di eventi peculiari e congiunturali, non possono in ogni caso consentire la violazione della normativa comunitaria e la connessa distorsione delle regole concorrenziali, *“atteso che - come ha coerentemente statuito la giurisprudenza amministrativa - le disposizioni restrittive verso la praticabilità di proroghe o rinnovi dei contratti pubblici devono essere lette e applicate in modo da escludere, in via generale e incondizionata, la percorribilità di opzioni esegetiche e soluzioni organizzatorie solo apparentemente alternative, ma che comunque finiscano per eludere tali divieti, consentendo per altra via l'obiettivo di affidamenti diretti, anche per brevi periodi, a beneficio del precedente contraente”*<sup>319</sup>.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, infatti, sussiste il divieto di rinegoziare le offerte nelle gare dopo l'aggiudicazione, al fine di scongiurare effetti distorsivi sulla concorrenza e sulle finalità sottese alle procedure di gara aperte e ristrette.

Sotto questo profilo è necessario richiamare la recente sentenza della Corte di giustizia europea<sup>320</sup>, la quale ha ribadito il principio del c.d. divieto di rinegoziazione dell'offerta nell'ambito di gare d'appalto, in

---

<sup>319</sup> Si tratta di una massima tratta da TAR Abruzzo, l'Aquila, 21 maggio 2015, n. 398, in *Foro Amm.* 2015, 5, 1568.

<sup>320</sup> Corte di Giustizia, 7 settembre 2016 n. 549, in *Foro Amministrativo*, 2016, 9, 2077.

quanto dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva comportante rinunce reciproche per entrambe le parti. In quest'ottica occorre distinguere la rinegoziazione vietata che dà luogo ad una modifica sostanziale e la rinegoziazione consentita.

Ai sensi dell'art. 106 del nuovo codice dei contratti pubblici, infatti, è possibile procedere alla rinegoziazione dei contratti di appalto in corso di esecuzione, purché le modifiche non abbiano l'effetto di alterare la natura complessiva del contratto <sup>321</sup>, salva la sussistenza di clausole inserite all'interno del regolamento negoziale c.d. clausole preventive di rinegoziazione <sup>322</sup>.

Da quanto ricostruito, appare evidente una profonda evoluzione dell'ordinamento positivo in ordine ai poteri di rinegoziazione dei contratti in sede di esecuzione.

L'attuale disciplina nazionale, sulla scorta dei principi elaborati dal diritto europeo, manifesta un particolare *favor* verso forme di rinegoziazione bilaterale delle clausole del contratto, in favore del

---

<sup>321</sup> Tali modifiche al contenuto del rapporto obbligatorio tra amministrazione e contraente privato devono essere previamente autorizzate dal responsabile del procedimento (RUP), con le forme e modalità eventualmente previste nello specifico regime di organizzazione e funzionamento di ciascuna stazione appaltante. V. art. 106 lett. b e c codice appalti pubblici.

<sup>322</sup> Art. 106 lett. a d.lgs 150 del 2016 : *a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;*



contraente pubblico e tutela del superiore interesse generale nel rispetto della trasparenza e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

## **8. Gli spazi di un intervento regolatore e l'opportunità di introdurre un obbligo di rinegoziazione**

La disamina delle soluzioni adottate nei diversi modelli giuridici dei vari paesi, nonché la disciplina speciale dei contratti pubblici induce l'interprete ad interrogarsi sulla possibilità di un intervento normativo che positivizzi la rinegoziazione come rimedio principale per fronteggiare le sopravvenienze nei contratti di durata.

Tale esigenza d'altro canto, sorge in un particolare contesto storico di crisi economica ove si rende indispensabile una rivisitazione dell'assetto dei valori, nell'ottica di implementare le tipologie di regole giuridiche volte a salvaguardare il mercato e la stabilità delle contrattazioni.

In una logica di effettività della tutela e di meritevolezza degli interessi emergenti nasce, quindi, la sentita esigenza di predisporre regole di conservazione e di adeguamento del rapporto contrattuale di durata.

L'esistenza di uno spazio di intervento regolatore non implica, tuttavia, la necessità di approdare alla soluzione di una revisione obbligatoria del contratto, come *conditio sine qua non* indefettibile. E' sufficiente che le parti tentino di salvare il regolamento contrattuale, con un'operazione che evoca la messa a punto di meccanismi conservativi, tutte le volte in cui l'accordo si basa su situazioni di mercato e circostanze rilevanti diverse rispetto al quadro di riferimento nuovo. Condizione essenziale è che vi sia accordo tra le parti, in mancanza del quale non sarà possibile pervenire ad un risultato concreto; in assenza di trattativa, tuttavia, sarà pur sempre possibile ricorrere al "*deferimento della controversia alla decisione dei giudici*" i quali avranno l'arduo compito di comprendere le reali intenzioni

dei contraenti e soprattutto verificare se vi è ancora la volontà di proseguire nell'esecuzione del contratto <sup>323</sup>.

Il legislatore potrebbe, in ragione dei principi già esposti di conservazione degli atti giuridici, aprire le maglie alla rinegoziazione quale strumento agevolmente praticabile in alternativa al recesso di autotutela. La disposizione in parola, quindi, dovrebbe assicurare la certezza di un autonomo dovere in capo alle parti di avviare la negoziazione in tutti i casi in cui dovessero verificarsi delle sopravvenienze tali da impedire il normale corso del contratto di durata, come pattuito *ab origine*. A ben vedere, attraverso tale via l'intervento del legislatore dovrebbe decisamente assicurare un esplicito e formale supporto alla tipologia dei contratti di lungo periodo, con una portata tale da incidere persino sullo stesso requisito causale del contratto, perché determinante al fine del raggiungimento dell'accordo. Muterebbe, quindi, la stessa funzione di equilibrio sinallagmatico del contratto, atteso che la clausola della rinegoziazione, adottata in ottemperanza all'auspicata previsione normativa, finirebbe per rivalutare i termini stessi dell'accordo, evitando, così il ricorso al sindacato del giudice e preservando al contempo la libertà negoziale. La soluzione, evidentemente *de iure condendo*, consentirebbe di superare ogni dubbio sul ricorso al dovere di buona fede e principio di equità come strumenti funzionali del nostro ordinamento giuridico vigente ad un sottinteso obbligo legale di rinegoziazione. Intuizione che trova origine, come esaminato nei paragrafi precedenti, sia dai sistemi di *common law* che nei paesi di *civil law* <sup>324</sup>.

---

<sup>323</sup> In tal senso cfr. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 366.

<sup>324</sup> Tra tutti, per la dottrina angloamericana, si citi MACNEIL, *Contracts: adjustment of long-term economics relations under classical, neoclassical and relational contracts law*, in Vol. 72, no. 6, 1978, U.S.A., 886 e ss., che ha individuato la categoria dei "*relational contracts*", nell'intento di fornire adeguate soluzioni alla tipologia dei "*long-term contracts*". A tale filone letterario si è ispirata la nostra autorevole dottrina con le soluzioni offerte da MACARIO, *Adeguamento e*

Implicite indicazioni in tal senso provengono, in materia di contenimento della spesa sanitaria e rinegoziazione dei contratti di acquisto di beni, da una recente sentenza della Corte Costituzionale<sup>325</sup> che, a fronte di una sollevata censura per presunta violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, leale collaborazione e mancato adeguamento ai principi di autonomia contrattuale, rigetta la questione, in forza delle superiori esigenze di continuità dei servizi sanitari e di salvaguardia degli interessi finanziari pubblici.

In conclusione, il quadro sopra descritto non lascia spazi ulteriori al fine di percorrere la via della rinegoziazione, con l'effetto che dovrà essere la legge a consentire al giudice un intervento sugli atti di autonomia privata. Ed infatti, ai sensi dell'art. 2908 c.c. solo se previsto dalla legge, *“l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti”*, diversamente potrà, in ragione della prospettazione delle domande giudiziali, offrire soluzioni che non incidano irreversibilmente sull'autonomia privata. L'intervento del giudice, inoltre, è sempre consentito quando nel contratto sia inserita una apposita clausola di rinegoziazione. Frequenti sono le c.d. clausole di *“claim”* (richiesta di aggiustamento) in tema di appalti, aventi ad oggetto l'ammontare del corrispettivo o il termine di adempimento, oppure di entrambi<sup>326</sup>. In tale ultima ipotesi, infatti, non si intravede alcuna illegittima invasione della sfera dell'autonomia negoziale delle parti, atteso che potrebbe darsi libero corso al *“rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo*

---

*rinegoziazione*, cit., spec. a p. 313 che individua il fulcro dell'adeguamento rinvenibile nel principio di buona fede e nella regola dell'equità *“quale criterio che consenta al giudice di pervenire alla soluzione della controversia che più si avvicina all'assetto negoziale”* post sopravvenienze.

<sup>325</sup> Corte Cost. 12 luglio 2017, n. 169, cit.

<sup>326</sup> Ampie considerazioni sul punto sono in AMORE, *Appalto e claim*, cit., spec. da p. 172 e ss.

*convenzionale di rinegoziare*”<sup>327</sup>, in ottemperanza alla clausola di *claim* e ravvisando in tale ipotesi la potenzialità applicativa della norma di cui all’art. 2932 c.c., attraverso la quale l’autorità giudiziaria ben potrebbe provvedere sugli effetti della rinegoziazione e sulla quale le parti non hanno raggiunto in via convenzionale alcun accordo.

---

<sup>327</sup> Il corsivo è di AMORE, *op. cit.*, 291.

## Bibliografia

- ALCARO, BANDINELLI, PALAZZO, *Effetti del contratto*, Torino, 2011, 112
- ALPA, I “Principle of european contract Law” predisposti dalla commissione Lando, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2000, 495
- ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 725
- ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, 611
- ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr Impr.*, 1996
- ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1150
- AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, 437 e ss.
- AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.
- AMELIO, *La gestione delle sopravvenienze e l'obbligo di rinegoziazione del contratto*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it), febbraio 2017
- AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007
- ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309
- ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 9
- BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma. Bari, 2006, IX
- BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.* 2003, 467 e ss.
- BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto Europeo*, Torino, 2002.
- BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009
- BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da BESSONE, Torino, 1998

- BELLANTUONO, *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dai locali commerciali*, in *Le vendite aggressive*, a cura di Jannarelli, Napoli, 2005, 174
- BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 71-72
- BENATTI, *La Riforma Dei Contratti In Francia - L'imprévision Nel Code Civil Riformato*, in *Giur. It.*, 2018, 5, 1302
- BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir. Annali*, V, Milano, 2012, 381;
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970, 343 e ss.
- BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 5
- BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2, 2014, p. 272
- BOCCHINI e DE MATTEIS, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corriere Giur.*, 2018, 5, 6;
- BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, 182
- BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. Civ.*, 2010, 5, 235 e ss.
- BUSNELLI, voce *Clausola risolutiva*, in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, 196
- CAMPANA, *Sopravvenienze contrattuali atipiche*, 15 maggio 2017, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it).
- CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, 1994, 380
- CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, II, Giuffrè, 2003, 1690.
- CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli (CZ), 2013
- CATELANI, *La norma fondamentale nel pensiero di Hans Kelsen, nel principio di effettività*, in *Riv. Inter. di fil. dir.*, 503
- CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- CHERTI, *L'importanza dell'inadempimento nel recesso mediante caparra*, in *I contratti*, 2015, 5, 450
- CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 695;
- CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000, 11
- CIPPITANI, *Obbligo di rinegoziazione dei contratti pubblici e normativa per la riduzione della spesa*, in *Urb. e app.*, 2016, 4, 377

CLERICO, *Minaccia di inadempienza contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 2004, 2, 279 e ss.

CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *il corr. giur.*, 2015, 19;

CONSOLO-GODIO, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corriere Giur.*, 2018, 3, 370

CORRADO, *Recesso, revoca, disdetta (chiarimenti sistematici)*, in *Dir. economia*, 1956, 577.

COSTANZA, voce «*Clausola risolutiva espressa*», in *Enc. giur. Treccani*, VI, Ed. Enc. it., 1988, 1

COSTANZO, *Condizioni di incoerenza: un'analisi dei discorsi giuridici*, Milano, 1992, 75 e ss

D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 2011, 7, 653 e ss.

D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *i contr.* 2010, 1, 5 e ss. commento in nota a Cass. civ. 18 settembre 2009 n. 20106

D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da BESSONE*, Torino, 2004

D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2003, 491 e ss.

D'AVANZO, *Recesso (dir. civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 1027.

D'AMICO, *Spending review e indebolimento del vincolo contrattuale della P.A.*, "Il diritto dell'economia", 2015, 335-354

DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 801

DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 809

DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Torino, 2017, 10

DELLACASA, *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008.

DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, nel *Trattato Roppo*, Giuffrè, 2006, 295

DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 3, 392

- DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, *Incontro di studio del C.S.M.*, 22-24 aprile 2002, in [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it)
- FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, *cit.*, 134;
- FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Del diritto* Vol, XIV, Milano, 1965
- FARINA, *Il franchising profili rimediali e rinegoziazione del contratto*, in *rass. dir. civ.*, 2011,2, 449
- FARINA, *Interruzione brutale del rapporto di Franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor*, in *Obbl. contr.*, 2011, 12, 806
- FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, I, 939
- FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in D. Di Marzio( a cura di ), Napoli, 2004, 85
- FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.
- FIorentino, *Del conto corrente, dei contratti bancari*, in *Comm. Scialoja Branca*, IV, Bologna-Roma, 1956, 147
- FOTI, *I volti della mediazione tra categorie ed istituti del diritto civile*, in *La "nuova" mediazione civile e commerciale dopo la legge 9 agosto 2013, n. 98. Profili di continuità e innovazioni*, Messina, 2013;
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, 357-358
- GABRIELLI, *Offerta di riduzione ad equità del contratto*, *Dig. disc. priv., Sez. civile*, Agg., II, Torino, 2003, 981
- GABRIELLI, PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *cit.*, Milano, 1988, XXXIX, 35
- GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 75;
- GALASSO, *Recesso, risoluzione del contratto e ritenzione della caparra confirmatoria*, in *Nuova Giur. Civ. Com.*, 2011, I, 826;
- GALGANO, *Qui suo iure a dubitur neminem laedit?*, in *Contr. e impresa*, 2011, 2, 312;
- GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992
- GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004
- GIORGETTI, *La negoziazione assistita*, Milano, 2015



- GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbl. e contr.* 2007, 12, 967
- GRIGOLI, *Il trasporto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, XII, torino, 1985, 767
- GRISI, *Lo "ius poenitendi" tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 569
- IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1243
- JOSKOW, *Vertical Integration and Long Term Contracts: The Case of Coal Burning Electric Generating Plants*, in *J.L. & Econ.*, 1985, 33
- LA ROSA, *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2003, 239 e ss.
- LA ROSA, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 4-5, 940.
- LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014
- LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali*, Milano, 2012
- LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 5, n. 2, dicembre 2016, 212
- LAMICELA, *Tempo e fiducia nella disciplina del recesso dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali*, in *Contr. Impr.*, 2014, 4-5, 997
- LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 1, 183
- LIPARI, *Per una revisione della disciplina delle fonti di interpretazione e di integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 706
- LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di TOMMASINI, Torino, 2003
- LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 5, 1919
- LUMINOSO, *Il mandato*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Rescigno, 12, *Obbl. contr.*, IV, 2 ed., Torino, 2007, 527
- MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 663 e ss.

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

MACARIO, *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, in *Atti del convegno Paradigma: il contratto di mutuo nella manovra " liberalizzazioni "*, 2007, 13.

MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, 12, 1577.

MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, II, 1026

MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63

MACNEIL, *Contracts: Exchange Transactions and relations*, New York, 1978

MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Vol.1, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 290.

MANTELLI, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003.

MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006

MARESCA, *Esecuzione e rinegoziazione del contratto collettivo: i principi di correttezza e buona fede*, relazione al Convegno Nazionale AGI di Napoli del 28-29 ottobre 2011 dal titolo *Diritto del lavoro anno zero?*, a cura di F. M. PUTATURO DONATI, Napoli, 2012, 59

MARESCA, *La modificazione sostanziale dei contratti di concessione di lunga durata durante l'esecuzione: commento alla direttiva europea 2014/23 UE*, in *Dir. comm. intern.*, 2014, 3,749 e ss.

MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006

MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, II, 319;

MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie relative ai contratti di franchising*, in *Contr. e impr.*, 2005, 1, 413

MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1981, 560;

NATOLI, voce *"Abuso di dipendenza economica"* in *Digesto Comm.*, Agg. I, Torino, 2003, 2.

NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 835

NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: la suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir.proc.civ.*, 2014,4, 1449 e ss.

OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, 143;

OPPO, *I principi*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Buonocore, sez. I, tomo, I, Torino, 2001, 72;

OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss..

OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 77

ORLANDI, *Mutuo e recesso (nella teoria degli effetti riduttivi)*, in I quaderni della fondazione nazionale del notariato, [elibrary.fondazione-notariato.it](http://elibrary.fondazione-notariato.it)

PADOVINI, *Risoluzione e recesso*, in *Obbl. Contr.*, 2012, 2, 86.

PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. di dir. civ.*, 2015, 2, 276

PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione in margine a Cass.*, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, 653;

PAROLA, *Il recesso determinativo di fonte legale*, in *Obbl. contr.*, 2011, 3, 209

PASQUARIELLO, *Le Convenzioni Di Moratoria: Una "Tregua" Per Risolvere La Crisi*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2, 1 apr. 2018, 235

PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I contr.* 2012, 7, 571 e ss commento in nota Trib. Bari, Ord. 14 giugno 2011

PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.* 2010, 2, 303 e ss.

PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, parte I, 117 e ss. commento in nota a Trib. Bari, Ord. 31 luglio 2012.

PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 4, 1007 e ss.

PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino 1999, 722

PATTI, *La condizione di adempimento*, in *Vita not.*, 2000, 1163; PETRELLI, *La condizione elemento essenziale del negozio giuridico*, Milano, 2000; CARUSI, *Teoria e prassi del negozio condizionato*, nel *Trattato Roppo*, Milano, 2006, 356

- PELLECCHIA, *L'interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1153;
- PELLECCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 1088
- PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 568
- PIEPOLI, *Soggetto, soggetti e mercato nello scenario europeo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 0212,1,41
- PIERCE, *Reconsidering the Roles of Regulation and Competition in the Natural Gas Industry*, in *Harvard L. R.* 97 (1983), 345
- PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, parte II, 411 e ss
- PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 429 e ss
- RENNA, *L'abuso Di Dipendenza Economica Come Fattispecie Transtipica*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2
- RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1996, 283
- RIGUZZI, *Il contratto di trasporto stradale*, in *Tratt. Dir. priv.*, diretto da Bessone, XIV, Torino, 2000, 127
- RIZZUTI, *Il divieto di abuso del diritto ed i suoi limiti*, nota a Trib. Verona, 2 maggio 2012 , in *Corr. Mer.*, 2013, 1, 43
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 125
- ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, e in *Contratti*, 2008, 786
- ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, 34
- ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 518
- SALVIOLI, *l'“effettività” in diritto internazionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1953, II, 280
- SANGIORGI, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 2 e 3
- SANGIOVANNI, *Abuso del diritto nel recesso del preponente dal contratto di agenzia*, in *Il lav. Giur.*, 2014, 3, 269
- SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, 14
- SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 343

SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, 357

SENIGAGLIA, *Gli effetti del recesso dal contratto a distanza o concluso fuori dai locali commerciali sui contratti accessori: dalla disposizione alla norma*, in *Contr. Impr.*, 2014

SIRENA- ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 385

TARASCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di Civil e di Common Law*, Napoli, 2003, 163

TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare*, in AA.VV., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 87

TATARANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003, 61

TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, Trattato diretto da COSTANZA, Torino, 2000, 267

TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, in *Codice civile, Commentario*, artt. 1467-1469, Milano, 1995, 238

TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di lavoro subordinato*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994, 1031.

TIRABOSCHI, *Rappresentanza, un accordo possibile?*, Editoriale Contratti & Contrattazione collettiva, in *Il Sole 24ore*, dicembre 2017, 4

TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, 1.

TOMMASINI, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2003.

TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 104 e ss.

TOSCHI VESPASIANI, *Recesso, risoluzione per inadempimento del preliminare ed abuso del diritto*, *I contratti*, 2013, 6, 545

TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003

TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 6, 447 e ss

TUCCARI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel nuovo codice argentino*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 2065

VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21;

VISCIOLA, *Negoziato assistita e mediazione: rapporti tra i due istituti*, in *Altalex.com*

WILLIAMSON, *The Economic Institution of Capitalism*, London- New York, 1985, 20

ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Dir. comm. e pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 2012-

## **Giurisprudenza**

Cass. 22 febbraio 1963, n. 424, in *italjure web*

Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *I Contratti*, 2000, 111

Cass., Sez. Un., 30 ottobre, 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770

Cass., 29 gennaio 2003, n. 1295, in *Giust. civ. mass.* 2003, 212

Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 262

Trib. Bologna, 21 giugno 2005, in *Foro padano* 2007, 2, I, 330

Cass. 20 giugno 2006, n. 14113, in *Mass. Foro it.*, 2006

Cass., 07 giugno 2007, n. 13288, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 6.

Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845

Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.* 2009, 1, I, 214

Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Banca Dati De Jure*

Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921

Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Banca Dati de Jure*

Cass. 01 ottobre 2008, n. 24367, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 3, II, 609

Cass. S.U., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Foro it.*, 2010, 4, I, 1264;

Cass. 13 febbraio 2009, n. 3638, (Rv. 606809) in *CED*

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, 1, 5

Cass. 21 aprile 2010, n. 9504, in *Imm. e propr.*, 2010, 7, 458

Trib. Bari, ordinanza, 14 giugno 2011, in *I contratti*, 7, 2012, 571

Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, c. 453/10, in *Guida dir.*, 2012, n. 15, 92

Trib. Verona, 2 maggio 2012, in *Corr. Mer.*, 2013, 1, 43

Trib. Bari, ordinanza, 31 luglio 2012, in *Nuov. Giur. civ. comm.*, 2013, 117

Tar Puglia, Lecce, 3 gennaio 2013 n. 8, in *Banca dati De Jure*,

Cass. sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Giur. Comm.* 2014, 3, II, 443

Trib. Verona 25 marzo 2013, n. 709, in *Giur. commerciale*, 2014, 4, II, 719

Cass., 26 febbraio 2014, n. 4557, in *Dir. & giust.*, 2014

Cass., 28 febbraio, 2014, n. 4876, in *Dir. & giust.*, 2014

Cass. 13 ottobre 2014, n. 21595, in *I contratti*, 2015, 3, 230

Trib. Cassino 2 dicembre 2014, n. 1308, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*

Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 08/04/2014) 12-12-2014, n. 26243, in *Giur. Comm.* 2015, 5, II, 970;

Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giust. Civ. mass.* 2015

Cass. Sez. Un., 06 marzo 2015, n. 4628, in *Responsabilita' Civile e Previdenza* 2015, 2, 619

Tar Piemonte, Torino, 3 aprile 2015, n. 573, in *Banca dati De Jure*;

Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Rep. Lex24*, 2015

Cons. di Stato, 6 maggio 2015, n. 2272, in *Banca dati De Jure*;

TAR Abruzzo, l'Aquila, 21 maggio 2015, n. 398, in *Foro Amm.* 2015, 5, 1568

TAR Lombardia, sez. Milano, 16.10.2015, n. 2202 in *Foro amm.*, 2015, 10, 2572

Cass., 28 ottobre 2015, n. 21926, in *Guida al dir.* 2016, 1, 73

Cass. 30 novembre 2015, n. 24337, in *Banca Dati De Jure*

Cass., 30 novembre, 2015, n. 24337, in *Dir. & Giust.*, 2015, 1 dicembre

Cass., 14 gennaio 2016, n. 469, in *Guida al dir.* 2016, 6, 112

Cass., 26 febbraio 2016 n. 3855, in *Giust. civ. mass.*, 2016;

Cass., 19 novembre 2015, n. 23683, in *Guida al dir.*, 2016, 3, 67

Cons. di Stato del 15 aprile 2016, n. 1532, in *Foro amm., CdS.*, 2016, 794.

Trib. Pescara, 14 giugno 2016, n. 1012, in *Plus iuris*  
Cass., 28 settembre 2016, n. 19197, in *il caso.it*  
Trib. Torino, 18.01. 2017, n. 214, in Banca Dati *De Jure*, 2018  
TAR Veneto, 26 gennaio 2017 n. 94, in *Foro amm.*, 2017, I, 154  
Cass., 14 marzo 2017, n. 6488, in *Dir. & giust.*, 2017  
Cass. 27 aprile 2017, n. 10466, in Banca Dati *De Jure*.  
Trib. Genova 28.04.2017, in *Guida dir.* , 2017, 24  
App. Roma, 10 maggio 2017, n. 3121, in *Plus iuris*  
Cass., 16 maggio 2017, n. 12069, in *Giust. Civ. massimario*, 2017  
Corte di Giustizia, 14 giugno 2017, n. 75/16, in *Foro amm.*, 2017, 5, 1211  
Corte Cost. 12 luglio 2017, n. 169, in *Secos, Rassegna di Diritto Farmaceutico*,  
2017, 4, 715