

## Autonomia negoziale e "giustizia del contatto" in tempo di pandemia\*

di Renato Rordorf

già Presidente aggiunto della Corte di cassazione, già Direttore di *Questione giustizia*

### 1. Il contratto e le legge

La nuvola nera della pandemia, che già da circa due anni oscura il nostro cielo, ha avuto anche l'effetto di riportare in evidenza alcuni temi di riflessione, non certo nuovi, ma che alla luce degli ultimi eventi hanno acquisito un accresciuto interesse ed una maggiore attualità. Tra questi temi, che vengono ora prepotentemente alla ribalta e suscitano rinnovata attenzione tra i cultori del diritto, ve n'è uno di antico fascino: quello che attiene al difficile rapporto tra l'autonomia negoziale, che nonostante tutto continua ad esser considerata l'elemento fondante del contratto, radicato nel precetto giusnaturalistico *pacta sunt servanda*, e l'esigenza di garantire che il contratto risponda ad un principio di giustizia avvertito come non meno primario ed impellente.

Il contratto ha forza di legge tra le parti: è questo il lapidario *incipit* dell'art. 1372.c.c. Ma è la legge, intesa come ordinamento giuridico dello Stato, a dargli questa forza o è il contratto che impone la sua forza alla legge dello Stato? L'autonomia negoziale, in virtù della quale le parti possono liberamente determinare il contenuto dei contratti, sia pure nei limiti imposti dalla legge (art. 1321, c. 1, c.c.), esprime un'originaria capacità nomopoietica, della quale i contraenti sono dotati, cui la legge può solo porre dei limiti in funzione di valori ed interessi generali della collettività, o è il legislatore ad attribuire ai contraenti una tale capacità?

In una prospettiva, per certi versi più ancora filosofica che giuridica<sup>1</sup>, si tende a ravvisare nell'autonomia privata<sup>2</sup>, di cui quella negoziale è forse la principale esplicazione, la manifestazione di un fondamentale principio di libertà individuale, che, in quanto tale, nella moderna concezione dello Stato dovrebbe potersi imporre agli stessi legislatori. In questa logica – è stato detto<sup>3</sup> – il negozio giuridico cessa di essere un mero fatto, destinato a costituire il presupposto per la produzione di effetti giuridici che il legislatore vi ricollega, ma si segnala invece per una certa quale «*insofferenza ad un'integrale subordinazione all'ordinamento*», collocandosi «*allo stesso livello della norma, in una funzione contrapposta ma simile alla sua*»<sup>4</sup>, sino a configurare «*un punto di vista contrapposto e distinto dall'ordinamento*»<sup>5</sup>. Se così inteso, il negozio giuridico è chiamato a realizzare un possibile regolamento dei rapporti «*altro*» rispetto allo Stato<sup>6</sup>, giacché l'autonomia negoziale, come già a suo tempo definita da Santi Romano, consisterebbe appunto nella «*potestà di darsi un ordinamento giuridico*»<sup>7</sup>.

Non v'è dubbio che questa impostazione, nel porre al suo centro la potestà del privato (individuo o gruppo di individui) di autodeterminarsi, risenta del peso delle concezioni liberali affermatesi inizialmente soprattutto nell'ottocento. Essa non ha perso tuttavia la sua attualità neppure del quadro del costituzionalismo moderno, inserendosi nell'ambito di quelle libertà fondamentali alle quali anche il nostro costituente è stato pienamente sensibile e che trovano ampio riscontro negli

---

\* Scritto destinato allo *Annuario del contratto 2021*, diretto da Andrea D'Angelo e Vincenzo Roppo, di prossima pubblicazione per le stampe dell'editore Giappichelli di Torino.

<sup>1</sup> Le implicazioni filosofiche ed economiche dell'autonomia contrattuale, ed i suoi legami con le ideologie libertarie e liberali, sono ben evidenziate da E. Baffi, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Riv. critica dir. privato*, 2004, pagg. 631 e segg.

<sup>2</sup> Quanto sia complessa la nozione di autonomia privata e quale groviglio di nodi problematici essa comporti era stato bene evidenziato, già più di sessant'anni fa, da S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pagg. 366 e segg.

<sup>3</sup> B. de Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 2016 (scritto risalente agli anni cinquanta del novecento ma ora ripubblicato con una densa prefazione di E. Scoditti).

<sup>4</sup> *Ibidem*, pag. 39.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pag. 41.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pag. 87.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pag. 88.

strumenti normativi europei e sovranazionali elaborati nel dopoguerra, entrando però necessariamente in un rapporto di bilanciamento con altri valori e principi dai quali lo stesso testo costituzionale è innervato<sup>8</sup>.

Ben si comprende, allora, che il concepire l'autonomia negoziale come un fondamentale diritto di libertà delle parti di autodeterminarsi nel regolamento dei propri interessi non implica che la legge non possa porle dei limiti, quando siano in gioco anche principi diversi o interessi superiori facenti capo alla collettività. E ciò anche a tacere del fatto che vi sono situazioni nelle quali è la stessa legge, pur senza imporre lo specifico contenuto di un contratto, ad obbligare taluno ad entrare in rapporto contrattuale con altri (come, ad esempio, nei casi di obbligo legale a contrarre previsti dagli art. 1679 e 2597 c.c.) o a prevedere l'inserzione automatica di clausole imposte ai sensi dell'art. 1339 c.c. Le parti sono dotate della capacità di far germinare dalla loro stessa volontà la *regula iuris* destinata a disciplinare un loro rapporto, ma pur sempre entro il perimetro del lecito e del non immeritevole, fissato dal legislatore, e nelle forme che lo stesso legislatore consente o prescrive, oltre che, ovviamente, a condizione che la loro volontà non sia stata coartata o indebitamente fuorviata. Ed anche gli effetti che l'accordo contrattuale liberamente stipulato è in grado di produrre nel tempo devono misurarsi con il sopravvenire di eventi che potrebbero renderli non più accettabili per l'ordinamento, comportandone perciò il venir meno.

Un conto però è affermare che la libertà contrattuale non è sconfinata e che il legislatore può imporle limiti e condizionamenti di vario genere, altro è consentire che un terzo – il giudice – in base ad una sua valutazione possa decidere lui, in tutto o in parte, quale sia il regolamento negoziale al quale i contraenti sono vincolati. Volendo restare fedeli ad una concezione rigorosa dell'autonomia negoziale come fonte primaria del vincolo contrattuale, si dovrebbe ritenere che, in presenza di un contratto nel quale le parti abbiano espresso la loro convergente volontà negoziale, al giudice, chiamato ad applicare la legge (ed il contratto che tra le parti ha forza di legge), compete unicamente la funzione di guardiano dei limiti e delle forme entro cui i privati hanno liberamente esplicitato la loro autonomia. Il giudice, cioè, dovrebbe poter negare tutela al contratto che si ponga al di fuori del perimetro della legalità<sup>9</sup>, che sia eventualmente frutto di errore, violenza o dolo, oppure che si manifesti in forme non legalmente consentite o i cui effetti siano divenuti incompatibili con il mutare della realtà in cui dovrebbero prodursi; ma dovrebbe escludersi che egli possa spingersi sino a manipolarne il contenuto sostituendo la propria determinazione degli assetti contrattuali a quella che le parti hanno inteso darsi.

E' però sufficiente un esame anche solo sommario del quadro normativo per convincersi che le cose non stanno proprio così, ed anche l'evoluzione giurisprudenziale di quest'ultimo quarto di secolo fa emergere uno scenario assai più complesso e variegato, frutto di un processo di non facile decifrazione perché non privo di contraddizioni.

## **2. Il tramonto del “dogma” dell'autonomia negoziale.**

L'onda montante del liberismo, in campo economico, e l'affermarsi di visioni sempre più spiccatamente individualistiche, in ambito politico e sociale, hanno contribuito a far sì che in alcuni settori dell'ordinamento l'autonomia privata sia parsa assumere ancor più peso che in passato. Così, ad esempio, oltre che nel diritto del lavoro in cui la contrattazione collettiva è sempre stata un

<sup>8</sup> Cfr. F. Macario, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.* Annali VIII, Giuffrè, Milano, 2015, pagg. 61 e segg.; ed A.M. Benedetti, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere - Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, pagg. 827 e segg.

<sup>9</sup> Ovviamente anche l'individuazione dei limiti entro i quali si debba riconoscere la validità e l'efficacia di un contratto non è priva di incertezze e presenta un alto tasso di variabilità casistica, non poco accentuato dal riferimento alla categoria concettuale della causa in concreto, intesa come funzione economico-pratica del singolo contratto, la cui mancanza ne provocherebbe la nullità (si vedano in proposito, tra i tanti, C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, Giuffrè, Milano, 2006, pagg. 90 e segg.; V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pagg. 957 e segg.; e C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, *ivi.*, 2014, pagg. 251 e segg.); ma si tratta pur sempre soltanto di perimetrare la sfera d'azione dell'autonomia privata e non anche di sostituire ad essa una regolazione negoziale di produzione giudiziale.

elemento di fondamentale importanza, nel campo del diritto societario ed in quello del diritto concorsuale le riforme succedutesi all'inizio di questo secolo, pur se attraverso percorsi normativi non sempre del tutto lineari, hanno per lo più inteso valorizzare maggiormente rispetto al passato l'autonomia privata, sia accrescendo lo spazio dell'autonomia statutaria<sup>10</sup>, sia ampliando i possibili sbocchi negoziali delle situazioni di crisi o d'insolvenza delle imprese<sup>11</sup>. L'analisi dell'evoluzione di questi settori del diritto porterebbe troppo lontano e non è dunque il caso di indugiarsi (ma su alcuni recenti sviluppi del diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza sarà opportuno poi ritornare per profili che investono anche la materia contrattuale).

Mette conto invece notare che si è invece manifestata in altri ambiti una tendenza per certi versi opposta. Proprio sul terreno contrattuale, in cui maggiormente si radica l'autonomia privata, si è assistito ad un progressivo sempre maggiore ingresso del giudice nel corpo vivo del contratto per sindacare la giustizia dello scambio<sup>12</sup>, con conseguente svalutazione del ruolo riconosciuto all'autonomia negoziale. A ciò ha concorso, anzitutto, il tendenziale dissolvimento del modello tradizionale di contratto<sup>13</sup>, onde ormai si è soliti parlare al plurale di "diritto dei contratti", e ne è derivato un ampliamento dell'area del controllo giudiziale sulla meritevolezza dei contratti atipici, previsto dal capoverso dell'art. 1322 c.c.: controllo non di rado esteso anche a singole clausole atipiche inserite all'interno di contratti tipici<sup>14</sup>. Ma vi ha contribuito anche il proliferare di nuove categorie contrattuali, qualificate in base alla condizione delle parti (contratti dei consumatori, contratti asimmetrici, contratti non negoziati, ecc.)<sup>15</sup>, rispetto alle quali lo stesso legislatore si mostra assai meno incline a secondare l'autonomia negoziale ed anzi, in certo qual modo, ne diffida proprio a causa dell'asimmetria della posizione delle parti. Il dovere che l'art. 3, comma 2, della Costituzione impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano, di fatto, l'eguaglianza dei cittadini si traduce anche, sul piano contrattuale, nell'esigenza di impedire che lo squilibrio di forza economica e sociale di una parte rispetto all'altra conduca a regolamenti negoziali eccessivamente sperequati in danno della parte più debole del rapporto; e la medesima esigenza traspare del pari nell'elaborazione di particolari forme di tutela del consumatore che, soprattutto su impulso della normativa sovranazionale europea<sup>16</sup>, sono state introdotte anche nell'ordinamento nazionale.

<sup>10</sup> Riferendosi alla riforma del diritto societario attuata con il d. lgs n. 6 del 2003, F. d'Alessandro, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata, ovvero esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, pag. 38, ha icasticamente notato come essa "marci e voglia marciare dietro la bandiera dell'autonomia privata".

<sup>11</sup> Il progressivo maggior favore del legislatore per strumenti di tipo negoziale (o comunque caratterizzati da forti elementi di negozialità), quali il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e, da ultimo, la composizione negoziata della crisi prevista dal d.l. 118 del 2021, che ha fatto parlare di privatizzazione dell'insolvenza, non è un fenomeno solo italiano, ma trova precisi riscontri anche nella recente Direttiva 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

<sup>12</sup> Cfr. per tutti C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, Giuffrè, Milano, 2006, pagg. 143 e segg.; ed E. Scoditti, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, pagg. e 211 e segg.

<sup>13</sup> Di un «dissolvimento del modello tradizionale del contratto» parlava già sul finire del secolo scorso G. Alpa, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, Seam, Roma, 1998, pagg. 9-10, imputando tale fenomeno, tra l'altro, «all'applicazione di criteri di "giustizia contrattuale" con riferimento ai valori della persona e all'equità dello scambio» ed alla «applicazione di clausole generali per il controllo del comportamento delle parti nella fase prenegoziale, nella fase di conclusione e in quella di esecuzione del contratto».

<sup>14</sup> Sulla complessa e controversa figura della meritevolezza del contratto molto si è scritto. Si veda per tutti, da ultimo, M. Pennasilico, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e impr.*, 2020, pagg. 823 e segg., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>15</sup> Cfr. in argomento, tra gli altri, V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2002, pagg. 23 e segg.; Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. privato*, 2007, pagg. 669 e segg.; Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo - Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giur.*, 2009, pagg. 267 e segg.

<sup>16</sup> Il tema dell'impatto della normativa europea sul diritto dei contratti, ed in particolare sulle possibilità di esplicitarsi dell'autonomia negoziale dei contraenti, meriterebbe una trattazione a sé stante. Mi limito perciò a rinviare, in proposito, alle considerazioni di F. Macario, voce *Autonomia privata*, cit., pagg. 93 e segg.

Tutto ciò ha prodotto un terreno particolarmente favorevole a quella che è stata definita una intrusione del giudice all'interno della cittadella dell'autonomia privata.<sup>17</sup> Fenomeno, questo, al quale non è estranea neppure la sempre più accentuata tendenza del legislatore ad adoperare la categoria giuridica della nullità non solo in chiave di reazione radicalmente negativa dell'ordinamento a fronte di atti dal contenuto inaccettabile o privi di elementi strutturali o formali ritenuti indispensabili, ma anche come strumento per rimodellare il rapporto contrattuale «secondo canoni e criteri valutativi fundamentalmente preordinati ad obiettivi di equità proporzionalità e giustizia»<sup>18</sup>.

Non sorprende, perciò, che l'autonomia negoziale sia stata talvolta considerata un dogma, dal quale occorrerebbe liberarsi o che, quanto meno, andrebbe ridimensionato, al punto che la Cassazione si è spinta a parlare di «tramonto del mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni», e ne ha fatto discendere la «riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale – accanto al valore costituzionale della iniziativa economica privata (sub art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale – di un concorrente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.) ... che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), all'un tempo gli attribuisce una vis normativa e lo arricchisce di contenuti positivi»<sup>19</sup>.

Di fronte a simili affermazioni pare legittimo chiedersi se davvero possa ancora dirsi che la libertà di autodeterminazione degli interessi privati sia il fondamento del fenomeno negoziale oppure se, invece (o in qual misura), essa debba cedere il passo all'esigenza di salvaguardare altri valori, avvertiti come preminenti dalla società, della cui tutela il legislatore si fa carico ed il giudice dovrebbe farsi interprete.

### 3. Il contratto “giusto”.

E' in questo scenario, alquanto problematico e nient'affatto univoco, che si pone il tema della “giustizia del contratto”: ossia dei limiti entro i quali è consentito (o anche solo auspicabile) l'eventuale riequilibrio giudiziale degli interessi in gioco nella vicenda contrattuale. Il che rinvia ad un tema ancor più generale: quello del rapporto tra il giudice e la *regula iuris* che egli è chiamato ad applicare, sia essa di fonte legale o negoziale<sup>20</sup>. E sullo sfondo si delineano questioni assai delicate e complesse, cui peraltro qui si può solo far cenno: da quelle attinenti ai criteri d'interpretazione del contratto, destinati ad essere ben diversi a seconda del grado di rilevanza che si voglia riconoscere all'autonomia delle parti, a quelle che investono la validità del contratto e la sua eventuale eterointegrazione.

<sup>17</sup> F. Macario, voce *Autonomia privata*, cit., pag. 73, il quale parla di “un atteggiamento decisamente innovatore, e dunque non più timido, da parte della giurisprudenza, per l'accentuazione delle facoltà del giudice di intervenire sull'equilibrio economico del contratto”.

<sup>18</sup> V. Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Jovene, Napoli, 2012, pag. 649. Emblematica la decisione di Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, 934, con nota di S. Pagliantini, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, che proprio coniugando la figura della nullità relativa (di protezione) con la clausola di buona fede ha di fatto rimodellato il rapporto tra intermediario finanziario e cliente, in presenza di un contratto di investimento privo dei necessari requisiti di forma, consentendo per un verso al cliente di far valere la nullità dei soli ordini di acquisto rivelatisi per lui svantaggiosi ma legittimando l'intermediario, per altro verso, ad opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce dell'andamento complessivo degli investimenti eseguiti in esecuzione del contratto.

<sup>19</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, con nota di A. Palmieri, *La riducibilità ex officio della penale e il mistero delle liquidated damages clauses*.

<sup>20</sup> Il tema del rapporto tra il giudice e la legge trascende ampiamente i limiti di questo scritto. Non si può tuttavia non evocare al riguardo il pensiero di N. Lipari, riassuntivamente espresso, da ultimo, nell'opera *Elogio della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2021, commentato da svariati autori in diversi contributi compresi sotto il titolo *Diritto, valori condivisi e “lotta” per la giustizia*, in *Foro it.*, 2021, V, 163 e segg.



Senza la pretesa di affrontare in radice nodi problematici così intricati, mi pare di poter banalmente constatare che, in effetti, l'ordinamento offre al giudice non pochi spazi entro cui intervenire per conformare in varia misura il contenuto del contratto, e sono spesso spazi delimitati in modo alquanto elastico, sicché è fatalmente accaduto che il diritto vivente li abbia man mano dilatati<sup>21</sup>. Il varco attraverso il quale si materializzano con più frequenza e maggiore incisività gli interventi del giudice sull'assetto degli interessi autonomamente definiti dai contraenti è quello offerto dal dovere di correttezza e buona fede cui debbono sempre essere improntati i comportamenti dei consociati<sup>22</sup>.

Correttezza e buona fede (oggettiva) sono doveri operanti in ogni campo, e si è soliti ricondurli al fondamentale principio di solidarietà politica, economica e sociale enunciato dall'art. 2 della Costituzione. E' proprio però nella disciplina civilistica del contratto che, già prima della Costituzione, essi sono stati ripetutamente evocati dal legislatore. E ciò non solo come criterio di interpretazione del testo contrattuale (art. 1367 c.c.) ma anche per eventualmente integrarne il contenuto (art. 1374 c.c.) e conformarne le modalità esecutive (art. 1375 c.c.). La codificazione della clausola generale di correttezza e buona fede nella materia contrattuale è dunque assai risalente, e tuttavia essa è rimasta per molto tempo nel limbo delle astratte enunciazioni di principio ed è stata scarsamente utilizzata, per essere poi valorizzata ed incisivamente applicata con notevole frequenza solo a partire dall'ultimo scorcio del secolo passato ed all'inizio di questo. Come per tutte le clausole generali, che si traducono in norme dal contenuto relativamente indeterminato<sup>23</sup>, ne è scaturito inevitabilmente un accrescersi del margine di elasticità interpretativa ed applicativa e, quindi, un ampliamento dell'area di discrezionalità del giudice che di quella clausola è chiamato a verificare in concreto il rispetto.

Ciò ha finito per aumentare il grado di tensione da sempre esistente tra due poli: la rivendicazione dell'autonomia negoziale, nella sua tradizionale accezione che la concepisce come essenza ed anima del fenomeno contrattuale, da un lato, e dal lato opposto la ricerca della "giustizia" del contratto<sup>24</sup>, al quale si vorrebbe che l'ordinamento assicuri tutela solo se è tale da realizzare un equo contemperamento degli interessi in gioco.

Il richiamo ai fondamentali doveri di correttezza e buona fede ha fatto spesso da premessa anche all'elaborazione di un'ulteriore figura, di creazione essenzialmente dottrinarie e giurisprudenziale, attraverso la quale non di rado si attuano interventi giudiziari capaci di incidere nella carne viva del

<sup>21</sup> Si veda da ultimo, in argomento, S. De Matteis, *Principio di eguaglianza e giusta decisione: verso un diritto diseguale?*, in *Giust. civ.*, 2021, pagg. 243 e segg.

<sup>22</sup> Sul fondamentale ruolo svolto dalla buona fede anche nel rimodellare il principio della libertà contrattuale nel diritto sovranazionale, in cui convergono tradizioni di *civil* e di *common law*, si veda G. Cardarelli, *La discrezionalità contrattuale alla luce del principio di buona fede: un'occasione di confronto con il sistema inglese*, in *Contratto e impr.*, 2020, pagg. 1638 e segg.

<sup>23</sup> Sulle clausole generali e sulla non sempre agevole distinzione tra tali clausole ed i principi generali la letteratura è vastissima, a partire dal celebre scritto di S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, pagg. 83 e segg., sino, tra gli altri, ai più recenti contributi di M. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido - Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di F. Di Ciommo e O. Troiano, Foro italiano-La Tribuna, Roma-Piacenza, 2018, pagg. 495 e segg.; G. D'Amico, *Principi e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2017; Aa. Vv., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico; e S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2016,

<sup>24</sup> Il tema della giustizia del contratto è, ovviamente, assai ampio ed ha prodotto una grande elaborazione dottrinarie di cui qui non sarebbe possibile dare compiutamente conto. Basterà richiamare, tra gli scritti più recenti, R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.- sez. civ.*, Agg., VII, Utet, Torino 2012; G. D'Amico, «*Giustizia contrattuale*» nella prospettiva del civilista, in *Diritti lavori mercati*, 2017, pagg. 253 e segg.; Id. *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e dir. privato*, 2019, pagg. 1 e segg.; E. Navarretta, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pagg. 1262 e segg.; Id. *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, pagg. 243 e segg.; P. Corrias, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, *ivi*, 2019, pagg. 345 e segg.; ed A. Morace Pinelli, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pagg. 663 e segg.; nonché la monografia di R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2017.

contratto. Mi riferisco all'abuso del diritto<sup>25</sup>, proprio invocando il quale vengono talvolta neutralizzate alcune clausole convenute dalle parti, finendo così per rimodellare dall'esterno il contenuto degli accordi negoziali<sup>26</sup>. Emblematica, in tal senso, è la ben nota sentenza emessa dalla Cassazione nel caso *Renault*, nella cui motivazione, premesso che l'abuso del diritto costituisce «un'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore», si è affermato che esso si manifesta «quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, la funzione obiettiva dell'atto risulti alterata rispetto al potere che lo prevede», pervenendo infine al conclusione che «l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva»<sup>27</sup>. Su tale base argomentativa, in quel caso, fu negata validità ad una clausola di recesso *ad nutum* del committente da un contratto di agenzia, quantunque tale facoltà fosse stata prevista nel contratto, sostanzialmente imponendo che il recesso fosse retto invece da una causa adeguata di giustificazione<sup>28</sup>.

E' ancorato al canone di correttezza e buona fede anche quell'orientamento giurisprudenziale che, elevando a principio generale la figura del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c., consente di far valere la responsabilità precontrattuale della controparte pur quando il contratto resti valido ed efficace<sup>29</sup>. E non è difficile intendere come, pur senza formalmente incidere sul contenuto del contratto, ciò si traduca di fatto in una forma di rimodulazione *ope iudicis* dell'equilibrio economico esistente tra le prestazioni contrattuali calibrate inizialmente dalle parti.

Un altro varco attraverso il quale talora i giudici penetrano nel fortino dell'autonomia negoziale, in parte sovrapposto ed in parte parallelo a quello offerto dal precetto di correttezza e buona fede<sup>30</sup>, è costituito dall'equità, cui lo stesso legislatore fa in più occasioni riferimento. Com'è noto l'equità –

<sup>25</sup> L'abuso del diritto è un altro di quei temi sui quali sono stati versati i proverbiali fiumi d'inchiostro (confesso di avervi concorso di recente anche io: *Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato*, in *Fallimento*, 2020, pagg. 1199 e segg.). Nell'impossibilità di procedere qui ad un'esauriente rassegna della dottrina in argomento mi limiterò a citare per tutti lo scritto di N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *www.Questione giustizia. Trimestrale*, 4/2016, il quale definisce l'abuso del diritto come «un duttile strumento offerto all'operatore pratico del diritto per introdurre un correttivo di segno lato sensu equitativo nella trama di un sistema di enunciati formalmente posti».

<sup>26</sup> M. Barcellona, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, in *Le tutele contrattuali*, cit., pagg. 487 e segg., pone assai bene in evidenza il nesso esistente tra i due temi evocati dal titolo del suo saggio, da cui discende l'interrogativo se «si diano principi e/o regole che impongano che un contratto risponda ad un equilibrio eteronimo, ossia diverso da quello raggiunto dalle parti attraverso le trattative, e determinato, invece, da una misura oggettiva e attingibile a priori».

<sup>27</sup> Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*.

<sup>28</sup> Gli esempi di pronunce di tal genere offerti dalla giurisprudenza potrebbero essere ancora tanti; mi limiterò a citare Cass. 24 agosto 2016, n. 17291, in *Corriere giur.*, 2016, 495, con nota di V. Carbone, *Apertura di credito, recesso della banca e violazione del dovere di correttezza verso il cliente*, secondo cui il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito in cui non sia stato superato il limite dell'affidamento concesso, benché pattiziamente previsto anche in difetto di giusta causa, deve considerarsi illegittimo, in ragione di un'interpretazione del contratto secondo buona fede, ove in concreto quel recesso assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari in contrasto con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale di quelli in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e non sia, dunque, pronto alla restituzione, in qualsiasi momento, delle somme utilizzate.

<sup>29</sup> Cfr., tra le altre, Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Corriere giur.*, 2016, 1517, con nota di C. Scognamiglio, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso*; Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2015, I, 2909; e Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Giust. civ.*, 2010, I, 149.

<sup>30</sup> Le nozioni di equità e di buona fede non sono del tutto sovrapponibili, perché la prima esprime un parametro di giudizio o comunque una valutazione, mentre la seconda consiste in una regola di comportamento. Tuttavia sovente esse sono adoperate dalla giurisprudenza in modo promiscuo, ed in effetti la loro concreta applicazione molte volte conduce al medesimo risultato. Per una più puntuale distinzione si veda però G. Sicchiero, *L'equità correttiva*, in *Contratto e impr.*, 2021, pagg. 1174 e segg.

che si apparenta strettamente con l'idea di giustizia quale elemento imprescindibile di ogni consorzio umano – può assumere funzioni diverse: sia integrativa, sia sostitutiva, e talvolta persino correttiva, della legge. Qui però viene soprattutto in evidenza nella sua tradizionale accezione di “giustizia del caso concreto”<sup>31</sup> e, quindi, per la sua attitudine a realizzare un equo componimento degli interessi anche laddove una regola legale concepita in via generale ed astratta potrebbe invece non riuscirvi.

Rimanendo nell'area dei contratti, anche a prescindere dai casi in cui la legge medesima prevede o consente che una determinata controversia sia decisa dal giudice secondo equità, anziché secondo diritto (sia pure nel rispetto della normativa costituzionale e comunitaria e dei principi regolatori della materia), è sempre lo stesso legislatore ad attribuire in più occasioni al giudice un potere di intervento volto a ripristinare un equilibrio equo del rapporto. Lo prevedono, ad esempio, l'art. 1384 c.c., che consente la riduzione equitativa della clausola penale (regola che si è poi ritenuto di poter estendere pretoriamente anche alla caparra confirmatoria<sup>32</sup>), l'art. 1526 c.c., che del pari ipotizza la riduzione equitativa dell'indennità convenuta in favore del venditore in caso di risoluzione della vendita a rate, l'art. 1934 c.c., che permette di ridurre la posta eccessiva in caso di gioco autorizzato dalla legge, e così via. Ma il riferimento all'equità, anche in termini più generali, offre ulteriori spazi di eventuale possibile intervento giudiziale, oltre che nel momento interpretativo del contratto (art. 1371 c.c.) e per integrarne *ab externo* il contenuto (art. 1374 c.c.), anche in presenza di patologie originarie (come nel caso della rescissione per lesione: art. 1450 c.c.) o sopravvenute (come nel caso della risoluzione per eccessiva onerosità: artt. 1467, ult. comma, e 1468 c.c.) del rapporto. Situazioni, queste, nelle quali il giudice è chiamato a servirsi dell'equità quale metro di valutazione dell'adeguatezza delle modifiche contrattuali che una delle parti propone per recuperare un corretto rapporto tra gli interessi coinvolti nella vicenda potendo così incidere sul contenuto del contratto anche senza il consenso della controparte<sup>33</sup>.

#### 4. Sopravvenienze e rinegoziazione dei contratti

Il terreno sul quale forse più di ogni altro si manifesta la tensione tra autonomia contrattuale e “giustizia” del contratto è quello delle cosiddette sopravvenienze<sup>34</sup>: quando, cioè, durante la vita di un contratto di durata (ad esecuzione continuata, differita o periodica) si verificano eventi tali da modificare significativamente l'assetto degli interessi che le parti avevano concordemente definito. In questi casi, com'è noto, se l'obbligazione è unilaterale, la parte obbligata può chiedere la riduzione del contratto ad equità (art. 1468 c.c.); se invece sono previste prestazioni corrispettive e la parte maggiormente onerata chiede la risoluzione del contratto, l'altra parte può evitarla offrendosi di modificare equamente le condizioni contrattuali (art. 1467 c.c.). Come già ricordato,

<sup>31</sup> Definizione che (con qualche forzatura) si fa discendere da un passo del libro V dell'Etica nicomachea di Aristotele, in cui all'equità è assegnata la funzione di “*rettificazione della legge là dove si rivela insufficiente per il suo carattere universale*”.

<sup>32</sup> Il riferimento è alle note pronunce di Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382, e 2 aprile 2014, n. 77, *ivi*, 2014, I, 2035, commentate da E. Scoditti, *Il diritto dei contratti tra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. Pardolesi, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. Lener, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; con tali pronunce la Corte, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, c.c. nella parte in cui tale norma non prevede la possibilità di riduzione ad equità di una caparra confirmatoria di entità sproporzionata, diversamente da quel che accade in caso di clausola penale, ha chiaramente suggerito che il giudice potrebbe dichiarare la nullità di una siffatta caparra per violazione del canone di buona fede e, quindi, per contrasto con il principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione.

<sup>33</sup> Si vedano, quanto al rapporto tra autonomia privata ed equità nel contesto della rescissione, P. Vitucci, *La rescissione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi-1*, Giuffrè, Milano, 2006, pagg. 472 e segg.; e, quanto ai poteri del giudice in presenza di una richiesta di *reductio ad equitatem* di un contratto risolubile per eccessiva onerosità, F. Macario, *Le sopravvenienze*, *ivi*, V, *Rimedi-2*, pagg. 704 e segg.

<sup>34</sup> Anche il tema delle sopravvenienze è stato ormai largamente esplorato dalla dottrina. Senza pretesa di completezza, si possono citare gli scritti monografici di P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992; M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002; F. Macario, *Le sopravvenienze*, cit., pagg. 493 e segg.; ed E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Padova, 2018.

sono tutte rimodulazioni dell'equilibrio contrattuale – che possono conseguire anche dalla risoluzione solo parziale del contratto – destinate a realizzarsi, su base equitativa, ad opera del giudice o sotto il suo controllo.

Ma il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità, come pure l'eventuale ricorso alla figura della presupposizione nei casi in cui possa ritenersi almeno implicitamente pattuita una clausola *rebus sic stantibus*, non sempre appare rimedio conveniente per la parte che subisce le conseguenze negative della sopravvenienza, mentre il mantenimento in vita del contratto, se il suo contenuto viene adeguato alle mutate circostanze, può spesso condurre ad un risultato più equilibrato. In situazioni di tal genere – lasciando ovviamente da canto la fattispecie del contratto aleatorio, e pur tenendo conto che un qualche margine di variabilità è sempre da ritenersi implicitamente accettato dalle parti di qualsiasi accordo i cui effetti siano destinati a protrarsi nel tempo – è del tutto evidente che il voler tenere ferme clausole negoziali pattuite in vista di uno scenario ben diverso da quello venutosi a determinare urta contro un elementare senso di giustizia e pone perciò quasi ineludibilmente il tema della rinegoziazione del contratto. Rinegoziazione che potrebbe esser già stata contemplata nel testo contrattuale dalle stesse parti<sup>35</sup>, ma che, anche in difetto di un'espressa previsione negoziale in tal senso, v'è chi considera doverosa alla luce del già richiamato dovere di buona fede insito nel rapporto contrattuale<sup>36</sup>, o altrimenti quale integrazione equitativa dello stesso regolamento contrattuale che già non la preveda, conformemente alla previsione dell'art. 1374 c.c.<sup>37</sup>. E questa esigenza, da tempo avvertita, ha anche indotto autorevole dottrina ad ipotizzare che, almeno nei contratti di durata particolarmente lunga e nei quali la situazione dei luoghi o le condizioni di mercato abbiano notevole rilievo, ragioni di equità rendano implicita «una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato o opportuno»<sup>38</sup>.

Per queste ragioni la rinegoziazione dei contratti in caso di rilevanti sopravvenienze ha formato oggetto nel 2019 di una proposta di legge governativa, la quale però non ha avuto finora seguito<sup>39</sup>.

Ricavare dai principi generali della materia un obbligo di rinegoziazione dei contratti squilibrati da impreviste sopravvenienze non è però compito facilissimo, nonostante i pur apprezzabili sforzi che, come già s'è accennato, la dottrina ha da tempo dispiegato in tal senso. Non lo è perché la rinegoziazione implica già di per sé un andare oltre i limiti segnati dal contratto originario, modificandone il contenuto sul quale le parti hanno manifestato il loro consenso; e la buona fede, tanto nell'interpretazione della volontà espressa dai contraenti quanto nell'individuazione del contenuto e nell'esecuzione di un contratto, opera pur sempre all'interno del perimetro segnato dal

<sup>35</sup> Cfr. M.P. Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, pagg. 411 e segg.

<sup>36</sup> L'obbligo di rinegoziazione del contratto secondo buona fede, in presenza di sopravvenienze che ne abbiano alterato l'equilibrio economico già prima del manifestarsi della pandemia da Covid-19 aveva trovato alcuni riscontri nella giurisprudenza di merito: si vedano, in particolare, Trib. Bari 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571, con nota di S. Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; e Trib. Bari 31 luglio 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 375. Nella dottrina, che negli ultimi decenni ha dedicato a questo tema una crescente attenzione, si registrano opinioni discordi: favorevoli, tra gli altri, F. Macario, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, Giuffrè, Milano 2009, pagg. 1026 e segg., V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, pagg. 972 e segg.; ed E. Navarretta, *Giustizia contrattuale*, cit., pagg. 253 e segg.; contrari F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004, pagg. 55 e ss., G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impr.*, 2002, pagg. 774 e segg., ed A. Cinque *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, *ivi*, 2020, pagg. 1691 e segg. Si vedano anche, in argomento, A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Esi, Napoli, 2017; ed E. Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit.

<sup>37</sup> G. Sicchiero, *L'equità correttiva*, cit., pagg. 1190 e segg.

<sup>38</sup> R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Sacco, Utet, Torino, 2004, pag. 723.

<sup>39</sup> Disegno di legge S.1151 per la delega al Governo della riforma del codice civile in cui, tra l'altro, si prevede il diritto delle parti di pretendere la rinegoziazione dei contratti secondo buona fede qualora divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, ovvero di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, qualora non si raggiunga un accordo tra le parti. Cfr. in argomento F. Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto - Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102 e segg.



medesimo contratto o da quanto in esso possa ritenersi comunque compreso, ma non è detto che possa varcarne i limiti sino a disegnare i tratti di un contratto modificato, cioè diverso. E' certo vero che il dovere di agire in buona fede presidia anche la fase delle trattative precontrattuali e della formazione del contratto (art. 1337 c.c.), ma qui la situazione è diversa perché la rinegoziazione si colloca a valle di un contratto ormai già formato e concluso, che si vorrebbe riaprire a nuove trattative. Se l'obbligo di rinegoziazione sussiste, perché è la legge ad imporlo, è indubbio che nell'ademperlo le parti debbano comportarsi secondo buona fede, ma non è altrettanto ovvio che il dovere di comportarsi in buona fede basti da solo a far nascere quell'obbligo. Anche l'equità integrativa, nella logica del citato art. 1374, non solo dovrebbe trovare spazio unicamente quando vi sia una lacuna della legge da colmare, ma implica soltanto l'eventuale completamento del dettato contrattuale, includendovi anche le conseguenze inesprese, e resta da dimostrare che tra tali conseguenze sia ricompresa anche la stipulazione di un contratto dal contenuto in tutto o in parte diverso. Il fatto stesso che, come tra un momento si dirà, al sopravvenire della pandemia il legislatore abbia avvertito il bisogno di introdurre espressamente alcuni specifici obblighi di rinegoziazione contrattuale, potrebbe suggerire che obblighi di tal genere non fossero già ricavabili dai principi generali della materia.

Ancor meno facile è poi, quando pure si voglia ammettere l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, individuare i rimedi in caso di inadempimento. Un conto è, infatti, limitarsi a prevedere un rimedio di tipo risarcitorio per la violazione del dovere di correttezza e buona fede che avrebbe imposto la rinegoziazione alla quale la parte si sia sottratta, altro è ipotizzare una sorta di adempimento in forma specifica da realizzare mediante un intervento del giudice volto a rimodulare il contenuto del contratto. In entrambi i casi potrebbero profilarsi non piccole difficoltà già nell'individuare gli estremi dell'inadempimento addebitato da una parte all'altra, quando si sia in presenza non di un pregiudiziale rifiuto di rinegoziare il contratto ma del mancato accordo sui termini concreti della rinegoziazione. Un obbligo a contrarre non equivale certo, infatti, ad un obbligo di concludere sempre e comunque un contratto. Con specifico riferimento alla tutela risarcitoria, potrebbe inoltre non essere sempre agevole assolvere l'onere della prova del danno risentito a causa dell'altrui rifiuto di rinegoziare il contratto (o di rinegoziarlo a condizioni ritenute eque). Ben più problematica mi sembra, poi, la possibilità di ammettere una tutela di tipo per così dire reale, che si realizzi cioè attraverso il provvedimento di un giudice idoneo a tener luogo del mancato consenso spontaneo di una delle parti, perché di regola la manifestazione del consenso negoziale è una prestazione infungibile. Ed, infatti, per assicurare quel tipo di tutela in presenza di un obbligo a contrarre derivante dalla stipulazione di un contratto preliminare il legislatore ha dovuto espressamente prevederla dettando l'art. 2932 c.c. Si potrebbe allora ipotizzare che l'*enforcement* giudiziale dell'obbligo di rinegoziazione di cui si sta parlando possa realizzarsi proprio facendo leva sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre previsto dal citato art. 2392. Occorre però tener conto che quella norma presuppone un obbligo a contrarre ben specificato nei suoi termini essenziali, come accade in virtù della precedente stipulazione di un contratto preliminare, onde potrebbe dirsi che il provvedimento del giudice, sostitutivo del mancato consenso della parte inadempiente, è in questo caso a rime obbligate dovendosi unicamente dare attuazione a quel che già era stato contrattualmente stabilito. Nel caso dell'obbligo di rinegoziazione, invece, si tratta di rielaborare il contenuto di un contratto secondo criteri che non sono già prestabiliti e che solo con un ampio margine di discrezionalità possono essere desunti dal principio di solidarietà sociale e dal più volte invocato dovere di buona fede, non essendo per nulla scontato che il mercato offra parametri di riferimento adeguati alle peculiarità di ciascun singolo caso concreto<sup>40</sup>. Sarei perciò molto cauto nell'affermare che, in assenza di una specifica disposizione di legge che lo consenta, l'obbligo di rinegoziare un contratto squilibrato a causa di una qualche rilevante sopravvenienza, ove pure sia previsto dalla legge, in caso di mancato raggiungimento di un accordo tra le parti possa dar luogo ad una rimodulazione del contratto per mano del giudice.

---

<sup>40</sup> Osserva giustamente U. Carnevali, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *Contratti*, 2021, pag. 148, che «la sentenza ex art. 2932 c.c. attua un accordo delle parti sull'oggetto del contratto già chiaramente raggiunto, laddove invece nel caso in esame la sentenza costitutiva attuerebbe un regolamento d'interessi dettato da un terzo, fungendo il giudice quasi da arbitratore».

## 5. Le conseguenze della pandemia

Quanto fin qui detto non esclude, ovviamente, che il legislatore, anche a prescindere da una rielaborazione generale della materia dei contratti, possa intervenire con specifiche disposizioni per imporre obblighi di rinegoziazione ed anche, eventualmente, prevedere provvedimenti giudiziali modificativi di contratti pendenti (salvo poi a comprendere se o in qual misura interventi di tal fatta possono riflettersi o gettare comunque nuova luce anche sui principi generali della materia e sul modo in cui tradizionalmente li si concepisce).

Proprio la pandemia da Covid-19, con le sue imprevedute conseguenze sul piano economico, ha ora di nuovo smosso le acque.

Non è certo difficile riconoscere nella pandemia una sopravvenienza capace, in taluni casi, di alterare in vario modo l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali pattuite in condizioni di mercato normali<sup>41</sup>. Dalla diffusione del virus, con gli effetti dirompenti che ne sono derivati, si è generata un'istanza particolarmente intensa di solidarietà sociale che ha assunto in alcuni contesti i tratti di un criterio valoriale al quale è parso che il funzionamento del mercato dovesse adeguarsi, riflettendosi quindi anche nella concreta attuazione dei singoli regolamenti contrattuali. La paralisi generalizzata da cui, almeno con riferimento a certi settori e per un determinato arco di tempo, è stato colpito il sistema economico nazionale ha perciò concorso a riproporre con forza il tema dell'eventuale rinegoziazione dei contratti. Non si è giunti a formulare in termini generali la previsione di un obbligo di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze, ma in diverse delle disposizioni emergenziali che un po' convulsamente si sono susseguite in quest'ultimo biennio la rinegoziazione è stata più volte contemplata (in materia di locazione di immobili ad uso commerciale, di concessione di impianti sportivi, ecc.): talora semplicemente incoraggiandola con misure premiali, altre volte senz'altro imponendola<sup>42</sup>. Ed anche la giurisprudenza (di merito) si è talvolta spinta a ravvisare un obbligo di rinegoziazione ricercandone il fondamento nel dovere generale di buona fede o nell'equità sull'equità<sup>43</sup>.

I suaccennati interventi del legislatore volti ad imporre o ad incoraggiare la rinegoziazione dei contratti in presenza di squilibri contrattuali provocati dalla pandemia potrebbero sembrare, a prima vista, una sorta di apertura di credito all'autonomia negoziale, alla quale ci si affida per

---

<sup>41</sup> Il tema delle sopravvenienze contrattuali generate dalla pandemia è stato subito oggetto di grande attenzione da parte della dottrina. Oltre agli scritti di autori vari apparsi su un numero speciale di *Giust.civ.com.*, 2020, intitolato appunto *Emergenza Covid-19*, basterà qui rinviare a M. Zuliani, *Le sopravvenienze da Covid-19 nella giurisprudenza di merito*, in *Danno e resp.*, 2022, pagg. 43 e segg. ed ai numerosi scritti ivi citati; nonché a C. Scognamiglio, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corriere giur.*, 2020, pagg. 581 e segg., il quale auspica un intervento del legislatore in materia, dubitando che la sola elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di istituti e principi giuridici già presenti nell'ordinamento valga a risolvere soddisfacentemente i problemi che si sono posti. Un punto di vista almeno in parte diverso esprime invece F. Piraino, *L'impatto della pandemia sui rapporti contrattuali: problemi e rimedi*, in *Annuario del contratto 2020*, Giappichelli, Torino, 2020, pagg. 3 e segg., il quale si mostra maggiormente propenso a valorizzare l'attitudine del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti a fronteggiare l'eccezionalità.

<sup>42</sup> Per una disamina più dettagliata delle suaccennate disposizioni emergenziali si rinvia a F. Piraino, *L'impatto della pandemia*, cit., pagg. 30 e segg.

<sup>43</sup> Trib. Milano 21 ottobre 2020, in *Contratti*, 2021, 161, con nota adesiva di M. Manelli, *Sopravenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020*; e Trib. Roma 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2436, con note di G. Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, il quale reputa che in simili situazioni l'intervento giudiziale possa fondarsi sull'equità integrativa, piuttosto che sul dovere di condotta delle parti secondo buona fede; e di P. Gallo, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, totalmente favorevole alla soluzione adottata dal giudice romano. In favore dell'obbligo di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze legate alla pandemia si è espresso anche l'Ufficio del Ruolo e del Massimario della Corte di Cassazione nella Relazione tematica n. 56/2020 (cui si riferisce la nota di commento a Trib. Milano sopra citata). Benché sia ovvio, a scanso di equivoci che talvolta paiono trasparire da alcuni commenti. Occorre però avvertire che tale Relazione va considerata alla stregua di un'autorevole opinione di dottrina, e non cerco come espressione della funzione nomofilattica che la Suprema corte esercita unicamente attraverso provvedimenti di carattere giurisdizionale emessi da collegi giudicanti a ciò deputati, laddove l'Ufficio del Ruolo e del Massimario svolge solo una (preziosa) opera di studio.

ricondere il contratto nel solco dell'equo temperamento degli interessi, ossia per renderlo "giusto". Parlare di autonomia negoziale, quando è la legge ad imporla, o comunque a dettarne le linee, desta tuttavia qualche perplessità: si tratta, quanto meno, di un'autonomia controllata.

Ma l'autonomia rischia di svanire del tutto se, in caso di fallimento della rinegoziazione, si prevede l'intervento suppletivo del giudice per rimodulare d'autorità i termini di un contratto che appaia ormai sperequato. E' in questo tipo di situazioni che si manifesta in sommo grado la prevalenza della ricerca del "contratto giusto", rimessa alla decisione del giudice terzo, rispetto all'idea tradizionale del contratto come espressione della libera volontà e dell'autodeterminazione delle parti. Qui del "dogma" dell'autonomia negoziale rimane davvero ben poco.

La recente normativa emergenziale offre però dei segnali che sembrano andare proprio nella direzione da ultimo indicata.

Alludo, in particolare, al disposto dell'art. 10 del d.l. 118/2021 (convertito in con l. 147/2021) che, nel quadro della composizione negoziata della crisi d'impresa, attribuisce all'esperto chiamato a svolgere una funzione essenzialmente mediatrice, tra gli altri compiti, anche la facoltà di invitare le parti a «rideterminare secondo buona fede il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2». In caso di mancato accordo, l'imprenditore in crisi può chiedere al tribunale di «rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale». Ed il tribunale, se accoglie la domanda, «assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo» (fatta eccezione per i contratti di lavoro ai quali siffatta normativa non si applica).

In tale contesto può dunque accadere che l'autonomia negoziale ceda totalmente il passo ad una forma di eteroregolazione del rapporto. E' stato puntualmente osservato che «gli accordi si fondano sul consenso, non sull'obbligo di accordarsi», sicché un «obbligo di rinegoziazione che obblighi ad un risultato costituisce all'evidenza un ossimoro»<sup>44</sup>. La rimodulazione del contratto, d'altronde, è qui funzionale ad altri scopi – la prospettiva di risanamento dell'impresa e di recupero della continuità aziendale – i quali in questo scenario vengono ad assumere un rilievo preminente, pur essendo di per sé estranei alla normale dialettica contrattuale, giacché paiono rispondere non solamente all'intento di realizzare un più equo temperamento dei contrapposti interessi delle parti in causa ma anche, se non soprattutto, ad esigenze generali dell'economia.

Colpisce poi l'ampiezza dei poteri attribuiti da questa normativa al giudice nel rideterminare il contenuto dei contratti. Come è stato giustamente notato, qui l'azione del giudice non è in alcun modo "a rime obbligate"<sup>45</sup>, perché egli è chiamato ad esercitare poteri davvero assai ampi, solo genericamente circoscritti dai richiami alle nozioni di equità ed indispensabilità del suo intervento ed alla necessità di contenerne gli effetti entro stretti (ma pur sempre indefiniti) margini temporali. Il che però presuppone che il giudice riesca a percepire compiutamente non solo i valori sottesi all'accordo contrattuale che si accinge a modificare, ma anche le conseguenze che ne possono derivare sulla situazione economico-patrimoniale complessiva delle parti. E colpisce anche la relativa vaghezza dei presupposti cui è condizionato l'esercizio di un siffatto intervento giudiziario, a monte del quale dovranno esservi l'accertamento di una situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'impresa, tale però da consentire la ragionevole prospettiva di risanamento, costituente il presupposto per accedere correttamente alla composizione negoziata, e quindi la valutazione sia delle ragioni che hanno impedito alle parti di raggiungere un accordo sulla rinegoziazione del contratto, il cui equilibrio sia stato compromesso dalla pandemia, sia della correttezza e buona fede ravvisabili nel comportamento serbato dal debitore e della misura in cui la controparte abbia diritto ad essere indennizzata per non squilibrare eccessivamente il rapporto contrattuale in suo danno. Tutti elementi suscettibili di apprezzamenti diversi, potenzialmente idonei a generare controversie dall'esito non facilmente prevedibile. Condivisibile appare il rilievo secondo cui «permettere al giudice di intervenire sul contratto per riequilibrarne le condizioni attraverso il ricorso a clausole generali che non fissano i presupposti del potere, e di farlo,

---

<sup>44</sup> G. Sicchiero, *L'equità correttiva*, cit., pag. 1194.

<sup>45</sup> M. Fabiani, *Il valore della solidarietà*, cit., pag. 11.

*oltretutto, con riferimento a contratti, quali quelli tipici del rapporto d'impresa strutturalmente complessi, rischia di produrre risultati che vanno al di là anche delle aspettative del contraente che si è rivolto al giudice»<sup>46</sup>.*

Si tratta, ovviamente, di una normativa circoscritta, quanto al suo oggetto, e strettamente legata nel tempo al protrarsi dell'emergenza pandemica<sup>47</sup>. In questo, come in ogni altro campo, è difficile però prevedere quali effetti di lungo periodo ne potranno derivare e se, quindi, la tendenza alla eteroregolazione dei contratti in qualche modo si stabilizzerà o comunque si rafforzerà nel futuro. Tendo a credere che difficilmente, se e quando ci saremo lasciati definitivamente alle spalle la pandemia, tutto tornerà come prima<sup>48</sup>.

In quale misura e con quali modalità la normativa emergenziale cui s'è fatto cenno sia destinata a costituire un punto di svolta nella storia del delicato rapporto tra autonomia negoziale, "giustizia del contratto" e potere del giudice di rimodellarne il contenuto resta quindi un interrogativo aperto. Non senza qualche preoccupazione, che mi pare giustificata non tanto dal rischio di compromettere l'efficacia allocativa del contratto (nella misura in cui si sia disposti da ammettere che questa efficacia allocativa dipenda dal gioco della libera negoziazione tra i contraenti)<sup>49</sup>, quanto soprattutto per quel margine d'imprevedibilità che inevitabilmente connota qualsiasi intervento correttivo del giudice in singoli casi concreti ed il cui ampliamento potrebbe mettere eccessivamente a repentaglio un valore – certo non assoluto, ma pur sempre importante – quale è quello della certezza del diritto. Ma forse non c'è né da sorprendersene né, tanto meno, da scandalizzarsene. Si tratta, in fondo, solo dell'ennesima manifestazione dell'eterno e mai risolto conflitto esistente tra il bisogno di stabilità e calcolabilità del diritto, per soddisfare il quale si rischia di imprigionarlo in una gabbia troppo rigida di fattispecie e concetti astratti, e la contrapposta aspirazione a realizzare un irrinunciabile ideale di giustizia, da inverare in ciascun caso concreto, che sconta però immancabilmente un non trascurabile grado d'imprevedibilità e di variabilità soggettiva della singola decisione.

---

<sup>46</sup> I. Pagni, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pag. 370.

<sup>47</sup> Lo sottolinea M. Fabiani, *op. ult. cit.*, pag. 12, secondo il quale "Quando si tratterà di coordinare il D.L. n. 118/2021 con il codice della crisi, auspicabilmente nel senso di inserirlo all'interno del Titolo II, si dovrà valutare la sorte di questa norma che, ad oggi, ha una chiara vocazione transitoria e che, tuttavia, quando esprime il valore della solidarietà potrebbe non essere accantonata".

<sup>48</sup> Un intervento del legislatore volto a modernizzare la disciplina generale dei contratti anche e proprio alla luce dell'esperienza maturata a seguito della pandemia da Covid-19 è auspicato da F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, pagg. 129 e segg.

<sup>49</sup> Preoccupazione particolarmente avvertita da F. Di Ciommo, *Contributo all'uso responsabile dei poteri del giudice su contenuti e effetti del contratto. Le quattro condizioni di efficienza allocativa*, in *Foro it.*, 2021, V. 224 e segg. Si veda anche, in proposito, E. Baffi, *op. e loc citt.*