

Coesistenza e complementarità tra fattispecie tipizzata dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze

di *Francesco Macario*

Il disegno di legge delega di riforma del codice civile consente di ripensare il rapporto tra fattispecie legale e clausola generale. La disciplina delle sopravvenienze e dei rimedi all'eccessiva onerosità, che il legislatore dell'ipotizzata riforma vorrebbe (o dovrebbe, se l'iniziativa dovesse procedere) riscrivere in modo significativamente innovativo, offre diversi spunti per considerazioni anche di carattere generale.

1. La recentissima «delega al Governo per la revisione del codice civile» (ddl Senato 1151), nonché per la sua “integrazione” (alla stregua della rubrica dell’art. 1), dispone (alla lett. i), che il legislatore dell’ipotizzata riforma introduca e disciplini: «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». Nell’intento del legislatore sarebbe, pertanto, opportuno intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 cc, quali norme “generali” (applicabili a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale), incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

Non v’è dubbio che il tema e la disciplina delle sopravvenienze – al pari, del resto, di altre problematiche attinenti alla parte generale del contratto, rispetto alla quale non a caso sono intervenuti, modi-

ficando anche significativamente il codice civile, tanto il legislatore tedesco quanto, più di recente, quello francese – suscitino interrogativi di indole metodologica, destinati a porsi prima ancora (e, in un certo senso, in funzione) delle questioni (e opzioni) di tipo più segnatamente tecnico-applicativo.

Alcuni di questi interrogativi richiamano, in modo piuttosto diretto invero, il problema che il titolo del contributo di Enrico Scoditti¹ enuncia, del “ripensamento” della fattispecie e, dunque, del rapporto attuale tra la fattispecie legislativamente tipizzata e le clausole generali, affidate nella loro concreta operatività alla funzione giurisdizionale (rimanendo in secondo piano, nella vicenda in esame, la problematica dell’eguaglianza, se non altro in termini di accesso ai beni e ai servizi offerti sul mercato). Per altro verso, lo stesso testo normativo appena riportato richiama esplicitamente la clausola generale per eccellenza del diritto dei contratti, ossia la buona fede, nel disegnare quella che potrebbe diventare la nuova fattispecie cardine della disciplina (generale) delle sopravvenienze, relativa al diritto delle parti di richiedere la

1. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in questo fascicolo.

rinegoziazione e/o l'adeguamento (per via giudiziale) delle condizioni contrattuali eccessivamente onerose, prima di percorrere la via (oggi prioritaria, ma che potrebbe diventare residuale) dello scioglimento mediante risoluzione.

2. Se i termini del confronto sono, pertanto, la (costruzione legislativa della) fattispecie e le (applicazioni giurisprudenziali delle) clausole generali, una prima notazione (se si preferisce, una prima questione) attiene alla relazione tra parte generale e parte speciale del diritto dei contratti², muovendo dall'assunto secondo il quale le vicende e i problemi dell'esecuzione del contratto trovano, peraltro in modo del tutto ragionevole, nella seconda la loro prevalente e specifica disciplina, non sfuggendo a tale "collocazione" anche i problemi delle sopravvenienze³.

In tal senso, da un lato appare storicamente coerente e comunque comprensibile il silenzio del legislatore dei codici della tradizione civilistica ottocentesca – è sufficiente considerare le già menzionate esperienze del *code civil* e del BGB, cui si aggiunge naturalmente il codice civile italiano del 1865 – sui problemi delle sopravvenienze in termini di disciplina generale del contratto. Dall'altro lato, si giustifica la resistenza dell'ordinamento e, in primo luogo, della dottrina rispettosa della tradizione dogmatica – anche in questo caso, può essere sufficiente considerare la civilistica francese, emblematicamente ostile ad attribuire rilevanza all'*imprévision*, così come quella tedesca, sino a quando la teoria della "presupposizione" di Windscheid, originale ed eterodossa elaborazione della "condizione implicita" o inespressa, maturata tuttavia pur sempre sullo schema pandettistico della dichiarazione di volontà, non incominciò a evolversi con l'idea del venir meno del fondamento negoziale (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), da trattare giudizialmente mediante l'uso della clausola generale di cui al § 242 BGB – a conside-

rare giuridicamente rilevante, sempre nella rappresentazione delle regole del "contratto in generale", la modificazione delle circostanze al fine della "tenuta" del vincolo contrattuale (declinata, evidentemente, in vario modo: nel nostro codice, dal punto di vista della risoluzione del contratto).

3. L'opzione del legislatore italiano del 1942 si presentava, pertanto, piuttosto anomala (se non altro, rispetto alla tradizione), con la definizione di una nuova (si direbbe, davvero originale) fattispecie legislativa, grazie alla quale l'ordinamento attribuiva rilevanza giuridica alla sproporzione nel valore delle prestazioni contrattuali verificatesi nel corso dell'esecuzione del contratto, al fine di consentire alla parte onerata di liberarsi dal vincolo mediante la risoluzione.

Va da sé che, ruotando la risoluzione del contratto intorno alla "sproporzione" (per di più, sopravvenuta), il legislatore non poteva che procedere con estrema cautela, nel definire la nuova fattispecie normativa, s'è detto all'apparenza eterodossa rispetto alla tradizione, ma al contempo si trovava in qualche modo costretto a fare ricorso a concetti elastici, che per un verso delimitano l'ambito di applicazione della disciplina, per altro verso conferiscono al giudice la necessaria discrezionalità per valutare, caso per caso, la presenza dei presupposti per la risoluzione del contratto ovvero per l'equa modificazione delle sue condizioni, nel caso – rivelatosi poco frequente, se non altro nella prassi applicativa della norma – in cui il contraente non onerato avesse ritenuto conveniente evitare (il giudizio per) la risoluzione, offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

4. La disciplina delle sopravvenienze introdotta dal legislatore nel codice civile, con il coraggio di un'innovazione, s'è detto, senza dubbio originale, mediante la costruzione dell'inedita fattispecie (e della

2. In argomento, non si può prescindere dalle riflessioni compiute, ancorché oltre un ventennio addietro, da G. De Nova, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in Aa. Vv., *I cinquant'anni del codice civile* (atti del convegno, Milano, 4-6 giugno 1992), vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 218 (vds. già, *Id.*, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 333, e in Aa. Vv., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, atti del congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, Cedam, 1991, p. 321) e P. Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ivi*, p. 445.

3. L'elementare e quasi ovvia constatazione può aiutare, peraltro, a comprendere la duplice circostanza del sostanziale disinteresse degli studiosi – se non altro, ove si consideri la lunga tradizione dogmatica maturata nella civilistica degli ultimi due secoli, cui non è affatto estranea, evidentemente, la costruzione della *Voraussetzung* di Bernhard Windscheid – per il tema delle sopravvenienze, dal punto di vista (della teoria generale) del contratto, quale fattispecie giuridica di cui l'ordinamento deve farsi carico, in primo luogo per disciplinarne validità ed efficacia, così come della – è la seconda constatazione, perfettamente comprensibile, in quanto conseguente, si direbbe, a tale indifferenza dottrinale – assenza di disposizioni normative nella disciplina del contratto "in generale" all'interno delle codificazioni che maggiormente hanno segnato la storia del diritto civile ottocentesco in Europa (alludendosi a quella napoleonica e a quella tedesca). In tal senso, l'opzione del legislatore italiano del 1942, che nel "nuovo codice" aggiungeva una terza (ed eterodossa, rispetto alla detta tradizione civilistica) forma di risoluzione del contratto "per eccessiva onerosità", non può non suscitare oggi, in sede di riforma della parte generale del contratto, problemi diversi rispetto a quelli affrontati dai giuristi e dai legislatori di altri ordinamenti (a cominciare dai nostri "vicini di casa" francesi e tedeschi), in sede di riforma del codice civile, con riferimento alla "modernizzazione" della disciplina dei contratti.

stessa figura giuridica, invero) generale della “eccessiva onerosità” sopravvenuta quale ulteriore causa di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive – in termini “generalì”, va ricordato –, che andava ad aggiungersi alle classiche e più che collaudate ipotesi di inadempimento e di impossibilità sopravvenuta, avrebbe potuto suggerire una duplice considerazione, sul piano sistematico e metodologico.

In primo luogo, l’innovazione era espressiva del rilievo che, nello schema generale codificato del contratto, avrebbe dovuto avere anche il rapporto genericamente definibile “di durata”, ossia il cui svolgimento si protrae nel tempo (si che tra la conclusione del contratto e il compimento del programma ovvero del risultato avuto di mira dai contraenti intercorra un periodo più o meno lungo, durante il quale gli eventi sopravvenuti potrebbero incidere sull’equilibrio economico tra le prestazioni originariamente pattuite)⁴. In tal senso, il codice si confermerebbe innovativo del “sistema”, ma soprattutto consapevole della rilevanza da attribuire alla realtà economica dell’impresa anche nella disciplina generale del contratto, ossia al di là e prima ancora che nelle norme dei “singoli contratti”, espressivi in modo più diretto di tale realtà economica.

Nel considerare la vicenda giuridica delle sopravvenienze, particolarmente espressiva risulta la disciplina dell’appalto, quale tipico contratto dell’impresa, che tuttavia lascia trasparire una discrasia tra la disciplina del contratto “in generale” e la realtà normativa della contrattazione commerciale ovvero d’impresa⁵, la cui riconducibilità al sistema non può prescindere dal riferimento ad altri (si direbbe, non pochi) indici legislativi, dai quali è dato desumere l’esistenza di un principio di adeguamento del contratto, in considerazione dello svolgersi del rapporto nel tempo, che trova espressione in regole specifiche, alcune delle quali appena ricordate, caratterizzanti i numerosi tipi contrattuali disciplinati dal codice⁶.

In secondo luogo, la nuova disposizione rappresentava un esempio emblematico di norma “genera-

le”, caratterizzata da una fattispecie ben definita sul piano legislativo – va ribadito, anche molto ben delimitata, in ragione delle comprensibili cautele con le quali si introduceva nel codice un’anomala causa di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive –, ma al tempo stesso rimessa, nell’applicazione concreta della norma, alle valutazioni specifiche del giudice, ossia circostanziate con riferimento al caso in esame, sulla base dei concetti elastici cui si faceva appena riferimento: a cominciare dalla stessa «eccessività» dell’onerosità sopravvenuta, per continuare con la «eccezionalità e straordinarietà» degli eventi, finendo con la «normalità dell’alea» del contratto (in concreto considerato, evidentemente), costituente lo sbarramento giuridico più significativo alla risoluzione.

Con le espressioni appena indicate, il legislatore non ricorre, evidentemente, a clausole generali (da “concretizzare”, come si usa dire, nell’applicazione in sede giurisdizionale), ma non si può negare l’ampia discrezionalità del giudizio, così come accade, del resto, nel caso (s’è detto, non particolarmente frequente, ma significativamente previsto dal legislatore) dell’offerta, comunemente detta di *reductio ad aequitatem*, da parte del contraente non onerato contro il quale è chiesta la risoluzione, il quale offra di modificare equamente le condizioni per evitare la risoluzione del contratto.

Si può ritenere che l’equità, richiamata espressamente nel terzo comma dell’art. 1467 cc, aleggi in tutta la disciplina, dal momento che la presenza degli elementi della fattispecie risolutoria, soprattutto in relazione al superamento dell’alea normale, costituiscono l’indice di una sostanziale iniquità – parificata dal legislatore, quanto agli effetti, all’inadempimento e all’impossibilità sopravvenuta – dello scambio, rispetto ai termini nei quali lo stesso era stato originariamente pattuito.

5. L’innovazione legislativa del 1942, cui può ascrivere anche il merito di aver ricevuto – si tratta

4. Il discorso, già sviluppato da chi scrive nel lavoro monografico *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, sintetizzato anche nella successiva voce *Revisione e rinegoziazione del contratto* dell’*Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, tomo 2°, Milano, 2008, p. 1026, è stato ripreso, in vario modo, negli studi successivi di numerosi autori (tra i più recenti, vds. E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Padova, 2018).

5. È noto che la dottrina italiana più autorevole ha avvertito l’espressione contratti d’impresa come una «categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione»: così G. Oppo, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, vol. 41, 1995, I, p. 629, dove si scorge, fra l’altro, il nesso con i contributi resi in epoca ben più risalente dall’Autore nello studio di rapporti contrattuali caratterizzati da uno strettissimo collegamento con l’organizzazione dell’attività economica imprenditoriale: G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 146 e 277, nonché *ivi*, 1944, I, p. 17. Dopo l’unificazione dei codici, il tema veniva rielaborato da A. Dalmartello, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1962 (terza ed.), pp. 94 ss.

6. Ci si permette di rinviare ancora, per l’articolazione del ragionamento, al richiamato contributo monografico *Adeguamento e rinegoziazione*, *op. cit.*, spec. pp. 71-168; la riflessione è successivamente ripresa, condividendone l’impostazione di fondo, da V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1041 ss.; sempre nella trattatistica sul contratto, per analoghe considerazioni, in relazione alla questione della “revisione” del contratto, *cfr.* R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. X, tomo 2°, Utet, Torino, 2004, pp. 722 ss.

dell'opinione di giuristi impegnati nello studio delle possibili proposte di riforma del diritto dei contratti in altri ordinamenti, come avvenne in Germania negli anni ottanta – giudizi lusinghieri come esempio di equilibrata disciplina legislativa delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, ma soprattutto il confronto della normativa vigente con la proposta di riforma, di cui al disegno di legge delega, costituiscono un ottimo banco di prova per comprendere il modo in cui può atteggiarsi, in un tempo quale il nostro caratterizzato da numerose variabili innovative, il rapporto tra la fattispecie (legislativamente tipizzata) e le clausole generali (da applicare e dunque “concretizzare” in sede giurisprudenziale).

Una verifica da condurre, va da sé, alla luce dell'evoluzione della cultura giuridica civilistica avvenuta *medio tempore*, tanto in relazione all'istituto e alla specifica vicenda in questione, attinente alle tecniche di gestione del rischio contrattuale (nei contratti di durata), quanto rispetto ai temi più ampi e apicali, come quello al centro della riflessione collettiva originata dal saggio di Enrico Scoditti.

È evidente, al punto da costituire considerazione banale e scontata, che il legislatore della riforma, se mai porrà mano concretamente alla riforma del codice civile – peraltro, particolarmente opportuna nella materia in esame, come si è avuto modo di considerare in termini più analitici in altra sede⁷ – non potrà ignorare il mutato ed evoluto rapporto tra il giudice e la clausola generale, che consente di inserire nella disposizione normativa, sempre più di frequente, il riferimento alla buona fede, reiterando nella descrizione della fattispecie un richiamo che già, nel nostro codice, compare molte volte nelle disposizioni generali e, si direbbe, generalissime (come emblematicamente dimostrano gli artt. 1175 e 1375 cc).

Da un diverso punto di vista, senza dubbio connesso e in qualche modo complementare alla precedente constatazione, un percorso dottrinale che può farsi risalire alla fine degli anni sessanta, con un signi-

ficativo approfondimento di Mario Bessone sul rapporto tra adempimento e rischio contrattuale, all'insegna della valorizzazione del principio di correttezza e buona fede (sulla scia, evidentemente, degli studi di Stefano Rodotà intesi a valorizzare la pregnanza del precetto comportamentale), si è sviluppato per esaminare i diversi risvolti della rinegoziazione, degli obblighi dei contraenti e della funzione del giudice in relazione all'adeguamento del contratto alle mutate circostanze.

In tal senso, l'idea di fondo si può cogliere nel riconoscimento – va ricordato e sottolineato che occorre superare, evidentemente, preconcetti e remore di principio, incomprensibilmente ancora presenti in una parte della cultura civilistica, sulla funzione giurisdizionale in ambito di autonomia contrattuale –, per un verso alla giurisprudenza delle corti, per altro verso (recuperando la valenza del referente normativo in senso formale) all'effettività della clausola generale di buona fede, del compito di determinare, di volta in volta, la “correzione” del regolamento contrattuale una volta che lo stesso dovesse risultare inidoneo a rappresentare gli interessi originari delle parti, in conseguenza di fatti estranei a queste ultime e al rischio contrattuale ragionevolmente assumibile⁸.

6. Le tappe del lungo e articolato *iter* dottrinale, che non è possibile e comunque non rileva ripercorrere in questa sede⁹, potrebbero valere a confermare l'attuale utilità della dialettica tra giuristi e legislatori, che non è certo una novità dei nostri giorni, ma che si presenta oggi con una veste nuova, se così può dirsi, per diverse ragioni, la più evidente (e significativa) delle quali è data dal ruolo decisivo assunto dalla giurisprudenza delle corti nel ridisegnare costantemente il sistema del diritto privato, la cui intrinseca “mobilità” e incomprimibilità in categorie e modelli previamente dati sono ai nostri tempi evidentissimi¹⁰.

Un ruolo, quello della giurisprudenza, che appare oramai difficile da confinare in un'unica dimensione

7. Ci si permette di rinviare al contributo *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, I, in corso di pubblicazione, ove, dopo una necessaria breve premessa storico-comparativa, è stato esaminato il rapporto tra il modello dominante nella tradizione civilistica del contratto come fattispecie (atto costitutivo o traslativo di diritti) e l'esigenza di valorizzare l'esecuzione (nel tempo) del rapporto, nel confronto tra la disciplina “generale” e le norme sui “singoli contratti”, per poi considerare le tecniche e gli strumenti per l'adeguamento e la rinegoziazione, in funzione conservativa del rapporto in corso di esecuzione, anche alla luce di recenti esperienze di codificazione delle norme in tema di adeguamento e rinegoziazione del contratto “in generale”, dalle quali possono trarsi utili spunti per la riforma del codice civile.

8. La linea di pensiero sviluppatasi, in vario modo ma sempre nella direzione appena indicata, ha potuto avvalersi dell'analisi dottrinale originata da importanti contributi risalenti agli anni sessanta, fra i quali emblematicamente si segnalavano i lavori di Stefano Rodotà sull'effettività dei richiami normativi alla correttezza e alla buona fede, anche nella prospettiva delle “fonti di integrazione del contratto”, ed è appena il caso di ricordare che sulla stessa scia si collocava il più importante contributo in argomento, che si deve a M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.

9. Per una sintetica rappresentazione della vicenda, si può rinviare al contributo dello scrivente *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia civile*, n. 3/2014, p. 825.

10. La riflessione è ampiamente sviluppata da N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

– tradizionalmente, quella meramente applicativa della disposizione espressiva della fattispecie tipizzata dal legislatore –, in quanto il ricorso a clausole generali, *standard* valutativi delle condotte e dei rapporti, principi generali di matrice costituzionale, indici normativi e regolamentari di varia provenienza (anche da altri ordinamenti o sistemi giuridici, nonché da atti e documenti di matrice sovranazionale), ritenuti utili a costruire l'argomentazione più plausibile per realizzare un risultato di giustizia sostanziale, è sempre più frequente, evidenziando tale nuovo approccio delle corti al "problema" come l'evoluzione del "sistema" vada svolgendosi con modalità del tutto diverse da quanto accadeva nel passato (anche recente, ossia soltanto di qualche decennio addietro).

Il notevole contributo fornito dalla giurisprudenza, in modo particolare quella di legittimità, nell'ultimo ventennio o poco più, al superamento di dogmi e vetusti pregiudizi, che per lungo tempo hanno condizionato l'evoluzione del diritto privato e, in modo particolare, la disciplina dei contratti e dei rapporti patrimoniali – non di rado ai danni, altresì, dell'affermazione dell'eguaglianza sostanziale, essendo del resto considerata quest'ultima valore estraneo al diritto dei contratti, sempre in conseguenza di risalenti e consolidati preconcetti –, consente oggi di guardare con fiducia alla riformulazione di norme di carattere generale, in quanto tali autenticamente espressive della struttura e dei contenuti di un codice civile, mediante le quali il legislatore si sforza di coniugare la costruzione della fattispecie affidata al legislatore con l'uso di clausole e principi generali, la cui applicazione, nella concretezza delle circostanze, non può che essere a carico del giudice (in questo senso maggiormente responsabilizzato, rispetto al passato, nel formulare un percorso argomentativo convincente e, in ogni caso, più articolato di quello tradizionalmente affidato alla logica interpretativa e applicativa di tipo sillogistico).

7. Nella vicenda giuridica delle sopravvenienze e, si direbbe, della ricerca della più adeguata disciplina legislativa in sede di riforma del codice civile, alcune recenti esperienze sembrano confermare, per

un verso, le considerazioni sommariamente svolte, evidenziando l'esigenza avvertita un po' ovunque di dotare il codice civile di disposizioni autenticamente innovative anche nella materia in esame, dove la fattispecie – sufficientemente emblematica è proprio la previsione dell'obbligo di rinegoziare – è disegnata (se si preferisce, delimitata) con cura dal legislatore; per altro verso, la compatibilità tra la definizione della fattispecie e il ricorso a clausole generali (o *standard* di condotta), se non addirittura la necessità, si sarebbe tentati di dire, di una compresenza delle due componenti, spesso indicate sommariamente ed erroneamente in termini antitetici, così da consentire un'applicazione della norma realmente indirizzata al conseguimento di un risultato di giustizia sostanziale.

Il primo esempio viene dalla riforma del *code civil* francese, relativamente alla disciplina del contratto in generale, ove il legislatore è stato indotto – anche nel contesto d'oltralpe, non a caso, da un'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale all'incirca ventennale – a codificare l'obbligo di rinegoziare in presenza di determinati presupposti, con il risultato che l'ordinamento francese appare oggi, quasi paradossalmente (considerando l'avversione nettissima della tradizione dottrinale e giurisprudenziale civilistica nei confronti dell'*imprévision* in materia contrattuale, di cui si diceva in apertura), il più moderno o, se si preferisce, il più coraggioso nel coniugare la costruzione della fattispecie generativa dell'obbligo con la valutazione di buona fede della condotta dei contraenti¹¹.

La seconda esperienza significativa per la comparazione, sostanzialmente contemporanea alla riforma francese, è quella del rifacimento – si noti, integrale e non limitato al diritto dei contratti, con la scelta politica, non priva di significato nella prospettiva innovatrice, di fondere codice civile e di commercio in un'unica codificazione, secondo il modello italiano del 1942 – del codice argentino, nel quale compare una norma non meno originale di quella francese appena ricordata, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare ai contratti di "lunga durata", sancendo l'obbligo a carico della parte che intenda risolvere il contratto di offrire alla controparte la «opportunità ragionevole di rinegoziare in buona fede,

11. La disposizione nuova (e innovativa) è stata inserita nella "sezione" dedicata a «*Les effets du contrat entre les parties*», sotto-sezione intitolata a «*Force obligatoire*» – dopo le disposizioni, dalla lunghissima tradizione civilistica, di cui agli artt. 1193 («*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*») e 1194 («*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi*») – all'art. 1195: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation*» (comma 1); «*En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*» (comma 2).

senza incorrere nell'esercizio abusivo dei diritti»¹².

La norma disciplina, in termini generali e attraverso il requisito essenziale dell'oggetto, l'esecuzione dei contratti di lunga durata, fissando il «dovere di collaborazione» delle parti, nel rispetto della «reciprocità delle obbligazioni contrattuali». È sin troppo evidente che l'individuazione della nuova fattispecie, intesa ad attribuire rilevanza all'interesse delle parti alla realizzazione di un risultato perseguibile concretamente soltanto attraverso il rispetto delle regole di condotta, non avrebbe potuto aver luogo senza attribuire la dovuta rilevanza normativa a queste ultime regole, espresse da clausole generali o principi ordinanti. In altro luogo del codice, viene poi collocata la disciplina dello scioglimento del vincolo contrattuale in ragione della «*frustración de la finalidad*»¹³ e della «*imprevisión*»¹⁴.

8. I legislatori delle riforme codicistiche appena ricordate sembrano avere, in entrambi i casi, piena consapevolezza del ruolo decisivo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l'adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti, ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha certamente inciso anche sulla cultura giuridica argentina e sudamericana più in generale), se non altro in materia di autonomia contrattuale.

Allo stesso modo, si può notare come sia strettamente connesso alla funzione giurisdizionale, in qualche modo arricchita di compiti inusuali rispetto al passato, con lo scopo di garantire maggiore effettività alla tutela della parte interessata alla conservazione del vincolo contrattuale, il rilievo (nella riforma

francese come in quella argentina, a riprova del fatto che si tratta di un esito oramai definitivamente acquisito nel nostro come in altri ordinamenti) delle clausole generali, *in primis* la buona fede e la correttezza, senza dimenticare la rilevanza dell'equità. Pur non potendosi discorrere di clausola generale in senso proprio, anche con riferimento a quest'ultima si pone un problema di valutazione (non di una condotta in senso stretto, bensì di un esito economico) affidata a una decisione giudiziale ad alto grado di discrezionalità, che esige un'attenta motivazione, ancora una volta lontana dalla rassicurante logica sillogistica.

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di “intervenire” nella dinamica esecutiva del contratto per consentirne la prosecuzione grazie alla modificazione delle sue condizioni (non più attuabili secondo le previsioni originarie delle parti) non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali, generiche nonché obsolete affermazioni che fanno capo alla cd. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d'interessi concordato tra le parti, invero sempre meno espressive della più sensibile dottrina civilistica, in questo senso in sintonia con la migliore giurisprudenza delle corti, sin dalla sua sede apicale della Cassazione¹⁵.

9. Poche battute conclusive, riprendendo qualche spunto dal ricco contributo introduttivo di Enrico Scoditti, per constatare innanzitutto che, tramontata oramai da tempo l'idea (avanzata in dottrina negli anni sessanta) di una legislazione di diritto privato affidata, essenzialmente, a principi e clausole generali, la costruzione della fattispecie legislativamente tipizzata, intesa a definire con la maggiore precisione possibile i confini applicativi della norma, rimane

12. La rubrica è «*Contratos de larga duración*», all'interno (più precisamente, in chiusura) del *Capítulo 5*, in tema di «*Objeto*» (del contratto, in generale). La nuova disposizione recita: «*En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*».

13. Si tratta dell'art. 1090: «*La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial*».

14. La norma è nell'art. 1091: «*Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia*».

15. In argomento, tra i contributi più recenti, cfr. C. Granelli, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, n. 6/2017, p. 625 (disponibile online in *Jus civile*, n. 3/2018, pp. 396 ss., www.juscivile.it/contributi/2018/29_Granelli.pdf).

sempre auspicabile e, in ogni caso, imprescindibile in sede di riforma del codice civile, anche indipendentemente dal particolare problema, che pone nel suo scritto Scoditti, delle formulazioni normative più appropriate alla tutela del soggetto privato (nei due distinti contesti: all'interno, ossia *nel* mercato, ovvero *dal* mercato).

Abbiamo tuttavia da tempo compreso che, anche in materia di autonomia privata e disciplina dei contratti, il legislatore ricorre sempre più spesso a principi, *standard* valutativi e clausole generali, facendo sì che la disposizione legislativa abbia quella elasticità e ampiezza applicativa tale da consentire la realizzazione di un risultato improntato alla giustizia sostanziale; un esito indubbiamente auspicabile, ove si considerino i rapporti contrattuali esposti al rischio dello squilibrio, tanto originario quanto sopravvenuto (come avviene nel caso, qui esaminato, delle sopravvenienze, mentre per un esempio di norma paradigmaticamente espressiva della tutela offerta dal legislatore nell'ambito di una relazione contrattuale ove lo squilibrio sia per così dire strutturale, dunque presente *ex ante* tra i soggetti contraenti, potrebbe ricordarsi il caso dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 l. n. 198/98).

Non sembra, pertanto, avere molto senso ipotizzare oggi una – e dunque ragionare in termini di – alternativa tra la fattispecie e le clausole generali ovvero i principi, in primo luogo quelli enunciati o desumibili dalle norme costituzionali, considerando l'esito applicativo delle norme civilistiche, che vede la giurisprudenza più sensibile impegnata nel tentativo di conferire a clausole generali e principi una sempre maggiore effettività in sede giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di comprendere quale sia – o possa/debba essere, in una corretta prospettiva metodologica, in linea con l'evoluzione della cultura giuridica del nostro tempo – il modo migliore per valorizzare la coesistenza e la complementarità tra l'opera di individuazione e definizione della fattispecie che compete al legislatore (il quale, in tal modo, procede opportunamente alla tipizzazione del conflitto d'interessi e delle sue possibili soluzioni) e, dall'altro lato, l'impiego giurisprudenziale di clausole generali e principi, che possono essere richiamati nella disposizione legislativa, ma non devono esserlo necessariamente ai fini della loro applicazione nella concretezza delle circostanze e dello specifico conflitto d'interessi.

Nella dimensione, inedita ma anche autenticamente espressiva del nostro tempo, di un diritto civile inesorabilmente – e, si potrebbe aggiungere, fortunatamente, in considerazione della complessità dei rapporti sociali in cui il diritto civile si trova a dover operare – oscillante «tra legge e giudizio»¹⁶, è evidente che al giudice s'imponga una continua ricerca dell'equilibrio, nella specificità del caso concreto, tra il necessario rispetto dei confini posti dal legislatore con la definizione della fattispecie e l'effettività di clausole generali e/o principi, che consentano, le prime così come i secondi, di ottenere un esito applicativo della norma in primo luogo coerente con il dettato legislativo, ma al contempo ispirato alla giustizia sostanziale della soluzione nello specifico conflitto.

È parimenti evidente che anche il timore del venir meno della prevedibilità e “calcolabilità” del diritto applicato, quasi che aleggi, dietro il ruolo nuovo che va assumendo la giurisprudenza – nel contributo di Guido Alpa indicato come «attivismo giudiziario»¹⁷ –, il fantasma del «soggettivismo giudiziale» – con espressione ripresa, invece, dal contributo introduttivo di Scoditti –, non ha senso e, soprattutto, non sembra offrire valide alternative sul piano metodologico il richiamo al possibile attentato alla “certezza del diritto” – nel ricordato contributo di Alpa ricordato come «mito lento a morire» – che si vorrebbe ricollegare alla disponibilità della giurisprudenza a ragionare (e decidere) utilizzando clausole generali e/o principi costituzionali nel senso su esposto, specialmente quando – sempre riprendendo dalle corrette considerazioni di Scoditti – manchi la disciplina affidata alla fattispecie legale e, di conseguenza, si dischiuda un più ampio spazio per la “concretizzazione” della clausola generale.

L'esempio dal quale la riflessione ha preso spunto dimostra in modo sufficientemente emblematico come la costruzione della fattispecie possa (e debba, a ben vedere, nel caso esaminato) convivere con il richiamo e comunque l'utilizzazione della clausola generale (che il legislatore ha ritenuto di richiamare, ancorché la sua funzione, in sede applicativa della disposizione, sarebbe stata evidente e, dunque, di fatto inevitabile). In assenza della previsione esplicita, con la fattispecie dell'obbligo di rinegoziare ora ipotizzata dal legislatore della riforma, la dottrina, s'è detto, aveva tentato di costruire tale obbligo muovendo dalla precettività della correttezza e buona fede in ambito di esecuzione (così come di interpretazione)

16. Tutti i risvolti della attualissima problematica sono esaminati magistralmente da N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

17. Vds. G. Alpa, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in questo fascicolo.

del contratto. Tale volenteroso tentativo si era scon-
trato, tuttavia, con l'opinione di quanti – in nome
dell'ipotizzata chiarezza della fattispecie, da non in-
quinare con la vischiosità e fumosità delle valutazioni
discrezionali, alla stregua della buona fede delle con-
dotte ovvero in termini di equità degli esiti economici
– negavano che la buona fede oggettiva potesse esse-
re fonte di un obbligo ritenuto troppo specifico, quale
quello di rinegoziare. Una posizione intesa a irrigidire
oltremodo il dettato normativo in tema di sopravve-
nienze e risoluzione per eccessiva onerosità (in parti-
colare, il terzo comma dell'art. 1467 cc), che invece
non appare in alcun modo preclusivo di tale esito,
potendosi al contrario ritenere che nell'orizzonte di
senso della norma la condotta cooperativa dei contra-
enti rientrasse a pieno titolo, con la conseguenza che
l'obbligo oggi esplicitato (nel disegno di legge delega)
avrebbe potuto avere cittadinanza più che legittima-
mente anche in via interpretativa.

La nuova norma in esame, così come del resto
altre disposizioni presenti nel disegno di riforma, va
dunque nella giusta direzione della complementa-
rità, fisiologica e proficua, tra fattispecie e clausole
generali¹⁸, dovendosi pertanto ritenere che il nostro
tempo non sia (soltanto) espressivo di queste ultime,
ma semmai, come opportunamente segnala Enrico
Scoditti nel titolo, del “ripensamento” del concetto
di fattispecie, dovendo fare tutti – dal legislatore
all'interprete, in qualunque sede, dottrinale o giuri-
sdizionale – tesoro dei risultati raggiunti dalla giuri-
sprudenza e, soprattutto, del percorso culturale che
permette oggi di considerare in termini nuovi il rap-
porto fattispecie-clausole generali, cui possono ag-
giungersi i principi, s'è detto, esprimendo anch'essi,
come una sorta di comune denominatore, l'esigenza
di una valutazione giudiziale dotata di una partico-
lare, pur sempre razionalmente controllata, discre-
zionalità.

18. In questo senso sembrano muoversi anche i contributi di L. Nivarra, *Fattispecie e clausola generale: alternativa o binomio?*, e F. Di Marzio, *Eguaglianza e contrattazione*, entrambi nel presente fascicolo.