



GERARDO VILLANACCI

Professore ordinario di Diritto privato – Università Politecnica delle Marche

L'EQUILIBRIO CONTRATTUALE NELLA RINNOVATA INTERPRETAZIONE DINAMICA EVOLUTIVA

SOMMARIO: 1. *L'emergenza sanitaria che ha acuito la irrisolta conflittualità tra le fonti.* – 2. *Contemporaneità sociale ed economica quali criteri necessari ad un'interpretazione conforme a Costituzione.* – 3. *L'attività interpretativa sempre più protagonista anche nella giurisprudenza internazionale.* – 4. *Le peculiarità proprie dell'interpretazione giuridica.* – 5. *Interpretazione evolutiva delle sopravvenienze contrattuali.* – 6. *Verso una nuova concezione dell'equilibrio contrattuale.* – 7. *Elementi esterni ma rilevanti per l'equilibrio contrattuale.* – 8. *Il lungo e travagliato percorso della rinegoziazione da ipotesi speciale ad applicazione generale.* – 9. *La tecnica interpretativa nella crisi sanitaria in corso.* – 10. *Il contenuto del nuovo accordo sulla base dei valori caratterizzanti quello originario.* – 11. *La rinegoziazione nel contesto dell'attualità internazionale.*

1. – È un dato incontrovertibile che l'emergenza sanitaria causata dalla esplosione dell'epidemia, alla quale è stato assegnato l'enigmistico nominativo di COVID-19 (Coronavirus Disease 19), ha considerevolmente acuito le problematiche già esistenti a partire da quelle economiche a quelle sociali fino a quelle giuridiche le quali hanno posto nuovi interrogativi agli interpreti del diritto.

Questioni che già in passato erano state oggetto di complessi e frequentemente astratti dibattiti, sono improvvisamente e inopinatamente divenute centrali per la risoluzione di casi concreti. Tra questi la irrisolta conflittualità tra le fonti e la loro gerarchia che a causa delle parziali e largamente inattuate riforme costituzionali degli ultimi decenni, non è stato possibile dirimere attraverso criteri interpretativi sistematici. Nella oggi più che mai palesata incertezza che le riforme non sono state risolutive e che la insostenibile ed incessante produttività legislativa non di rado è risultata caratterizzata da contraddittorietà e illogicità, un punto fermo sono i principi e i valori espressi dalla Carta Costituzionale¹

¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, ESI, 2006.



i quali, tuttavia, essendo privi di indicazioni comportamentali volte a preordinare obblighi e divieti, non possono essere sussunti in schemi preordinati essendo, tra l'altro, in continua relazione dialettica tra di loro nella quale si inseriscono, determinandone la priorità gerarchica, elementi estemporanei.

In linea di massima è la Costituzione stessa a fissare criteri di maggiore rilevanza dei principi e valori; ad esempio la limitazione alla circolazione per motivi sanitari (art. 16 Cost.) implica che la tutela della salute della popolazione o anche la sua incolumità, prevalgano sulla libera circolazione in quanto non possono essere compromessi da persone portatrici di malattie contagiose. Nondimeno la libertà di circolare, attenendo al rapporto della persona con il territorio, è assistita da una riserva rinforzata di legge in caso di una sua contrazione conseguente all'esercizio della sovranità statale, cosicché le restrizioni possono essere imposte soltanto in via generale e imprescindibilmente giustificate da ragioni di sanità e di sicurezza.

2. – Pur tuttavia è alquanto frequente che il rapporto gerarchico tra principi e valori debba essere delineato sulla base di presupposti di contemporaneità sociale ed economica, anche se comunque nella scia di un'interpretazione conforme alla Costituzione, della cui capacità di adattamento alle esigenze e prerogative della società non è dato di dubitare². D'altra parte l'indeterminatezza, la genericità e la semplicità espositiva delle disposizioni costituzionali si prestano ad una loro interpretazione piegata ai continui cambiamenti per giungere ad una specificità volta a rispondere in maniera esaustiva ai quesiti posti, anche se ciò è possibile soltanto attraverso una preventiva verifica dell'attualità del significato delle espressioni utilizzate che nel tempo potrebbero aver acquisito una diversa accezione rispetto a quella originaria.

In tal modo il giudice, che è tenuto al rispetto dell'interpretazione conforme alla Costituzione, si trova a dover scegliere tra un profilo sostanziale, tenendo conto dell'evoluzione sociale, oppure meramente formale. In linea di massima vi è la propensione per una interpretazione evolutiva nei casi in cui, come per l'ambiente, si tratti di materie ancora in fase di costruzione funzionale, così da consentire una tutela anche ai diritti nascenti, mentre nei casi relativi a tematiche oggetto di conflitto inerente le modifiche legislative che le sorreggono, si preferisce un'interpretazione attinente al dato letterale.

Sarebbe tuttavia ingiustificato non considerare che talvolta l'interpretazione conforme

² P. PERLINGIERI, *Appunti di "teoria dell'interpretazione"*, lezioni raccolte a cura di P. Perlingieri, 1970.



a Costituzione si pone in palese divergenza con il diritto vivente fino a giungere, in alcuni casi, ad incrinare il rapporto tra la legalità costituzionale e le indicazioni giurisprudenziali prevalenti. Una criticità che inevitabilmente si riverbera sul sistema economico insaprendo al contempo il conflitto mai risolto tra la Corte Costituzionale e quella di Cassazione in merito all'espletamento della funzione nomofilattica legittimamente rivendicata da quest'ultima³.

A ciò si aggiunga che è in evidente aumento la demotivazione al ricorso al giudizio in via incidentale, in ragione delle sempre più frequenti dichiarazioni della Corte Costituzionale di manifesta inammissibilità delle questioni di incostituzionalità sottoposte al suo vaglio. Dette decisioni si può supporre vengano assunte sul presupposto che anziché risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, vi sia il tentativo di consentire alla questione sollevata di ricevere un avallo ad una determinata interpretazione⁴.

In definitiva ciò che si censura è che prima di formulare il rilievo di incostituzionalità non sia stata neanche tentata una interpretazione della legge in modo che possa risultare costituzionalmente orientata.

³ Cfr P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, CEDAM, 1972. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, 1971; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1953; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, 2005, il quale sostiene che il ricorso a tale pratica può comportare l'affermarsi di nuovi approdi giurisprudenziali che tuttavia corrono il rischio di essere poi censurati ovvero riformati nelle successive istanze di giudizio in quanto ritenuti in palese difformità con l'orientamento giurisprudenziale consolidato. Nondimeno in tal modo il Giudice delle Leggi dà luogo a decisioni che esulano dalla sua funzione preminente, vale a dire pronunciarsi sulla conformità costituzionale della norma adita al fine di scongiurare danni a beni costituzionalmente garantiti.

⁴ Sul punto si assiste sempre più frequentemente a decisioni della Corte Costituzionale che si limitano a rigettare la questione di ammissibilità costituzionale in forza del mancato esperimento da parte del giudice *a quo* del "tentativo di interpretazione conforme a Costituzione" ovvero rilevando la carenza di un'adeguata motivazione dalla quale si possa desumere che quest'ultimo abbia comunque tentato di addivenire ad un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata. In tal senso valga considerare Corte cost., 22 novembre 2017, n. 266, in *Consulta online*, 2017 attraverso la quale la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla presunta illegittimità costituzionale dell'art. 102, comma 2, cod. proc. civ., in riferimento all'art. 3 Cost. nella misura in cui detta disposizione comporta un'irragionevole disparità di trattamento non riconoscendo in capo al difensore sostituto nominato per delega, al contrario di quanto avviene per quello sostituto nominato ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. civ. in sostituzione del difensore d'ufficio il diritto alla liquidazione erariale, ha rigettato la questione sul presupposto che il rimettente ha esperito il giudizio incidentale di legittimità costituzionale "all'improprio scopo di ottenere un avallo dell'interpretazione della disposizione censurata, che egli prospetta come conforme a Costituzione". Ancora più di recente, la Corte cost., 23 maggio 2019, n. 151, in *Cortecostituzionale.it* 2019 ha dichiarato manifestamente non ammissibile la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, l.r. Sicilia, 11 agosto 2016, n. 17 relativa alla procedura di nomina e di cessazione dall'incarico degli organi comunali, per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto la questione poteva essere risolta attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata da parte del giudice rimettente.



Tra le conseguenze possibili si consideri quella non certo secondaria dell'abuso di interpretazioni conforme alla Costituzione che paradossalmente è determinata proprio dalle implementate chiusure della Corte Costituzionale.

3. – In questo fermento culturale prima ancora che giuridico, l'attività interpretativa è sempre più protagonista del diritto anche a livello internazionale, in ragione della maggiore incidenza e rilevanza dei Trattati.

La globalizzazione ha determinato tra le altre cose, rapidi cambiamenti dei quali il diritto deve tener conto per mantenere la necessaria connessione con la realtà nella consapevolezza delle limitazioni poste dalla complessità del meccanismo di produzione legislativa. Ecco quindi che il contrasto all'obsolescenza normativa non può che attuarsi attraverso un metodo interpretativo che lasciando immutata la disposizione legislativa, la attualizzi conferendole un significato di maggiore contemporaneità. Tuttavia non sussiste ancora una univoca definizione e neppure un'analisi dettagliata sui presupposti teorici del concetto di interpretazione evolutiva. Una carenza di uniformità che ha dato luogo a differenti modalità applicative dello stesso con il quale, ad ogni modo, è comunque possibile individuare un modello schematico di base ove vi è sempre un fattore esterno che determina la necessità di un'interpretazione evolutiva e contestualmente il referente oggetto della stessa, cioè a dire l'originaria intenzione delle parti che potrebbe anche essere superata se ritenuta oramai priva di qualsiasi rilevanza fattuale⁵.

4. – Mancando una legislazione al passo con le nuove esigenze sociali ed economiche, l'unica possibilità è accedere ad una interpretazione evolutiva delle norme esistenti, evitando comunque che ciò possa comportare una modifica legislativa. Un'eventualità quest'ultima altamente probabile per la fragile e non sempre percepibile distinzione tra le due attività che può essere colta considerando le dirette conseguenze giuridiche delle stesse: l'interpretazione è produttiva di effetti *ex tunc*, mentre la modifica del diritto ha validità *ex nunc* in quanto limitata al periodo successivo della disposizione modificata.

Le considerazioni sin qui svolte, non devono indurre a ritenere che l'interpretazione evolutiva possa essere semplicisticamente ricondotta in quella estensiva la quale, diver-

⁵ Cfr. Cass. civ., sez. un., 29 gennaio 2021, n. 2143, in *De Jure*, 2020 per la quale l'attività interpretativa evolutiva è consentita nella misura in cui rispetti i limiti di tolleranza ed elasticità del significato testuale, escludendosi che essa possa configurare "un'attività direttamente creativa".



samente dalla prima, caratterizzata da un dinamismo conseguente al cambiamento esterno, è statica e utilizzata per effettuare la scelta maggiormente condivisa⁶.

Non solo; l'ampiezza della categoria dell'interpretazione impone una più dettagliata qualificazione di quella giuridica al fine di meglio poterne comprendere la conformità costituzionale partendo dal presupposto che, in quanto direttamente funzionale all'applicazione del diritto a casi specifici, la stessa deve coniugare la genericità e l'astrattezza del testo normativo, con la peculiare problematica del caso al quale l'interprete è chiamato a dare risposta. Un processo che deve essere realizzato muovendo da disposizioni che possano qualificare giuridicamente le situazioni e quindi non limitato ad una funzione ricognitiva della volontà del legislatore bensì alla sua concreta applicazione nel rispetto delle regole obbligatorie di condotta imposte dall'ordinamento giuridico. Negare la possibilità di un adattamento costituzionale ai mutamenti sociali, nel timore che ciò possa legittimare il ricorso ad una giurisprudenza creativa foriera di indebite restrizioni alle libertà fondamentali, riservando in via esclusiva al legislatore il compito di aggiornare la Costituzione al mutamento dei tempi, piuttosto che procedere una interpretazione della stessa in linea con le trasformazioni sociali, significa riproporre superate teorie testualistiche caratterizzate dalla spasmodica e al contempo anacronistica ricerca del significato delle espressioni contenute nella norma, riportandole al momento della sua promulgazione.

In realtà la vera problematica è fornire indicazioni chiare per l'attuazione del processo interpretativo al fine di evitare che le disposizioni aggiornate possano risultare astratte e personalistiche, nonché prive di un'equilibrata relazione con le finalità perseguite dal legislatore.

Da qui il rilievo dell'articolo 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale" la cui analisi consente di coglierne la effettiva portata applicativa partendo dal presupposto che il termine "legge" ivi indicato non può non ricomprendere anche quelle costituzionali. D'altro canto queste ultime sono volte al superamento dell'attribuzione di valore assoluto al dato normativo, nella consapevolezza che ogni sistema legislativo è soggetto al deterioramento del tempo. È questa la ragione per la quale gli aspetti semantici di cui alla prima parte della disposizione, non assumono un ruolo esclusivo nella dinamica interpretativa, bensì concorrono con quelli degli altri commi.

La priorità assegnata all'interpretazione letterale deve comunque essere coniugata,

⁶ CFR. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, 2005. Senza dubbio la più rilevante ed interessante opera sul nichilismo giuridico.



specie con riguardo a norme di legge risalenti nel tempo per le quali vi è un inevitabile scollamento con il contesto storico – sociale nel quale sono chiamate ad essere applicate, ad una tecnica interpretativa efficace e coerente al mutamento culturale, sociale ed economico, poiché solo in tal modo potrà risultare sensibile ai valori fattuali dei quali la società si fa portatrice ⁷.

Nondimeno poiché le “Disposizioni sulla legge in Generale” sono entrate in vigore ⁸ prima della Costituzione, è bene dare conto del contrasto tutt’ora non ancora del tutto sopito circa la possibilità di applicare il meccanismo interpretativo di cui all’art. 12 alle norme costituzionali. Acuta è la valutazione di chi ne sostiene l’inapplicabilità ⁹ sul presupposto che le disposizioni della Costituzione non sono dirette a stabilire obblighi o divieti, bensì ad enunciare principi ai quali tutte le altre norme di legge devono sottostare. Una contrarietà avallata anche dalla ritenuta superfluità di detta interpretazione stante il carattere indeterminato delle norme costituzionali impregnate di valori fattuali, espressione del momento storico sociale nel quale sono chiamate ad operare. Ciò a maggior ragione se si considera che tale indeterminatezza è il risultato della loro prevalenza gerarchica e funzione di norme portatrici di valori e principi fondanti la nostra società.

Per contro, diverso orientamento è quello di chi ¹⁰ tende ad estendere l’applicabilità dell’art. 12 delle “Disposizioni sulla legge in generale” sull’assunto che quest’ultima ha portata generale. Ed ogni caso la genericità della formulazione della norma costituzionale non rappresenta un intralcio poiché trattasi di una caratterizzazione comune a tutte le norme giuridiche, ivi incluse quelle ordinarie, contraddistinte per l’appunto dall’indeterminatezza dei termini e dalle espressioni linguistiche utilizzate.

⁷ A tal proposito qualora l’interpretazione letterale risulti non univoca, può darsi luogo in via sussidiaria a quella logica la quale dà preminente rilevanza all’intenzione del legislatore, avuto altresì riguardo ai lavori preparatori della legge così da cogliere la volontà effettiva dello stesso. In mancanza invece di una specifica disposizione che regoli il caso concreto, prosegue l’art. 12 delle Preleggi, si ricorre alla cd. interpretazione analogica, cioè a dire si tenta di colmare la lacuna normativa applicando una norma prevista per un caso simile o analogo a quello per il quale si procede.

⁸ Con il r.d. 16 marzo 1942, n. 262.

⁹ Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015 il quale afferma che “l’interpretazione costituzionale è qualitativamente diversa dalla comune interpretazione degli atti normativi”.

¹⁰ Cfr. R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004 il quale sostiene che “l’interpretazione costituzionale non presenta alcuna specificità rispetto all’interpretazione di qualunque altro documento giuridico”.



5. – Il concetto di sopravvenienza è inscindibilmente connesso alla sacralità da riconoscere alle norme che regolano la struttura del rapporto negoziale; infatti qualificare come intangibili e immutabili le scelte fatte in sede di negoziazione rende tutt'altro che agevole ammettere che elementi estranei al contratto possano avere una qualche incidenza sullo stesso. Tuttavia prevedere in sede di trattative attività rimediali volte a regolamentare fattori patogeni in grado di incidere sul normale andamento della vicenda pattizia erodendone l'originario significato, è compito assai arduo, specie se si considera che anche il semplice trascorrere del tempo è di per sé elemento sufficiente ad alterare le valutazioni compiute dalle parti in prima battuta.

Molteplici infatti sono le cause in grado di stravolgere le previsioni effettuate dai contraenti in sede di redazione di diritti ed obblighi reciproci in particolare quando il vincolo, per sua stessa natura, è destinato a produrre effetti in un momento successivo a quello della stipula, come accade nei contratti durata ove l'esecuzione della prestazione si protrae per un periodo più o meno lungo, esponendosi a perturbazioni originariamente inimmaginabili e tuttavia idonee a sovvertire lo scopo pratico che i protagonisti della vicenda intendevano perseguire.

A lungo si è ritenuto che le uniche sopravvenienze da prendere in considerazione oltre a quelle contemplate dalle parti in sede di stesura del contratto fossero le circostanze puntualmente tipizzate dal legislatore, l'avveramento delle quali avrebbe automaticamente determinato il sovvertimento dell'originario assetto di interessi imponendo la caducazione del vincolo o la modificazione dei precetti in esso contenuti. Tra queste valga ricordare l'art. 1467 cod. civ. che disciplina lo scioglimento del contratto nell'ipotesi in cui una delle due prestazioni sia diventata eccessivamente onerosa rispetto all'altra prevedendo, in alternativa alla risoluzione, la riduzione ad equità del contratto su domanda del contraente contro cui sia stata richiesta la risoluzione, a condizione che l'eccessivo squilibrio derivi da circostanze straordinarie e imprevedibili e che l'evento sopravvenuto sia estraneo alla normale alea insita nella tipologia contrattuale. Ne consegue che per la parte a carico della quale la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, non vi sia altra possibilità se non quella di addivenire alla risoluzione dell'accordo essendogli precluso qualsivoglia intervento giudiziale manutentivo volto a ridistribuire equamente gli obblighi e gli oneri contrattuali allorquando abbia un interesse alla conservazione del vincolo contrattuale¹¹.

Si tratta di una prescrizione interpretativa che non coinvolge anche l'art. 1664 cod.

¹¹ Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Giappichelli, 2020.



civ. che in materia di appalto, si occupa delle ipotesi ove, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da aver cagionato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivamente convenuto superiore al decimo, con la facoltà per l'appaltatore di chiedere la revisione dello stesso per la parte che ecceda il limite indicato.

Una impostazione svincolata dalla portata precettiva dell'art. 1372 cod. civ. che riconosce al contratto valore di legge tra le parti ammettendone lo scioglimento nei soli casi espressamente previsti, che fonda su una logica tipizzata che non sembrerebbe lasciare spazio a rimodulazioni, rimedi o rinegoziazioni fuori dai casi ipotizzati dalle parti o dal legislatore.

In definitiva, il nostro codice civile non accoglie una disciplina generalizzata di rinegoziazione del contratto in presenza di accadimenti sopravvenuti e non ipotizzabili in fase di formazione dell'accordo, limitandosi a riconoscerne rilevanza contrattuale solamente nei casi previsti dal codice e nella legislazione speciale.

Eppure, nonostante la radicata propensione a ritenere che dal silenzio delle parti in sede di selezione e regolamentazione dei fattori imprevedibili destinati ad incidere sul contratto, discenda un'implicita rinuncia delle stesse ad annettere rilievo ad un certo accadimento, il più delle volte le sopravvenienze sono contraddistinte da un elevato grado di imprevedibilità che non consente alcun tipo di prospettazione in sede di trattative. D'altra parte, una lettura allargata delle circostanze in grado di condizionare il regolamento pattuito, determinerebbe l'instaurarsi di un contesto socio-economico destinato ad essere continuamente messo in discussione per effetto dell'inverarsi di qualsiasi fatto ritenuto da una delle parti causalmente efficiente rispetto alla necessità di una revisione dell'accordo originariamente sottoscritto, determinando in tal modo un insanabile *vulnus* al principio di certezza dei traffici giuridici che regola l'intera area dei contratti. Pur tuttavia, seppure la disposizione di cui all'art. 1664 cod. civ. sia prevista in settori speciali e caratterizzata dalla presenza di requisiti ben definiti per il suo funzionamento, la stesse appare estendibile a qualsiasi contratto di durata, giacché l'idea di negozio inteso come legge immutabile tra le parti trova la sua ragion d'essere solo se unitamente ad esso, persistono le condizioni e gli interessi che hanno determinato i soggetti a contrarre¹².

D'altra parte non si può tralasciare di considerare che il principio del *pacta sunt servanda* va temperato alla luce della clausola *rebus sic stantibus* coerentemente con un'idea di negozio giuridico inteso non in senso statico, ma piuttosto come esercizio *in fieri*

¹² Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza*, cit.



degli affari e degli interessi che le parti estrinsecano nel regolamento, la cui realizzazione diventa dirimente circa la persistenza in vita del vincolo.

L'equilibrio del rapporto contrattuale, pur preservando la propria prerogativa di principio cardine, mentre in passato veniva preso in considerazione nella fase di esecuzione dell'accordo, successivamente ha assunto rilevanza nel momento della formazione della volontà contrattuale. Ecco che l'equilibrio contrattuale lasciava spazio all'intangibile principio dell'autonomia privata con il conseguente riconoscimento in capo alle parti della libertà di negoziare e determinare il contenuto delle singole prestazioni con il solo limite della loro liceità cui conseguiva inevitabilmente la stipulazione di contratti spesso forieri di prestazioni inique, specie nei riguardi del cd. contraente debole. Si è così assistito ad una sempre maggiore rilevanza della tesi dell'equilibrio contrattuale mediante l'implementazione del novero di soluzioni normative o di origine giurisprudenziale in settori speciali caratterizzate dal comune intento di revisionare il contenuto dell'originario accordo al fine di riportarlo entro l'alveo dell'alea normale, attraverso un obbligo di rinegoziazione tra le parti ovvero, in mancanza, un intervento correttivo delle clausole contrattuali svantaggiose da parte del giudice adito.

6. – Questo nuovo approdo della giurisprudenza dell'equilibrio contrattuale trova chiara applicazione nella riduzione *ex officio* della clausola penale pur se maturata con riferimento al momento genetico del rapporto contrattuale, allorquando la stessa si palesi sproporzionata nel confronto tra le prestazioni in gioco, alla luce delle condizioni contrattuali complessivamente intese. Nello specifico l'art. 1384 cod. civ. prevede che la penale possa essere diminuita equamente dal giudice se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se il suo ammontare è manifestamente eccessivo in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento¹³.

Tale facoltà, da esercitare secondo equità, non determina tanto l'esigenza di una stretta equipollenza tra penale ed entità del danno verificatosi, quanto sostanzialmente una rimodulazione della somma pattuita sull'interesse del creditore giustificativo dell'adempimento e più in generale dell'intero negozio.

In linea con tale presupposto, si è orientato il giudice di legittimità il quale, nel conformarsi all'obbligo discendente dalla previsione di cui all'art. 1384 cod. civ., ha ritenuto

¹³ Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus*, 6, 2017.



di rivalutare i presupposti per l'applicazione della clausola penale, nel senso di una sua riduzione, ponendo in evidenza come la stessa fosse stata considerata in origine su basi di fatto successivamente modificate. Detto in altri termini, l'operatività della riduzione della clausola penale fonda su elementi concreti che debbono essere rilevati in applicazione del criterio di proporzionalità correlato alla gravità dell'inadempimento e delle conseguenze che ne erano derivate, tenendo presente l'interesse del creditore all'adempimento dell'obbligazione garantita dalla clausola penale.

D'altra parte la giurisprudenza della Suprema Corte è conforme nel ritenere che la riduzione della clausola penale valutata come eccessiva, rientri nel potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità ove fondato sulla base dei presupposti di cui all'art. 1384 c.c., rappresentati dalla valutazione attuale dell'interesse del creditore all'adempimento e quindi all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, a prescindere da una rigida ed esclusiva correlazione con il danno subito¹⁴.

Nel silenzio della legge l'ammissibilità di un autonomo intervento giudiziario che verifichi in concreto l'adeguatezza della regola pattuita è inscritta nei limiti che incidono sull'autonomia privata, tra cui vi è senz'altro quello della meritevolezza che rappresenta correttivo del principio di proporzionalità. Invero il potere di esercizio equitativo conferito al giudice ai fini della riduzione della penale è possibile anche quando le parti abbiano negozialmente escluso tale eventualità e pur tuttavia sono ravvisabili degli elementi di incertezza dell'intesa tali da incidere, in ragione della loro ambiguità, sulla complessiva regolazione negoziale.

Inoltre, dalla circostanza che il giudice possa e non necessariamente sia obbligato a rimodulare la penale eccessivamente onerosa, si desume non già l'esistenza di un diritto rimesso alle strategie difensive del *solvens*, ma l'obbligo in capo all'interprete di svolgere la sua funzione ortopedica tenendo debitamente conto dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e il reale interesse del creditore che permea il contratto¹⁵.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2012, n. 2231 in *Consulta online*, 2012; Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2007, n. 6158, in *Consulta online*, 2008 ove si statuisce che "l'apprezzamento sulla eccessività dell'importo fissato con clausola penale dalle parti contraenti, per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento, nonché sulla misura della riduzione equitativa dell'importo medesimo, rientra nel potere discrezionale del giudice di merito il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità, se correttamente fondato, a norma dell'art. 1384 c.c., sulla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente da una rigida ed esclusiva correlazione con l'entità del danno subito".

¹⁵ Cfr. G. VILLANACCI, *La ragionevolezza e proporzionalità*, cit.



Si supera l'idea secondo cui la riduzione della somma rappresenta effetto di una specifica istanza del debitore e si aderisce a quella che ne valorizza la portata generale, quale rimedio nelle mani del giudice tenuto a ripristinare il corretto equilibrio tra le sfere giuridiche dei privati, in base alla effettiva incidenza degli interessi in gioco a presidio dei quali soltanto è preposto il potere di *reductio ad aequitatem* della penale. In questo senso la riduzione della clausola penale rappresenta normale estrinsecazione del potere di accertamento dell'organo giudicante sulla rispondenza dell'autonomia contrattuale al principio di proporzionalità e più nello specifico ai limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono qualificarsi come meritevoli di tutela.

Tale controllo va esercitato anche *ex officio* perché è potere-dovere assegnato all'interprete per la concretizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento, sostanziatesi nel giusto bilanciamento tra somma pattuita e inadempimento da prevenire o reprimere, la cui reale misura è determinata dall'interesse del creditore da un lato e dal sacrificio concretamente esigibile dal debitore dall'altro. Il rischio di interferenze giudiziali che stravolgano l'originario assetto di interessi pattuito non è ragione da sola sufficiente a limitare il potere eterointegrativo del giudice che è istituzionalmente preposto a temperare i principi solidaristici con la stabilità del sistema economico generale.

L'interpretazione che ritiene la riduzione ad equità della clausola penale ordinario esercizio di controllo del giudice sull'autonomia privata si inserisce nel più generale quadro ermeneutico incline ad individuare la strumentazione di cui il giudice dispone per ripristinare l'equilibrio tra sfere giuridiche: in questo senso la proporzionalità non si occupa dello status dei contraenti ma della reale posizione delle parti all'interno della vicenda contrattuale per approdare a soluzioni più sostanziali che abbiano come punto di riferimento la giustizia commutativa tra gli scambi piuttosto che la pedissequa e spesso insoddisfacente aderenza al dato normativo.

Si assiste ad un vero e proprio tentativo di annettere alle transazioni un plusvalore di carattere pubblicistico che faccia da contraltare alla nuova concezione di causa in concreto: se da un lato la funzione economico – individuale che connota ogni pattuizione non deve necessariamente coincidere con quella prevista in astratto dalla legge, dall'altro essa deve rispondere ad un principio di ordine pubblico economico che ne accerti idoneità e necessità mediante un giudizio, all'esito del quale soltanto, la pattuizione potrà dirsi meritevole di tutela e in grado di produrre i suoi effetti nel mondo giuridico.

A sostegno dell'assunto valga considerare che in materia di usura la sanzione della nullità per le clausole con tasso di interesse usurario è comminata in base ad un parametro oggettivo – il tasso rilevato trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Fi-



nanze – che non dipende in alcun modo da circostanze in grado di alterare il processo di formazione della volontà dei contraenti, avvalorando la generale propensione dell'ordinamento all'equilibrio tra le prestazioni.

Né appare condivisibile l'idea che il legislatore si sarebbe limitato a presidiare il singolo disinteressandosi della giustizia degli scambi, sia sulla base del dato letterale che nulla esclude in tal senso, sia per la presenza nel panorama legislativo di altre norme con duplice valenza precettiva come la nullità di protezione prevista in materia consumeristica, la cui portata sanzionatoria è posta a salvaguardia sia della correttezza delle transazioni sia delle ragioni del consumatore nella sua veste di parte debole del rapporto.

L'intervento del giudice è strumento di cui l'ordinamento si avvale per controllare l'autonomia negoziale evitando la produzione di risultati illogici che travalichino i limiti entro i quali le posizioni soggettive delle parti possono ritenersi meritevoli di tutela, con la conseguenza che il principio di proporzionalità assurge a limite dell'autonomia delle parti, da verificare caso per caso in base ai presupposti di legge e alle circostanze concrete.

7. – Alla luce di ciò risulta essere palese che il principio dell'equilibrio contrattuale vada esteso anche agli squilibri sopravvenuti in base ai principi di proporzionalità e buona fede che ispirano l'intera gittata del legame giuridico imponendo all'interprete di analizzare la vicenda in funzione dei presupposti che ne costituiscono il fondamento così da evitare sacrifici sproporzionati o prestazioni sperequate, specie allorquando lo squilibrio possa essere rimosso per mezzo di modifiche idonee a soddisfare sia l'interesse creditizio all'adempimento sia quello debitorio a non sopportare un pregiudizio del tutto inesigibile ed arbitrario.

Gli strumenti giuridici mediante i quali giurisprudenza e dottrina hanno dato la stura ad esigenze reali, che tenessero conto delle sopravvenienze atipiche incidendo in senso caducatorio o modificativo sulle sorti del contratto, si sostanziano nella causa in concreto e nella presupposizione, con la puntualizzazione necessaria che la rinnovata concezione della prima figura ha inciso profondamente sul perimetro di operatività della seconda senza tuttavia determinarne l'estinzione bensì allargando la pletora dei rimedi a disposizione del privato per difendere il bene della vita anelato. In base alla teoria della causa in concreto, intesa come funzione economico individuale del contratto e sintesi degli interessi reali che in esso si obiettivizzano, l'elemento causale non è solamente requisito genetico del negozio la cui mancanza o illiceità determina la nullità della pattuizione, ma è



anche presupposto funzionale della sopravvivenza del rapporto il cui venir meno determina la risoluzione del contratto non già per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma per impossibilità di utilizzo della stessa ai fini del soddisfacimento dell'interesse del creditore. Rimedio che opera in presenza di deficienze afferenti l'*an* del negozio, vale a dire nelle ipotesi in cui non possa essere ammessa la prosecuzione del vincolo neanche a condizioni diverse da quelle originariamente predisposte: ragione che ha indotto la giurisprudenza a ritenere il rimedio risolutorio per impossibilità sopravvenuta il più idoneo a salvaguardare le esigenze del soggetto che vede pregiudicato in maniera irreversibile il suo interesse alla prestazione. Al contrario, la presupposizione non attenendo né all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza esterna che, pur se non specificamente dedotta come condizione, costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia del vincolo in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse ma con approvazione dell'altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale. Pertanto si consente, in linea di principio, una rimodulazione degli obblighi per effetto di un nuovo accordo delle parti all'esito della quale soltanto è possibile una reviviscenza degli interessi e con essa la prosecuzione del vincolo iniziale, motivo per cui appare più corretto, almeno in questo secondo caso, fare riferimento al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta che oltre a prevedere la caducazione del contratto, ammette la sopravvivenza del rapporto a fronte di una richiesta di riduzione ad equità fatta dalla parte contro cui è domandata la risoluzione; evenienza che il più delle volte coincide con la reale aspirazione del contraente che lungi da voler risolvere il rapporto preferisce una rimodulazione del prezzo originario. Nonostante la differenza tra i due istituti si sia notevolmente appiattita, non appare condivisibile l'idea di una totale sovrapposizione tra gli stessi, giacché il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per mancanza di causa in concreto, non è tutela in grado di rispecchiare le reali esigenze dei contraenti quando a venire in gioco siano sopravvenienze afferenti aspetti economici del contratto.

La giusta tutela da assegnare ad ogni situazione dipende in definitiva dall'interesse che connota la posizione giuridica fatta valere imponendo di accertare l'impatto della salvaguardia sul reale bisogno del contraente alla luce delle esigenze di pienezza ed effettività delle tutele che ispirano l'ordinamento giuridico e più in generale il diritto unionale. Nell'analisi assumono rilevanza obblighi di rinegoziazione e strumenti manutentivi che alla luce del più generale principio di conservazione dei negozi giuridici impongono una rimodulazione dei poteri delle parti e del giudice nella vicenda pattizia. In questo



senso appare coerente con principi solidaristici l'idea che il fallimento delle trattative in fase di riedizione del potere negoziale non sia contrastabile solo sul piano della responsabilità ma anche mediante una sentenza che, sulla falsa riga di quella prevista dall'art. 2932 cod. civ., disponga modiche riequilibratrici assicurando la perdurante efficacia del vincolo, in particolare quando l'offerta della parte contro la quale sia stata chiesta la risoluzione, si sostanzia in una domanda generica che affidi all'organo giudicante il riequilibrio degli interessi in gioco. Ne consegue che l'opera dell'interprete non si esaurisce nel momento genetico della pattuizione ma si protrae in tutte le fasi che attraversano la vita della regolamentazione¹⁶.

D'altra parte appaiono prive di rilievo sia le obiezioni che fondano sul generico pericolo di sconfinamento dei poteri del giudice in un campo di esclusiva competenza delle parti quale sarebbe quello della spendita dell'autonomia negoziale nell'integrazione del contenuto del contratto, sia quelle che fanno perno sulle differenze insuperabili tra un preliminare diretto alla stipula del definitivo e un negozio claudicante la cui sopravvivenza dipende dalla rinegoziazione dei suoi precetti. A ben vedere, oltre alla mancanza di elementi davvero incompatibili sul piano della *ratio* e della struttura tra la domanda ex art. 1467 cod. civ. tesa alla riduzione ad equità del contratto e l'istanza con la quale la parte invochi un intervento manutentivo del giudice in sede di inosservanza dell'obbligo di rinegoziazione, va tenuta presente quella giurisprudenza di legittimità¹⁷ che ha ripudiato l'esistenza di differenze strutturali tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ravvisando tanto nelle prime quanto nelle seconde una componente di risultato consistente nello sforzo diligente del *solvens* al perseguimento del risultato dovuto. Difatti la sproporzione tra le prestazioni che può verificarsi in relazione ad una sopravvenienza sfavorevole, determina non solo la perdita dell'interesse della parte svantaggiata, ma più in generale la carenza di meritevolezza necessaria al contratto per produrre i suoi effetti nell'ordinamento giuridico tant'è che rimanendo lecito esso diventa inidoneo a svolgere la funzione che le parti gli hanno assegnato. L'obbligo di rinegoziazione non rappresenta altro che il tentativo delle parti di ripristinare la violata dignità del contratto, quale rimedio alternativo alla ablazione dello stesso.

¹⁶ Cfr. G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Giappichelli, 2016.

¹⁷ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Resp. civ. prev.*, 2008, nella quale si afferma che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. opera sia con riguardo alle obbligazioni di mezzo che a quelle di risultato. Ne deriva che rileva soltanto l'inadempimento che ha causato ovvero ha determinato a causare il danno in modo palese, essendo rimesso al debitore fornire la prova contraria, vale a dire che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non ha prodotto il danno.



8. – Un principio quello di rinegoziazione che costantemente viene richiamato in leggi speciali, ovvero norme di carattere eccezionale e di stretta interpretazione. Si pensi all’emanazione del d.l. n. 124/2019 il cui art. 41 *bis* consente al debitore, contro il quale è in corso un procedimento di espropriazione immobiliare avente ad oggetto la sua abitazione principale, una revisione del contratto di mutuo con l’assistenza del Fondo di garanzia della prima casa al fine di scongiurare la vendita forzata della stessa ovvero, in alternativa ad essa, la presentazione di una richiesta di finanziamento ad una banca terza con surroga della garanzia ipotecaria. Ne deriva che la norma di cui sopra riconosce al debitore due ulteriori rimedi oltre quello tipico della conversione del pignoramento, *ex art.* 495 cod. civ., per tutelare la propria posizione debitoria e beneficiare dell’esdebitazione.

Tuttavia la possibilità di accedervi è condizionata al rispetto di taluni stringenti requisiti oggettivi, tra i quali la qualifica del debitore come consumatore ai sensi dell’art. 3, comma 1, lettera a del Codice del consumo ovvero del creditore come banca o società veicolo, di cui alla L. 130/1999. Il previo esborso da parte del debitore di almeno il 10% del capitale finanziato dal creditore oppure la pendenza di una procedura di esecuzione forzata sull’immobile oggetto di ipoteca. Oltre a ciò si richiede che l’ammontare complessivo del debito non superi € 250.000. Al contempo la procedura di rinegoziazione del mutuo è subordinata all’accertamento da parte della banca creditrice, della capacità reddituale del debitore sul presupposto che ove questo risultasse negativo potrebbe dare luogo al rifiuto della domanda. In tale ipotesi l’obbligo di rinegoziazione subisce una forte attenuazione, essendo facoltà del creditore procedente di aderirvi. Un margine di libertà per quest’ultimo che, al contrario, sembra non sussistere allorché il debitore abbia ottenuto il finanziamento da parte di una banca terza nella misura in cui egli sia disposto a pagare a quella procedente una somma non inferiore al 75% del prezzo di base dell’asta del bene pignorato. Qualora il debitore non abbia avuto successo nell’esperimento dei rimedi sopra richiamati, il comma 3 dell’art. 41 *bis* consente la possibilità ad un suo parente o affine entro il terzo grado di conseguire il finanziamento necessario per l’estinzione del debito e la conseguente emissione del decreto di trasferimento del bene, *ex art.* 586 cod. proc. civ. in suo favore. In ogni caso al debitore è riconosciuto il diritto di abitazione nell’immobile precedentemente pignorato e quello di retrocessione del bene a condizione che rimborsi integralmente le somme già versate dal suo congiunto – finanziatore. Sul punto, senza entrare in questa sede nel dettaglio della questione, non possono essere ignorati i dubbi di alcuni studiosi¹⁸ con riguardo in special modo alla quali-

¹⁸ Cfr. G. FINOCCHIARO, *I rebus della rinegoziazione del mutuo prima casa ad espropriazione pendente*,



fica del diritto trasferito; alla posizione dei soggetti terzi creditori e aventi causa del congiunto – finanziatore e alla mancanza di pubblicità nei registri immobiliari dell'avvenuto esercizio del diritto alla retrocessione da parte del debitore. Infine la disposizione contempla l'ipotesi di una presentazione congiunta da parte del debitore e del creditore di una istanza di sospensione temporanea del procedimento esecutivo che dovrà essere disposta dal giudice dell'esecuzione.

A prescindere dalla formulazione decisamente sommaria della norma e dalla scelta più che discutibile di colmare le molteplici lacune normative attraverso lo strumento del decreto ministeriale, è opportuno sottolineare come la proliferazione in settori speciali di norme che garantiscono una rinegoziazione dell'accordo pattuito, in virtù di situazioni di eccezionale e temporanea gravità, debba essere colta come un segnale verso un riconoscimento della stessa come principio insito nella contrattazione tra soggetti privati, sul presupposto che l'unica soluzione percorribile per adeguare l'impianto normativo alla realtà fattuale, è una sua interpretazione evolutiva che tenga conto, anche e a maggior ragione, di disposizioni di leggi cd. speciali e di stretta interpretazione.

9. – Il ricorso alla tecnica interpretativa evolutiva come sopra meglio esplicitato, risulta essere imprescindibile nella straordinaria crisi sanitaria in corso le cui ripercussioni sull'economia mondiale sono ancora tutte da decifrare. Certo è che vi sono stati settori (basti pensare ad esempio a quello della ristorazione ovvero a quello dello spettacolo e intrattenimento) che sono stati fortemente colpiti dalla pandemia in quanto costretti alla chiusura forzata delle loro attività cui è inevitabilmente conseguita anche una importante limitazione della loro capacità contrattuale che, gioco forza, ha comportato una richiesta di rinegoziazione dei contratti in essere. Per altri versi è di tutta evidenza che il ricorso al rimedio, di cui all'art 1467 cod. civ., potrebbe determinare, quale effetto immediato, la caducazione del contratto stipulato benché vi sia interesse alla prosecuzione dello stesso, seppur a condizioni diverse considerando la contrazione del volume di affari.

Meritevole di menzione in proposito risulta essere il d.l. 20 marzo 2020, n. 218 (meglio noto come “decreto Cura Italia”), il quale all'articolo 91 ha stabilito che il rispetto

in il *Quotidiano del diritto.it*, 2020 la quale in particolare si interroga sulla possibilità che l'effetto di esdebitazione possa riguardare ulteriori debiti oltre quello derivante dal contratto di mutuo rispondendo a tale quesito negativamente dato il tenore letterale della disposizione. In aggiunta afferma che, qualora, si voglia altresì estendere tale beneficio a creditori diversi da quello ipotecario, si potrebbero profilare dubbi di legittimità costituzionale per contrasto il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost.



delle misure relative al contenimento del virus Covid 19 deve essere sempre valutato al fine di escludere la responsabilità del debitore, avuto riguardo anche ad eventuali decadenze o penali dovute a ritardati o omessi adempimenti. È chiaro se ci attenessimo ad una mera interpretazione della disposizione legislativa non potremo che attribuire alla stessa il significato di attenuazione della responsabilità in una situazione di assoluta eccezionalità quando invece attraverso un'interpretazione dinamico evolutiva, si potrebbe legittimare la possibilità di una rinegoziazione dell'intesa negoziale.

Un orientamento interpretativo che ha trovato esplicito riconoscimento in una ordinanza¹⁹ attraverso la quale è stato previsto l'obbligo delle parti di rimodulare il contratto originariamente pattuito al fine di riportarlo "entro i limiti dell'alea normale" sul presupposto che si sono verificati fatti sopravvenuti e imprevedibili al momento della stipulazione dello stesso. Nello specifico si è consentito alla parte svantaggiata, nel rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede, di rettificare il contenuto dell'accordo attraverso la richiesta di riduzione del canone di locazione per cause non previamente ipotizzabili; nello specifico la prolungata chiusura delle attività commerciali dovuta alla diffusione del virus Covid-19²⁰.

In quello descritto così come in altri casi analoghi, la risoluzione del contratto non costituisce, in presenza di accadimenti sopravvenuti, rimedio utile, soprattutto allorquando sussista la ferma volontà di conservare l'efficacia del contratto.

Si evince così che la rinegoziazione non si esaurisce nella correttezza procedimentale della condotta ma nella riuscita delle trattative e più in generale nella conclusione di un nuovo accordo il quale in ogni caso è suscettibile di ulteriore modifica anche in *peius* per il contraente che aveva presentato istanza di revisione del contratto sul presupposto di un miglioramento della propria capacità economico-finanziaria. Un approdo giurisprudenziale volto a rimarcare l'anacronicità dell'impostazione previgente sul presupposto della necessità evidentemente prioritaria di garantire, per quanto possibile l'equilibrio tra le prestazioni cui si correla una predilezione verso la conservazione degli effetti contrattuali. La nuova manifestazione di volontà cui le parti pervengono si fonda su una revisione dell'accordo originariamente pattuito che assume i caratteri dell'obbligatorietà ogni qual

¹⁹ Trib. Roma, sez. VI civ., ord. 27 agosto 2020, in *Diritto e Giustizia*.

²⁰ In particolare Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020 cit. dispone che "qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale la pandemia da COVID-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite deve avere possibilità di rinegoziare il contratto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva".



volta la parte interessata a salvaguardare l'utilità del contratto la richieda, sul presupposto di un obbligo generale di buona fede che trova la sua consacrazione nell'articolo 1374 cod. civ., dal quale si fa discendere un dovere delle parti di cooperare tra di loro con il preminente obiettivo di realizzare gli interessi da loro perseguiti nel rispetto di una reciproca solidarietà. Significativa in proposito è la posizione assunta dal giudice di legittimità²¹ che ha esplicitato la contrarietà al principio di buona fede, relativamente ad un contratto di locazione, del comportamento posto in essere dal locatore il quale aveva demandato la risoluzione del contratto sul presupposto del mancato pagamento del canone di affitto pur essendovi stata la domanda compensazione del credito da parte dello stesso conduttore per un altro credito, di maggiore portata economica che lo stesso vantava nei confronti del locatore.

D'altro canto il principio di buona fede deve esplicarsi in una condotta leale e corretta delle parti per tutta la durata delle trattative, configurandosi diversamente una responsabilità precontrattuale allorquando le stesse vengono ingiustificatamente interrotte ma anche qualora la volontà di rinegoziare gli accordi risulti essere meramente apparente.

10. – In ogni caso, resta fermo che il contenuto del nuovo accordo debba essere valutato sulla base dei valori insiti nel contratto stesso. Alla stregua di ciò qualora il tentativo di rinegoziazione tra le parti abbia esito negativo, tale esigenza può essere salvaguardata anche mediante un intervento manutentivo del giudice volto al ripristino del giusto assetto contrattuale mediante un sindacato, non svincolato da parametri oggettivi, che tenga conto delle scelte compiute dalle parti nel negozio originario, delle sopravvenienze in concreto verificatesi, delle trattative, delle punteggiature e, non ultimo, delle eventuali responsabilità nel fallimento della rideterminazione degli oneri e dei benefici, pervenendo ad una decisione che lungi dal rappresentare spendita di autonomia negoziale si ponga come valido sussidio della libertà dispositiva dei contraenti. In dottrina si è discusso della natura di questa decisione giudiziale optando per quella di sentenza costitutiva *ex art.* 2932 cod. civ. con la conseguente facoltà della parte di richiedere il risarcimento dei

²¹ Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208, in *Altalex*, 2010 la quale statuisce che “*il principio della buona fede oggettiva, deve accompagnare il contratto in tutte le sue fasi, da quella della formazione a quelle della interpretazione e della esecuzione*” determinando il correlativo divieto, per ciascun contraente, di esercitare i diritti di cui ognuno è titolare nei confronti della controparte per conseguire uno scopo diverso da quello per i quali essi sono stati riconosciuti e garantiti e nondimeno l'obbligo di agire, anche nella fase della patologia del rapporto, con il preminente intento di conservare, nei limiti del possibile, in modo da preservare, il vincolo contrattuale. Sul punto cfr. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, ESI, 2013.



danni qualora l'altra reiteri nel rifiuto dell'adempimento. Tuttavia sul punto è bene sottolineare che vi è ancora parte della dottrina, seppur minoritaria, che continua a dubitare circa la stessa ammissibilità di un potere correttivo da parte del giudice prediligendo, al contrario, la soluzione del risarcimento per equivalente. È evidente che l'approdo ad una soluzione di questo tipo genera un nuovo squilibrio contrattuale a svantaggio della parte propensa alla conservazione del contratto, alla quale non resta che esperire il rimedio di cui all'articolo 1467 cod. civ.: una scelta che non fa altro che affievolire inesorabilmente la portata del principio dell'equilibrio contrattuale.

11. – D'altronde anche nel contesto sovranazionale ed in particolare nei principi *Unidroit*, elaborati dall'Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto, è riconosciuto il diritto alla rinegoziazione del contratto: tale facoltà va esercitata senza ritardo mediante apposita domanda contenente l'indicazione dei motivi che rendono indispensabile la ridefinizione degli obblighi contrattuali. Nonostante la pretesa di rinegoziazione del programma originario non attribuisca, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione, ciascuno dei contraenti, nel caso in cui non si addenga ad un accordo entro un termine ragionevole, può rivolgersi al giudice che, accertata l'esistenza di una ipotesi di *hardship* potrà, se del caso, risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Il mutamento delle circostanze è preso in considerazione anche dell'art. III.-1:110 DCFR, rubricato «Variation or termination by court on a change of circumstances», norma che oltre a ricalcare quanto previsto nel diritto privato europeo dai *Principles of European Contract Law*, attribuisce al giudice il potere di risolvere il contratto oppure di modificarlo dopo che il debitore abbia tentato, ragionevolmente e in buona fede, di raggiungere mediante rinnovate trattative un adeguamento delle condizioni contrattuali.

In egual misura nel diritto internazionale assume notevole importanza il criterio dell'interpretazione evolutiva attraverso il quale la Corte di Giustizia europea ha provveduto più volte ad adeguare i trattati internazionali contraddistinti da una notevole durata alla realtà fattuale nella quale sono chiamati ad essere applicati. Come tale questa tecnica interpretativa si fonda su tre pilastri: il testo del trattato che costituisce il cd. elemento interno, il carattere permanente dello stesso e infine il mutamento dei valori sociali e culturali che motivano il ricorso a questo adeguamento interpretativo. Ciò che urge sottolineare è che nel contesto sovranazionale, seppur ancora in un numero circostanziato di



casi, lo stesso è divenuto il preminente strumento mediante il quale, non solo si procede ad una revisione di una precedente interpretazione giudiziale oramai considerata non più espressione del quadro sociale ed economico in cui si applica, ma altresì si inaugura un nuovo processo ermeneutico che concerne una norma sulla quale la stessa corte non si è mai pronunciata in precedenza. Tanto è accresciuta la rilevanza decisionale dell'interpretazione evolutiva che i giudici internazionali si sono spinti fino a considerare gli elementi, di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969, fondanti le regole per l'interpretazione di un trattato, come criteri funzionali all'applicazione di quella evolutiva. Ne deriva che, in primo luogo, si debba prendere in considerazione il testo del trattato ove spesso vi sono termini fortemente generici per i quali, dunque, un adeguamento interpretativo al cambiamento sociale risulta pressoché irrinunciabile, anche a prescindere da una reale intenzione degli Stati contraenti al momento della stipula del trattato di accettare un mutamento dinamico evolutivo dello stesso, seppure, sul punto, vi è chi ha proposto di accogliere nella Convenzione di cui sopra un principio generale di c.d. contemporaneità linguistica che riconosce la supremazia dell'interpretazione letterale ancorata alla mera volontà delle parti. Un atteggiamento ostile di una parte minoritaria degli Stati contraenti che tuttavia non ha impedito alla Corte di giustizia di svolgere interpretazioni evolutive. Si tratta di casi nei quali il giudice ha basato la decisione giudiziale sulla comune premessa dell'implicita adesione degli Stati contraenti ad un'interpretazione evolutiva della Convenzione da loro firmata.

In definitiva ciò che si persegue è lo scopo al quale il trattato mira, ragioni per le quali la giurisprudenza internazionale ha effettuato dei distinguo di notevole interesse al fine di favorire e facilitare l'applicazione del metodo interpretativo in esame. Sul punto è sufficiente dire che l'approccio dinamico è preferibile per i cd. trattati – legge i quali, prevedendo norme non cristallizzate, richiedono un costante adattamento ai valori e agli ideali storicamente rilevanti al momento dell'interpretazione. Può altresì accadere che un trattato apparentemente sembri perseguire due scopi ambedue leciti ma tra loro difforni così da obbligare l'interprete ad una scelta circa quello da perseguire; una decisione che deve fondarsi su una previa valutazione dei lavori preparatori del trattato ovvero, in mancanza di essi, su una conformità dello stesso alla realtà fattuale in ossequio, ancora una volta, di un'interpretazione evolutiva. Certo è che non si può non tener conto anche del contesto, come menzionato nell'art. 31 della Convenzione, che tuttavia non è solo quello interno al trattato, vale a dire le altre disposizioni di legge contenute nello stesso, bensì anche la situazione politica, economica e culturale nella quale esso è stato stipulato ovvero tutte le fattispecie esterne al trattato, altri trattati o leggi speciali che possono ave-



re qualche relazione di significato con quello oggetto di interpretazione e di conseguenza agevolare la stessa.

Infine l'ultimo strumento, ma non per importanza, di cui l'interprete può avvalersi per un approccio evolutivo è rappresentato dalla prassi successiva con la quale si intende l'insieme eterogeneo dei modi attraverso i quali le parti contraenti applicano concretamente il trattato da loro stipulato.

Ne consegue che l'interpretazione evolutiva risulta essere divenuta nel corso del tempo il preminente metodo interpretativo cui la giustizia internazionale fa ricorso al fine di conseguire non solo una attualizzazione dei trattati coerente con il mutamento sociale accorso, bensì anche la previsione di nuovi principi di portata generale come può essere quello della rinegoziazione nel diritto internazionale privato.

Al contempo è alquanto indubbia la sempre maggiore rilevanza, sia nell'ordinamento giuridico italiano²² che europeo, della tutela dell'equilibrio contrattuale sia nella fase di formazione del contratto che in quella di svolgimento del rapporto negoziale. Difatti le varie discipline esemplificativamente rammentate sono contraddistinte dalla comune esigenza di conservazione del negozio giuridico mediante un nuovo accordo delle parti che rettifichi il sopravvenuto squilibrio e solo quando i contraenti non riescono in questo intento, è possibile chiedere un intervento sostitutivo ed integrativo del giudice, il quale gode di un ampio potere discrezionale nella scelta tra la modifica e la risoluzione dell'accordo.

Ecco dunque che il successivo passo, non più differibile, dovrebbe essere quello di una previsione normativa generalizzata in forza della quale alle parti sia riconosciuta all'esito di una rimodulazione del contratto originario, di addivenire ad una nuova equa distribuzione di diritti e obblighi anche e, a maggior ragione, alla luce della situazione emergenziale nella quale stiamo vivendo e dalla quale sarà difficile capire quando saremo in grado di uscirne.

²² Cfr. G. VILLANACCI, *Rilevanza e bilanciamento degli interessi nella qualificazione e quantificazione del danno*, in *Jus*, 2015.