



LETIZIA COPPO

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Torino

**LA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE:
RIVOLUZIONI E OCCASIONI PERSE ***

SOMMARIO: 1. La situazione anteriore alla riforma del 2016: l'approccio della dottrina e della giurisprudenza fino all'indomani del primo conflitto mondiale. – 2. Segue. Il tentativo della giurisprudenza ordinaria di legittimità di risolvere il problema delle sopravvenienze senza ricorrere all'imprévision e il dibattito dottrinale successivo al primo conflitto mondiale. – 3. Dalle proposte di riforma alla formulazione attuale della norma in materia di imprévision. – 4. Le criticità della nuova disciplina, il suo impatto sulla contrattazione e l'assenza di applicazioni giurisprudenziali. – 5. Riflessioni sull'opportunità di un trapianto della soluzione francese nel diritto italiano.

1. – Prima della riforma del 2016, il *Code Napoléon* contemplava quale unica ipotesi di sopravvenienza giuridicamente rilevante la *force majeure*, concetto sostanzialmente assimilabile, a dispetto dell'espressione impiegata, a quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, idonea ad estinguere l'obbligazione e a liberare il debitore dalla corrispondente responsabilità¹. Nessun rilievo generale era invece attribuito al sopravvenuto mutamento delle circostanze che fosse capace di alterare significativamente l'equilibrio economico originario del contratto, ma non tale da rendere impossibile la prestazione².

Né i lavori della commissione incaricata della redazione del codice né i primi commenti della dottrina francese successivi alla sua entrata in vigore contengono alcun riferimento al problema dell'*imprévision* o, secondo altra angolazione, dell'eccessiva onerosità sopravvenuta³. Solo una voce, a quanto consta isolata, si

* Intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema *La réforme del Code civil 5 anni dopo: un modello per la ricodificazione italiana?*, svoltosi il 28 e 29 ottobre 2021 presso l'Università degli Studi di Torino, su iniziativa del locale Dipartimento di Giurisprudenza, dell'Accademia dei Giusprivatisti Europei, della rivista *Jus civile* e dell'ISAIDAT.

¹ Sul tema dell'impossibilità sopravvenuta nell'ordinamento francese cfr. L. MARIE, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Caen, 1896; J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, 1920; A. TUNC, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, 235; B. STARCK, *La pluralité de causes de dommage et la responsabilité civile*, in *Juris-Class. périod.*, 1970, I, 2339; P.H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992; C. COUTANT-LAPALUS, *Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère*, in *Les petits affiches*, 26 février 2002, 41, 15 ss.; J. MOURY, *Force majeure: éloge de la sobriété*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, 471; M. MEKKI, *La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur*, in *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, 29, 17; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *Économica*, 2011; G. VINEY, P. JOURDAIN e S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2013; J-CH. SAINT-PAU, *Exonération de responsabilité contractuelle. – Inexécution imputable à une cause étrangère*, in *Juris-Classeur Civ. Code*, 11-30, 2014; H. BOUCARD, *La force majeure contractuelle*, in *Rev. dr. civ.*, 2015, 779; S. BROS, *La force majeure*, in *Dr. et patr.*, 2016, 259, 40.

² Per un primo commento sulla codificazione dell'eccessiva onerosità in Francia v., sin d'ora, E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1517 ss.

³ Sul concetto di sopravvenienza in generale v. M. ZACCHEO, *Sopravenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da Irti, a cura di Martuccelli e Pescatore, Giuffrè, 2011, 1638.



è premurata di rilevare che, quando sopravvengono circostanze tali per cui se le parti le avessero previste non avrebbero stipulato il contratto, le obbligazioni si estinguono, con conseguente liberazione del debitore⁴. Ma l'affermazione non è abbastanza puntuale perché si possa considerare come una prima teorizzazione dell'*imprévision*; per un'elaborazione più consapevole bisognerà attendere il periodo successivo al primo conflitto mondiale⁵.

Quella è stata probabilmente, a quanto può intuirsi dalla lettura della giurisprudenza, la prima volta in cui il problema della sopravvenienza eccezionale ed imprevedibile ha cominciato a porsi nella pratica in modo sistematico e in proporzioni rilevanti. Prima di allora constano solo un caso nel quale l'equilibrio di un contratto di trasporto di merci era stato alterato a seguito dell'invenzione del treno⁶; alcuni casi nei quali il valore della prestazione era aumentato notevolmente rispetto alla controprestazione in conseguenza dello scoppio della guerra di Crimea⁷; e due casi più recenti in cui il contratto di fornitura di alcune merci era divenuto eccessivamente oneroso a seguito della guerra franco-prussiana⁸.

Vi è poi un altro caso – il celebre *Canal de Craponne*, tradizionalmente citato come il precedente chiave in materia di *imprévision* – nel quale però l'alterazione dello squilibrio economico originario del contratto era dipesa dal semplice decorso del tempo (nella specie ben tre secoli) e dalla fisiologica necessità di adeguamento dei contratti di durata ai mutamenti del mercato⁹.

Il tratto comune a tutti i casi citati è che hanno sollevato un contrasto tra le corti di merito e la corte di legittimità. Le corti di merito avevano riconosciuto valore al mutamento delle circostanze e accolto la domanda di revisione giudiziale del contratto, alcune deducendo l'esistenza nei contratti di durata di una implicita clausola *rebus sic stantibus*¹⁰, altre equiparando l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ad un'impossibilità non imputabile di prestare ed allargando così i margini dell'istituto della *force majeure*, previsto espressamente dal *code Napoléon*¹¹. La Cassazione aveva radicalmente negato qualunque possibilità di intervento giudiziale

⁴ Così M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du code civil*, art. 1101 à 1386, t. IV, 2e éd., Pédone, 1885, 4.

⁵ V. *infra*.

⁶ Rouen 9 février 1844, in *Dalloz pér.*, 1845, 2, 4.

⁷ Douai 3 mai 1851, in *Dalloz pér.*, 1854, 2, 130; Grenoble 18 août 1854, *ivi*, 1855, 2, 78; Paris 26 mai 1854, trois arrêts, *ivi*, 1854, 2, 129; Rouen 3 juin 1854, *ivi*, 1854, 2, 131. I casi di specie riguardavano contratti nei quali un agente si obbligava a trovare qualcuno che sostituisse alcuni coscritti estratti a sorte nella prestazione del servizio militare. Poiché l'imminenza dello scoppio della guerra di Crimea aveva imposto un aumento dei contingenti ed un conseguente incremento della remunerazione dei sostituti, alcuni di questi si erano rivolti all'autorità giudiziaria per ottenere la revisione del prezzo o la risoluzione del contratto. In tutti i casi citati la Corte di Cassazione (Cass. Civ. 9 janvier 1856, *ivi*, 1856, 1, 33, sept arrêts) ha ribaltato la decisione delle corti di merito. La motivazione della Cassazione non si è però fondata su un rifiuto espresso della teoria dell'*imprévision*, bensì sulla non riconducibilità di quest'ultima al concetto di impossibilità liberatoria (*force majeure*).

⁸ Cass. 14 mai 1872, in *Rec. Sirey*, 1873, 1, 224; Cass. 24 mars 1874, *ivi*, 1874., 1, 429.

⁹ Cass. 6 mars 1876, in *Dalloz*, 1876, 193; in *Rec. Sirey.*, 1876, 1, 161; nonché in H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETT, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13ème éd., 2, 2015, Dalloz, n. 165, 172 ss. La controversia originava da due contratti, conclusi tre secoli prima tra il costruttore di un canale (poi soprannominato *Canal de Craponne*, dal nome del costruttore, appunto) e gli abitanti di un comune limitrofo, aventi ad oggetto la fornitura dell'acqua per l'irrigazione dei campi. Poiché il trascorrere di un lasso di tempo così lungo aveva reso il corrispettivo pattuito insufficiente a coprire le spese di manutenzione dell'opera, il proprietario del canale si era rivolto all'autorità giudiziaria per ottenerne l'adeguamento.

¹⁰ Rouen 9 février 1844, in *Dalloz pér.*, 1845, 2, 4.

¹¹ Douai 3 mai 1851, *ivi*, 1854, 2,130; Grenoble 18 août 1854, *ivi* 1855, 2, 78; Paris 26 mai 1854, trois arrêts, *ivi* 1854, 2, 129; Rouen 3 juin 1854, *ivi* 1854, 2, 131. I casi di specie riguardavano contratti nei quali un agente si obbligava a trovare qualcuno che sostituisse alcuni coscritti estratti a sorte nella prestazione del servizio militare. Poiché l'imminenza dello scoppio della guerra di Crimea aveva imposto un aumento dei contingenti ed un conseguente incremento della remunerazione dei sostituti, alcuni di questi si erano rivolti all'autorità giudiziaria per ottenere la revisione del prezzo o la risoluzione del contratto. In tutti i casi citati la Corte di



sul contratto, sulla scorta della motivazione per cui, in virtù dell'art. 1134 cod. nap. che sancisce il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, il giudice non è in alcun caso legittimato a prendere in considerazione il passaggio del tempo e il mutamento delle circostanze per modificare le convenzioni dei contraenti e sostituire con clausole nuove quelle che erano state liberamente accettate dai medesimi¹².

Il principio, pur non esplicitato in tutte le pronunce, è rimasto granitico anche all'indomani dello scoppio del primo conflitto mondiale¹³. Emblematica è una sentenza pronunciata nel 1921 a proposito di un contratto di affitto di un gregge stipulato nel 1910, nella quale la Cassazione aveva ribadito che il contratto ha forza di legge tra le parti e nessuna valutazione in termini di equità può autorizzare il giudice, quando le pattuizioni sono chiare e puntuali, a modificarle con il pretesto dell'interpretazione¹⁴. Dalla motivazione si evince che la Corte non ha accolto la teoria della clausola *rebus sic stantibus* implicita, richiedendo invece, ai fini del rilievo del sopravvenuto mutamento delle circostanze, un'espressa pattuizione delle parti in tal senso¹⁵.

Nel caso di specie, il problema della sopravvenienza si era posto in modo peculiare: l'affittuario si era riservato nel contratto la possibilità di optare, anziché per la restituzione in natura dei capi di bestiame, per la restituzione dell'equivalente monetario, secondo il valore che era stato pattuito alla data della stipula. Poiché la guerra aveva comportato un aumento notevole del prezzo del bestiame, l'affittuario aveva scelto la seconda opzione, maturando così un significativo arricchimento. Pare interessante notare, per le considerazioni che si svolgeranno a breve, che la Corte d'appello, argomentando dall'imprevedibilità di un simile aumento, non aveva concesso il rimedio della revisione del contratto, ma aveva disposto l'equa ripartizione tra le due parti dell'arricchimento maturato dall'affittuario.

Se la prima guerra mondiale non ha mutato in principio l'approccio della giurisprudenza ordinaria di legittimità, ha segnato invece un punto di svolta con riguardo alla giurisprudenza amministrativa. Nel primo dopo guerra, il *Conseil d'État* ha inaugurato un orientamento favorevole all'accoglimento dell'*imprévision* che non è mai stato messo in discussione, inizialmente limitato ai contratti di concessione di servizi pubblici¹⁶, poi esteso a tutti i contratti pubblici¹⁷. Il rimedio prescelto non è stato però quello della revisione giudi-

Cassazione (Cass. Civ. 9 janvier 1856, *ivi*, 1856, 1, 33, sept arrêts) ha ribaltato la decisione delle corti di merito. La motivazione della Cassazione non si è però fondata su un rifiuto espresso della teoria dell'*imprévision*, bensì sulla non riconducibilità di quest'ultima al concetto di impossibilità liberatoria (*force majeure*).

¹² Per tutte, Cass. 6 mars 1876, *cit*.

¹³ Così, tra le molte pronunce, Cass. 15 nov. 1933, in *Gaz. Pal.*, 1934, 1, 68; in *Rec. Sirey*, 1934, 1, 13; Cass., 18 janv. 1950, in *Dalloz*, 1950, 227; Chambre Sociale, 8 mars 1972, 71-40.429, in *Dalloz*, 1972, 340, la quale aveva negato che le contestazioni del 1968 potessero qualificarsi come cause di forza maggiore tali da rendere impossibile la messa in scena di spettacoli teatrali e la prosecuzione del rapporto di lavoro con i dipendenti del teatro; Cass. Com. 18 décembre 1979, 78-10.763, in *Bull. civ.*, IV, 339; Cass. civ., 14 octobre 1987, 85-18.132, in *Bull. civ.*, III, 169).

¹⁴ Cass. 6 juin 1921, in *Rec. Sirey*, 1921, 1, 193, con nota di L. HUGUENY.

¹⁵ Nel medesimo senso, Cass. 16 mai 1922, in *Dalloz pér.*, 1922, 1, 130; Req. 21 et 26 novembre 1923, *ivi*, 1925, 1, 60; Req. 5 décembre 1927, in *Dalloz hebdo.*, 1928, 1, 84.

¹⁶ Conseil d'État 30 mars 1916, n. 59928, in *Dalloz pér.*, 1916, 3, 25; in *Rec. Sirey*, 1916, 3, 17, con nota di F. HAURIOU. In senso conforme la giurisprudenza successiva: Conseil d'État 8 février 1918, *Sté d'éclairage de Poissy*, in *Rev. dr. publ.*, 1918, 244; Conseil d'État 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice c/ Ville de Nice*, in *Rec. Sirey*, 1920, 3, 25, con nota di M. HAURIOU; Conseil d'État 3 décembre 1920, *Fromassol*, in *Rev. dr. publ.*, 1921, 80; Conseil d'État 25 novembre 1921, *Cie générale des automobiles postales c/ État*, in *Rec. Sirey*, 1923, 3, 33, con nota di M. HAURIOU; Conseil d'État 25 novembre 1921, 2 mars 1923, 29 février, 28 mars, 18 juin, 8 août 1924 e 23 janvier 1925, in *Dalloz pér.*, 1925, 3, 17, con nota di P. CLOSSET; Conseil d'État 8 mai 1925, *Compagnies réunies de gaz et d'électricité c/ Ville de Bordeaux* e Conseil d'État 27 mars 1926, *Ville de Montfort-l'Amaury*, in *Dalloz pér.*, 1927, 3, 17, con nota di P. CLOSSET; Conseil d'État 9 décembre 1932, *Cie des tramways de Cherbourg*, *ivi*, 1933, 3, 17, con nota di R. PELLOUX; in *Rev. dr. publ.*, 1933, 1, 24; Conseil d'État 22 juin 1934, *Cie continentale du gaz*, in *Dalloz hebdo.*, 1934, 448.

¹⁷ Per tutte, Conseil d'État 12 mars 1976, in *Actual. jur. dr. adm.*, 1976, 528 e 552. Il caso riguarda un contratto di concessione



ziale del contratto, ma la corresponsione all'amministrazione la cui prestazione era divenuta eccessivamente onerosa, da parte dell'altro contraente, di una indennità (c.d. *indemnité d'imprévision*) in misura tale da consentirgli di riparare parte del pregiudizio subito in conseguenza dell'evento imprevedibile e, nel contempo, di continuare ad adempiere alle proprie obbligazioni.

Proprio in quest'ultima esigenza, quella di scongiurare il rischio dell'interruzione di servizi essenziali per la collettività e dunque per il perseguimento dell'interesse pubblico, sembra potersi ravvisare la ragione del diverso atteggiamento della giurisprudenza amministrativa. Nei contratti tra privati manca un interesse pubblico che giustifichi un'ingerenza del giudice correttiva dell'autonomia dei contraenti, e per altro verso manca anche una norma di legge che legittimi tale potere. Allora, se il giudice, come predicato dalla scuola dell'esegesi¹⁸, è davvero la *bouche des lois* e la *loi* sul punto tace ed in altro luogo equipara il contratto a sé stessa affermando che questo ha nei confronti dei contraenti la sua medesima forza, non può riconoscersi alcun margine per l'intervento giudiziale.

Mancando l'interesse pubblico e mancando una previsione legislativa *ad hoc*, gli unici soggetti che sono legittimati a porre rimedio ai problemi sollevati dalle sopravvenienze sono le parti medesime. Questo sembra essere il senso dell'invito velatamente rivolto dalla sentenza di legittimità da ultimo citata alle parti affinché si tutelino preventivamente, sin dalla stipula del contratto, nei confronti dei rischi di mutamenti sopravvenuti delle circostanze. E tale preoccupazione – qui lo si anticipa soltanto – perdura nel testo di legge che risulta dalla riforma del 2016, ove l'intervento del giudice è solo eventuale e sussidiario rispetto alle pattuizioni delle parti.

2. – L'approccio della giurisprudenza amministrativa – affiancato da una serie di interventi normativi intervenuti a cavallo tra le due guerre mondiali volti a disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta con riguardo a specifici tipi contrattuali e destinati a rimanere confinati alla legislazione emergenziale¹⁹ – ha stimolato le riflessioni della dottrina sul problema dell'eccessiva onerosità e, col tempo, ha indotto la giurisprudenza ordinaria di legittimità, seppur non ad accogliere la teoria dell'*imprévision*, ad impiegare nondimeno istituti e principi alternativi per ridurre l'impatto delle sopravvenienze sull'equilibrio contrattuale²⁰.

Così alcune pronunce hanno riconosciuto – ora in modo espresso, ora implicitamente – l'esigenza di un riequilibrio del contratto a seguito di imprevedibili mutamenti sopravvenuti delle circostanze fondandosi sul-

del servizio d'illuminazione a gas in favore della città di Bordeaux. Posto che tale sistema presupponeva l'impiego del carbone e che durante la guerra la Germania aveva occupato la maggior parte delle regioni produttrici, il prezzo della materia prima era quintuplicato. Di fronte alla domanda della concessionaria, la Corte aveva statuito che, sebbene in linea di principio l'oscillazione del prezzo di mercato delle materie prime rientri nell'alea normale del contratto a carico del concessionario, nel caso di specie l'aumento del prezzo superava notevolmente quello prevedibile al momento della stipula del contratto con l'effetto di alterare in misura significativa l'equilibrio economico tra le prestazioni e pertanto si rendeva eccezionalmente necessario l'intervento del giudice.

¹⁸ V. CARBONNIER, *Droit civil*, II, *Les biens, Les obligations*, 2004, PUF, 1075.

¹⁹ Cfr. i riferimenti contenuti in P. ANCEL, *Imprévision*, in *Répertoire de droit civil* Dalloz, 2017, 28.

²⁰ In dottrina cfr. A. LOUVEAU, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, thèse, Rennes, 1920; L. FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, Imprimerie veuve Berthier, 1921; P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse, Nancy, 1922; A. BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, thèse, Bordeaux, 1922; J.-E. GUEULLETTE, *Effets juridiques de la guerre sur les contrats*, thèse, Paris, 1918; e J. RADOUANT, *Du cas fortuit*, cit.; nonché S. SERBESCO, *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1917, 329. Per quanto concerne la giurisprudenza, v. le note seguenti.



la buona fede²¹. Le citate pronunce non giungono né a concedere il rimedio della revisione del contratto, né ad imporre alle parti un generale obbligo di rinegoziazione, ma affermano che, ove il creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa rifiuti di cooperare con il debitore per addivenire a un accordo che gli consenta di far fronte alla situazione di difficoltà e tale rifiuto sia contrario a buona fede, il debitore avrà diritto ad un'indennità per il pregiudizio subito in conseguenza del rifiuto.

Dunque, la citata giurisprudenza riprende il rimedio dell'*indemnité d'imprévision* elaborato negli anni venti dalle pronunce del *Conseil d'État*, mentre rifiuta categoricamente la revisione giudiziale del contratto, dando più o meno per implicito il principio di diritto sancito anni prima nel caso *Canal de Craponne*. La differenza rispetto ad allora è che anche la giurisprudenza di merito si è progressivamente attestata sulla medesima linea della Cassazione, ponendo così fine al contrasto di cui si è dato conto nel paragrafo precedente. Anche le sentenze di merito che hanno affrontato il problema delle sopravvenienze attraverso il richiamo alla buona fede, declinata in chiave solidaristica, sono costanti nell'affermare che il fallimento della rinegoziazione delle condizioni contrattuali non può condurre all'imposizione di una revisione giudiziale del contratto²².

Altre pronunce hanno invece affrontato il problema delle sopravvenienze facendo riferimento alla causa del contratto. Ve ne è in particolare una del 2010 che è stata chiamata a statuire su un contratto della durata di dodici anni avente per oggetto la manutenzione di due motori di una centrale di produzione di cogenerazione dietro pagamento di un importo forfettario su base annuale²³. Nel caso di specie, l'aumento del costo delle materie prime, impattando sul prezzo dei pezzi di ricambio, aveva reso eccessivamente onerosa la prestazione di manutenzione. Di fronte al rifiuto del cliente di rinegoziare il contratto, la società incaricata della manutenzione aveva sospeso l'esecuzione della prestazione ed era perciò stata convenuta in un procedimento d'urgenza volto ad attivare il meccanismo delle *astreintes*.

La Corte d'Appello accoglieva la domanda, sul presupposto che la semplice rottura dell'equilibrio tra le prestazioni non configurava una causa di forza maggiore tale da rendere impossibile l'esecuzione della prestazione e quindi giustificarne la sospensione. La Cassazione cassava la detta sentenza motivando che i giudici di merito avevano omesso di accertare, come invece erano stati sollecitati a fare, se l'evoluzione delle circostanze economiche avesse cagionato uno squilibrio nell'economia generale del contratto, come determi-

²¹ Così nel celebre *arrêt Huard* (Cass. Com. 3 novembre 1992, 90-18.547, in *Bull. civ.* IV, 338; in *Juris-Class. Périodique*, 1993, II, 22164, con nota di G.-J. VIRASSAMY; e in *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, 124, con osservazioni di J. MESTRE; in *Defrénois*, 1993, 1377, con osservazioni di J.L. AUBERT; in *Contr. concurr. consomm.*, 1993, 45), ove la Cassazione ha confermato la decisione della sentenza d'appello nella parte in cui aveva reputato inadempiente all'obbligo di buona fede una società petrolifera che si era rifiutata di rinegoziare i termini del contratto con i suoi distributori per consentire loro di far fronte alla liberalizzazione del prezzo della benzina; e in Cass. Com. 22 décembre 1998, 96-18.357, *ivi*, 1999, 56, con commento di M. MALAURIE-VIGNAL; in *Defrénois*, 1999, 371, con osservazioni di D. MAZEAUD; in *Juris-Class. périodique*, 1999, I, 143, con osservazioni di CH. JAMIN; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, 98, con osservazioni di J. MESTRE, ove la controversia riguardava un agente commerciale incaricato di distribuire in esclusiva alcuni prodotti presso importanti grossisti e venditori al dettaglio operanti nell'area dell'Oceano Indiano, la cui prestazione era divenuta eccessivamente onerosa a causa della vendita parallela di prodotti provenienti da centrali d'acquisto che si approvvigionavano in Francia. Cfr., inoltre, più di recente e per la giurisprudenza di merito, Nancy 26 sept. 2007, RG 06/02221, in *Dalloz*, 2008, 1120, con nota di M. BOUTONNET; *ivi*, 2965, con osservazioni di S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, 295, con nota di B. FAGES; in *Rev. dr. civ.*, 2008, 759, con commento di S. CARVAL, relativa ad un contratto di fornitura di energia elettrica divenuto eccessivamente oneroso a seguito della sopravvenienza di disposizioni legislative sulle quote di emissione dei gas a effetto serra.

²² Cfr., di recente, Bordeaux 28 octobre 2015, RG 14/00668, in *Gaz. Pal.*, 2016, 16, 27, con nota di D. HOUTCIEFF.

²³ Cass. Com. 29 juin 2010, 09-67.369, in *Dalloz*, 2010, 2485, con nota di T. GENICON; in *Dalloz*, 2010, 2481, con nota di D. MAZEAUD; in *RDC*, 2011, 34, con nota di É. SAVAUX; in *JCP*, 2010, II, 1056, con nota di T. FAVARIO; in *Dr. et patr.* 2011, 200, 68-69, IV, con nota di L. AYNÉS, P. STOFFEL-MUNCK; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, 782, con osservazioni di B. FAGES.



nata dalle parti in sede di stipula, tale da privare l'obbligazione assunta di un'effettiva controprestazione e dunque da renderla «*sérieusement contestable*»²⁴. Una simile ricostruzione, però, non avrebbe mai potuto condurre alla revisione giudiziale del contratto, ma semplicemente alla sua *caducité*, una sorta di nullità o inefficacia sopravvenuta.

La ricostruzione prospettata appare pertanto poco utile, nella misura in cui non lascia alcuno spazio a rimedi manutentivi. Dal punto di vista tecnico-giuridico, poi, la ricostruzione è stata censurata dalla giurisprudenza successiva, la quale ha ribadito che la causa è un elemento genetico del contratto, uno dei presupposti essenziali della sua formazione, e come tale deve reputarsi per definizione immune alle patologie funzionali, ai mutamenti sopraggiunti nello svolgimento del rapporto²⁵.

Il riconoscimento dell'*imprévision* e soprattutto l'individuazione del “giusto rimedio” per reagire all'eccessiva onerosità sopravvenuta hanno attraversato fasi alterne anche nel dibattito dottrinale. Nel periodo successivo alla prima guerra mondiale e fino agli anni trenta del novecento, la dottrina francese si era mostrata per lo più favorevole ad ammettere l'istituto dell'*imprévision*, con opinioni diverse, però, con riguardo al suo fondamento e alle sue conseguenze sul rapporto contrattuale²⁶. Verso la fine degli anni trenta e fino agli anni ottanta, c'è stata un'inversione di tendenza, o meglio un arroccamento sui principi della forza di legge del contratto e del “*pacta sunt servanda*” e un appiattimento sulle tesi della linea più conservatrice della giurisprudenza ordinaria di legittimità²⁷.

A partire dagli anni ottanta, la dottrina sembra essersi attestata stabilmente su una linea favorevole all'*imprévision*, vuoi in nome della “giustizia contrattuale”²⁸; vuoi per la preoccupazione di non isolare la Francia rispetto agli altri ordinamenti²⁹, o rispetto alla linea adottata dai progetti di uniformazione del diritto

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cass. Com. 18 mars 2014, 12-29.453, in *Jurisclass. pér.*, G, 2014, 1116, con nota di J. GHESTIN; in *Dalloz*, 2014, 1915, con nota di D. MAZEAUD; in *Dalloz*, 2015, 529, con osservazioni di S. AMRANI-MEKKI, M. MEKKI; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2014, 884, con osservazioni di H. BARBIER; in *Rev. dr. civ.*, 2014, 345, con nota di Y-M. LAITHIER; in *Contrats, conc., consomm.*, 2014, 123, con osservazioni di L. LEVENEUR.

²⁶ Alcuni autori ritenevano che il giudice avesse il potere di revisione del contratto e giustificavano tale ingerenza con l'esigenza di dare attuazione proprio alla volontà delle parti, le quali avrebbero implicitamente convenuto che l'esecuzione del contratto fosse subordinata al permanere delle circostanze di fatto in presenza delle quali era stato stipulato (c.d. *clausola rebus sic stantibus*). Così, ad esempio, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, *Dalloz*, n. 120, il quale però cambierà opinione in séguito (cfr. *infra*); altri ritenevano che la pretesa del creditore di ottenere l'esecuzione della prestazione divenuta eccessivamente onerosa integrasse gli estremi dell'abuso del diritto e imponesse la restituzione al debitore del *surplus* maturato, secondo le regole dell'arricchimento senza causa. Così J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. 2, A. Rousseau, 1934, 382 ss., spec. 387, il quale limitava, inoltre, l'operatività dell'*imprévision* all'ipotesi in cui l'alterazione dell'equilibrio contrattuale coinvolga la generalità dei debitori in determinate categorie di contratti; e con sfumature diverse G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, *LGDJ*, 84; altri ancora auspicavano un intervento legislativo volto a riconoscere in via generale la revisione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta fondato sulla giustizia contrattuale e sull'idea, di matrice solidaristica, di un contratto vivo, dinamico e flessibile, orientato non tanto a creare diritti individuali e individualistici, quanto piuttosto ad apprestare, sotto la tutela della legge, strumenti che consentano di raggiungere fini superiori come la composizione dei reciproci interessi delle parti. Così R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 6, A. Rousseau, 1931, 632 ss., spec. 637.

²⁷ Lo riferisce D. MAZEAUD, *La revision du contrat*, in *Les Petits Affiches*, 2005, 129, 4, a proposito di un rapporto presentato in seno ai lavori per la Settimana internazionale del diritto del 1937. In questo senso, cfr. le posizioni di L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, II, 3e éd., 1939, 404 e 452, il quale sembrava così smentire l'opinione espressa qualche anno prima (ID., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, in *Dalloz*, n. 120); M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, a cura di G. RIPERT, J. BOULANGER, II, 1957, *LGDJ*, 469 ss., spéc. 471; G. MARTY e P. RAYNAUD, *Les obligations*, I, 2e éd., *Les sources*, 1989, Sirey, 249 ss.; e L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Droit civil*, 4e éd., 1966, *Précis Dalloz*, 462.

²⁸ C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in *Dr. et patr.*, 1998, 58.

²⁹ V., in particolare, B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement de circonstances*, in *Rev. dr. civ.*, 2004, 67; e EAD., *La réforme du droit français des contrats, perspective comparative*, *ivi*, 2006, 147.



a livello europeo³⁰; vuoi sulla base della constatazione dell'impatto massivo delle sopravvenienze sull'economia globale³¹. Anche nel quadro di questo rinnovato favore nei confronti dell'*imprévision*, non si può fare a meno di rilevare una persistente ritrosia della dottrina verso l'adozione del rimedio della revisione giudiziale del contratto³², insieme ad una forte convinzione che non fosse sufficiente un semplice *revirement* giurisprudenziale, ma fosse necessario l'intervento del legislatore³³.

3. – Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale di cui si è dato atto nei paragrafi precedenti ha indotto tutti i progetti di riforma del *Code civil* a contemplare una disciplina specifica dell'*imprévision*, ma dalla lettura di tali progetti emerge, anche in questo caso, una difformità di opinioni circa il rimedio più adeguato da attribuire alle parti.

L'*avant-projet* Catala del 2005 suggeriva di prevedere agli artt. dal 1135-1 al 1135-3 del codice la seguente disciplina³⁴: «Nei contratti ad esecuzione differita o periodica, le parti possono impegnarsi a negoziare una modifica di quanto pattuito per il caso in cui, per effetto delle circostanze, l'equilibrio iniziale tra le prestazioni reciproche sia alterato al punto da far perdere ad una delle parti qualsiasi interesse nel contratto medesimo»³⁵. In assenza di una previsione in tal senso, secondo la disciplina proposta, la parte che aveva perso interesse nel contratto poteva domandare al presidente del *Tribunal de grande instance* di ordinare una nuova negoziazione. In caso di fallimento della nuova negoziazione, salvo che questo fosse dipeso dalla mala fede di una delle parti, ciascuna aveva facoltà di risolvere il contratto senza costi e senza dover risarcire alcun danno.

Il primo elemento che emerge dalla formulazione proposta è l'assenza del termine *imprévision* e del requisito dell'imprevedibilità o dell'eccezionalità delle sopravvenienze capaci di alterare l'equilibrio contrattuale. Il riferimento alle semplici «circostanze», ed implicitamente al loro sopravvenuto mutamento, rievoca

³⁰ V. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, in P. REMY-CORLAY e D. FENOUILLET, (a cura di), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris, 2003, 175 ss.

³¹ B. DEFFAINS, S. FERREY, *Théorie économique de l'imprévision*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, 719; M.-L. CARTIER-MARRAUD, O. AKYUREK, *Crise économique et révision des contrats. Une approche pratique des règles applicables*, in *Gaz. Pal.*, 2009, 2; L. JUHAN, *Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation*, in *RLDC*, 2009, 58, 4.; B. CAVALIE, *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise. Quel avenir pour la théorie de l'imprévision?*, *ivi*, 2009, 62, 53; J.A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, *ivi*, 2009, 62, 49; H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Rev. int. dr. économ.*, 2001, 3, 339-373.

³² Cfr., per esempio, P. MALAURIE, *Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats*, in *Jurisclass. pér.*, 2008, I, 204; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Études P. Didier*, 2008, *Economica*, 273; É. SAVAUX, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français*, in *Rev. dr. civ.*, 2010, 1057; nonché F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11ème éd., 2013, Dalloz, n. 471.

³³ Cfr., tra le molte voci, D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 2015, Larcier, 241.

³⁴ *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément Grade des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, disponibile sul sito www.justice.gouv.fr.

³⁵ Traduzione dell'Autrice. Nella formulazione originale si legge: «Art. 1135-1. *Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles.* Art. 1135-2. *A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation.* Art. 1135-3. *Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage.*»



con evidenza la logica della clausola *rebus sic stantibus*³⁶. Come si legge nelle osservazioni in calce alla norma e nella presentazione del progetto³⁷, a guisa di replica a quanti auspicavano un intervento più audace sull'*imprévision*, l'omissione era intenzionale e dettata dall'esigenza di invitare le parti a premunirsi inserendo esse stesse nel contratto clausole capaci di gestirne le eventuali fasi patologiche.

Ove non l'avessero fatto, la disciplina intendeva comunque incoraggiarle ad optare per una soluzione negoziata – si legge nella relazione illustrativa – di natura transattiva. A ben guardare, ma l'osservazione verrà approfondita in seguito, qui il legislatore francese ha voluto adottare un approccio proattivo verso l'autonomia privata che è più tipico di quegli ordinamenti, segnatamente afferenti alla tradizione di *common law*, nei quali manca *ab origine* una codificazione e dunque l'autoregolamentazione, il “positivismo della prassi” è da sempre una necessità³⁸.

Il secondo elemento che emerge è la scelta di giustificare la possibilità di mettere in discussione il vincolo contrattuale, sì come originariamente configurato, alla luce della perdita d'interesse nel contratto, il che sarebbe stato, sempre secondo le osservazioni, più in linea con il carattere oneroso dei contratti cui l'istituto si applica. Soprattutto nell'ottica di un osservatore italiano, è inevitabile l'associazione di idee con la nota giurisprudenza della Cassazione in tema di causa concreta, ove si giustificava la risoluzione del contratto ad un sopravvenuto mutamento delle circostanze tale da far venir meno la causa concreta e determinare proprio la

³⁶ Com'è noto i contributi che la dottrina italiana ha dedicato alla teoria in questione sono numerosissimi: per limitarsi ai “classici”, cfr. G. OSTI, *La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1; ID., *Appunti per una teoria della «sopravvenienza»*. *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471; ID., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Nov. dig. it.*, III, Utet, 1959, 356 ss.; E. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 297; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309; e A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza» (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Cedam, 1941; G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988. Per una ricostruzione completa cfr. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, 1992, 13 ss.; e ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VI, Utet, 2011, 805.

³⁷ Nella relazione illustrativa (ivi, 17 ss.) si legge: «*Le pouvoir des parties est sollicité dans un autre domaine: la prévention contractuelle des difficultés d'exécution à venir, ou, à défaut, l'organisation d'une renégociation sous l'impulsion du Juge: c'est l'apport des articles 1135-1 et suivants introduits dans notre législation civile. À ceux qui ne se lassent pas de regretter l'absence du traitement de l'imprévision en droit civil français, il faut rappeler que le contrat, acte de prévision par essence, se doit de prévoir les difficultés, et qu'il n'ait de solution meilleure que celle qui aura été négociée par les parties concernées elles-mêmes. Aussi n'est – il pas fait allusion délibérément à l'imprévision. Le succès jamais démenti du contrat de transaction comme mode alternatif de résolution des litiges et de nos jours les appels au développement de la médiation comme autre mode négocié de solution en témoignent suffisamment. La pratique le sait bien d'ailleurs qui stipule des clauses de renégociation en cas de survenance de difficultés graves. Aussi, placée au centre du dispositif, la négociation des parties est une fois encore sollicitée mais il est cependant apparu nécessaire de l'encadrer lorsqu'elle intervient dans ces situations pour envisager et le silence des parties et l'échec de leur négociation. Tel est l'apport de ces dispositions. Les parties sont encouragées à stipuler des clauses de renégociation de leur contrat pour le cas où il adviendrait que par l'effet des circonstances l'équilibre initial de leurs prestations fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles (art 1135-1). Gage de la sécurité des transactions, la modification est liée à la perte de l'intérêt au contrat, à la fois mesure et preuve de la gravité du déséquilibre. Hommage à la vertu du contrat, la solution est négociée. À défaut de pareille clause, hypothèse qu'on ne saurait négliger, la partie qui perd son intérêt au contrat peut demander au Juge, le président du tribunal de grande instance, qu'il ordonne la négociation salvatrice (1135-2). Et l'échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de demander la résiliation sans frais ni dommages (1135-3): l'intérêt au contrat disparu, celui-ci peut disparaître. Implicitement, celui qui tiendra au contrat, saura faire les concessions nécessaires pour allouer à son cocontractant le minimum d'avantages pour l'encourager à poursuivre leur relation contractuelle. Par ce dispositif original, il est fait écho aux dispositions de l'article 900-2, en tenant compte du caractère onéreux de la situation concernée; l'unité d'inspiration des solutions applicables aux conséquences des changements de circonstances est ainsi établie, gage de l'harmonie du dispositif».*

³⁸ Per considerazioni più approfondite sull'approccio in questione nella prospettiva del giurista italiano, sia consentito rinviare a L. COPPO, *Contract As a Tool for Getting-To-Yes: A Civil Law Perspective*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.



perdita dell'interesse del creditore nel rapporto³⁹. Nell'ottica francese, si coglie un richiamo implicito a quella giurisprudenza della *Cour de Cassation*, riportata nei paragrafi precedenti, che rileggeva il problema delle sopravvenienze in chiave causalista.

Più incisiva si è rivelata la seconda proposta di riforma, presentata nel 2008, il c.d. *avant-projet* Terré⁴⁰. L'art. 92 del progetto prevedeva che le parti fossero tenute a rinegoziare i termini del contratto quando la sua esecuzione era divenuta eccessivamente onerosa per una di loro a seguito di un mutamento imprevedibile delle circostanze di cui non avevano accettato di assumersi il rischio al momento della conclusione del contratto. In mancanza di accordo, il giudice aveva il potere non solo di risolvere il contratto, ma anche di adattarlo «tenendo conto delle legittime aspettative delle parti».

Ancora diversa era la versione proposta dalla Cancelleria, la cui bozza è stata parimenti diffusa nel 2008⁴¹. L'art. 136 si limitava a prevedere che quando un mutamento delle circostanze imprevedibile e insuperabile rende l'esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumersene il rischio, quest'ultima può chiedere alla controparte di rinegoziare il contratto, ma durante tale rinegoziazione deve continuare ad adempiere alla propria obbligazione. In caso di mancato raggiungimento di un accordo o di rifiuto di rinegoziare, la norma attribuiva al giudice il potere di procedere all'adattamento del contratto, col consenso di entrambe le parti, o, in difetto di tale consenso, risolvere il contratto medesimo alle condizioni da lui stabilite».

La formula è stata riproposta nell'art. 1196 dal progetto di riforma presentato dalla medesima Cancelleria nel 2015, collocato nella sottosezione dedicata all'effetto obbligatorio del contratto, con un'importante differenza: il potere del giudice di procedere all'adattamento del contratto non era subordinato semplicemente al consenso delle parti, ma alla domanda congiunta delle medesime⁴². Questo significa che il giudice non avrebbe avuto neppure la possibilità di agire come “facilitatore”, cioè di dare impulso o comunque favorire l'accordo delle parti, essendo quest'ultimo, a monte, condizione dell'instaurazione della lite⁴³.

Per rimediare a tale criticità, l'*ordonnance* del 2016 ha previsto che, nel caso in cui le parti non riescano a raggiungere un accordo – vuoi sulla modifica negoziata delle condizioni contrattuali, vuoi sulla risoluzione del contratto e sui tempi e le modalità di quest'ultima, vuoi sulla domanda di adeguamento giudiziale del contratto medesimo – una di esse possa rivolgersi al giudice per domandare la revisione. Tale rimedio, pur criticato al punto che molti volevano eliminarlo, è stato mantenuto anche a seguito della legge di ratifica del 2018.

³⁹ Per citare le sentenze più note, cfr. Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, 1133 ss., con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*; e Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contr.*, 2008, 786, con nota critica di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*.

⁴⁰ Il progetto si è articolato in tre sezioni: F. TERRÉ (a cura di), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009; ID., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011; e ID., *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

⁴¹ *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats*, consultabile sul sito www.textes.justice.gouv.fr/projets-de-reformes-10179/reforme-du-regime-des-obligations-et-des-quasi-contrats-22199.html.

⁴² *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, consultabile sul sito www.justice.gouv.fr.

⁴³ Per una critica su questi profili, cfr. S. PIMONT, *Le traitement juridique de l'imprévision dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Deux exercices d'interprétation*, in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations, Comparaisons franco-argentine*, Association Henri Capitant, Journée nationale, XIX, Savoie, 2015, 68; N. MOLFESSIS, *Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats*, in *Jurisclass. pér.*, 2015, 1415; Y. PICOD, *L'imprévision contractuelle*, in *La réforme du droit des contrats*, Montpellier, 2015, 165.



Così la formulazione attuale dell'art. 1195 *code civil* dispone che «se un mutamento delle circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto ne rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumersi tale rischio, quest'ultima può chiedere alla controparte una rinegoziazione del contratto, continuando ad adempiere alle proprie obbligazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto della controparte o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono convenire la risoluzione del contratto, con i tempi e le modalità da esse stabilite, o domandare congiuntamente al giudice di procedere al suo adeguamento. Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo entro un tempo ragionevole, il giudice può, su domanda di una di esse, procedere alla revisione del contratto o pronunciarne la risoluzione nei tempi e con le modalità da lui stabilite⁴⁴».

4. – Come si può notare già ad una prima lettura, la nuova disciplina appare piuttosto minimale. Dal punto di vista dei presupposti dell'*imprévision*, il legislatore francese: ha ommesso di stabilire i parametri, fissi o variabili, alla luce dei quali il giudice deve valutare l'alterazione dell'equilibrio contrattuale; nel fare salva dall'applicazione della norma l'ipotesi in cui la parte vittima dell'eccessiva onerosità si sia assunta il rischio di un mutamento di circostanze non ha risolto l'ambiguità circa la necessità che tale assunzione sia espressa o invece la possibilità che sia anche solo implicita; non ha previsto nulla con riguardo ai contratti tipicamente aleatori; non ha chiarito quale debba essere il parametro di riferimento dell'eccessiva onerosità, se la prestazione oggettivamente intesa o anche le condizioni soggettive del debitore; e non ha specificato se l'eccessiva onerosità della prestazione ricorra anche quando la controprestazione è divenuta imprevedibilmente vantaggiosa per l'altra parte (c.d. *imprévision positive*).

Dal punto di vista del sistema rimediabile, il legislatore francese non ha chiarito se la rinegoziazione sia una facoltà delle parti oppure un obbligo, il cui inadempimento sia suscettibile di comportare il diritto al risarcimento del danno o quantomeno di essere valutato dal giudice nel disporre gli altri rimedi o nella decisione sulle spese processuali; non ha specificato la soglia oltre la quale l'obbligo di rinegoziazione possa reputarsi adempiuto e quindi sia consentito il ricorso all'autorità giudiziaria; non ha chiarito quale sia la conseguenza processuale del mancato preventivo esperimento della rinegoziazione. Inoltre, il legislatore francese ha ommesso di istituire qualsiasi gerarchia tra i rimedi manutentivi e il rimedio ablativo ed ha generato notevole incertezza sulla natura di quest'ultimo, posto che ne ha rimesso la modulazione degli effetti alla decisione del giudice.

Al di là delle lacune appena illustrate – che potrebbero sollevare una serie di problemi applicativi, anche con riguardo alla distinzione tra l'*imprévision* e altri istituti affini (segnatamente l'impossibilità della prestazione, l'inesigibilità e il sopravvenuto difetto della causa concreta del contratto), ma non sono ancora state sottoposte al vaglio della giurisprudenza francese – la nuova disciplina contenuta nell'art. 1195 *code civil* si presta ad alcune osservazioni più specifiche. La prima osservazione è che l'ambito di applicazione non è più ristretto, com'era nei primi progetti, ai contratti con esecuzione differita o periodica, ma esteso indifferente-

⁴⁴ Traduzione italiana dell'Autrice. La versione originale in lingua francese dell'art. 1195, come modificata dall'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, recita: «*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. 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*».



mente a tutti i contratti. Questo è però vero soltanto in apparenza, giacché, non appena si volge lo sguardo al sistema nel suo complesso, ci si accorge che esistono molteplici discipline speciali, previste per singoli tipi contrattuali, in deroga all'art. 1195 *code civil*⁴⁵.

Innanzitutto, l'art. 8 della legge di ratifica dell'*Ordonnance*, la *loi* 2018-287 del 20 aprile 2018 ha introdotto nel *Code monétaire et financier*, paragonabile per un giurista italiano al T.U.F., una norma, l'art. 211-40-1, volta ad escludere l'applicazione dell'art. 1195 *code civil* alle obbligazioni derivanti da operazioni sui titoli e i contratti finanziari *ivi* contemplati. In secondo luogo, sono sopravvissute alla riforma diverse norme che per determinati tipi di contratti escludono il rimedio dell'adeguamento giudiziale (è il caso, ad esempio, dell'art. 1793 *code civ.* in materia di appalto *à forfait*) o prevedono autonomi criteri di adeguamento del contratto (disposizioni *ad hoc* sono previste, in particolare, per le rendite vitalizie e le locazioni abitative e commerciali), nonché alcune norme che attribuiscono alle parti rimedi contro mutamenti di circostanze tali non da alterare l'equilibrio contrattuale, ma da rendere più difficile l'esecuzione o da incidere negativamente sull'interesse del creditore.

Tra queste, sono particolarmente significativi l'art. 1231-5 *code civil* che permette al giudice di ridurre o aumentare la clausola penale rivelatasi manifestamente eccessiva o irrisoria; il nuovo art. 1186 *code civil* che prevede il rimedio della *caducité* per il caso in cui uno degli elementi essenziali del contratto sia successivamente venuto meno; e l'art. 900-2 *code civil* che consente al donatario o al legatario di ottenere la revisione delle condizioni stabilite nel *modus* quando l'esecuzione di questo sia divenuta particolarmente difficile o gravemente pregiudizievole a seguito di un mutamento delle circostanze. A questo quadro bisogna aggiungere i frammenti di disciplina introdotti dalla legislazione emergenziale adottata per far fronte alla pandemia di covid-19, il cui impatto sull'*imprévision* è però pressoché nullo, salvo quanto si dirà a breve⁴⁶.

La seconda osservazione è che la norma in esame impone al debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa di non sospenderne l'esecuzione neppure mentre tenta di rinegoziare con l'altra i termini del contratto. Ora, se è evidente che tale previsione è dettata dall'esigenza di assicurare il soddisfacimento dell'interesse creditorio e di ridurre al minimo i danni che possono derivare dalle sopravvenienze, in linea con la logica espressa dal principio di autoresponsabilità o, secondo la declinazione anglo-americana, dal generale *duty to mitigate losses*⁴⁷, appare nondimeno iniquo far anticipare integralmente i costi delle sopravvenienze medesime alla parte che le subisce.

È vero che questa parte potrà poi ottenere, in un modo o nell'altro, un riequilibrio, ma è parimenti vero che ciò sarà possibile solo in un secondo momento, peraltro non ben definito, visto che il processo di rinegoziazione può durare un tempo considerevole e il ricorso all'autorità giudiziaria è subordinato a questo. Allora, tale situazione rischia di gravare il debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa di una

⁴⁵ Per un elenco esaustivo e ragionato, cfr. P. ANCEL, *op. cit.*, 106 ss.

⁴⁶ Si fa riferimento, in particolare, all'*ordonnance* n° 2020-319 *portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics*, che, pur non disciplinando i contratti tra privati e quindi non impattando direttamente sull'art. 1195 cod. civ., assume notevole rilevanza sistematica nel quadro di una riflessione sull'*imprévision*; e all'*ordonnance* n° 2020-315, «*relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure*», la quale deroga agli effetti che il codice civile francese riconduce all'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Per una riflessione sul tema cfr. C.E. BUCHER, *Contrats: la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19?*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2020, 1 ss.

⁴⁷ Sulla universalità dei principi appena richiamati, quantomeno nell'ambito del diritto delle obbligazioni, cfr., in particolare, ancorché non molto recente, C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virg. L. Rev.*, 69, 1983, 967.



pressione psicologica tale per cui egli potrebbe essere indotto anche ad accettare un accordo sfavorevole, pur ottenere in tempi rapidi quel *surplus* di provviste necessario a proseguire l'attività.

Non è un caso, che, come già sottolineato, a fronte della medesima esigenza di evitare la sospensione dell'esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa, la giurisprudenza amministrativa francese abbia previsto il rimedio dell'*indemnité d'imprévision*, che consente un intervento molto più immediato e mirato sull'equilibrio contrattuale. Pare significativo che la soluzione appena richiamata sia stata accolta dal legislatore della pandemia, là dove, con l'art. 6 dell'*ordonnance* n. 2020-319, ha previsto il diritto del concessionario di servizi o lavori pubblici a percepire un'indennità volta a compensare il sovrapprezzo che dovrà sostenere nell'esecuzione, anche parziale, della prestazione, quando per questa siano richiesti mezzi supplementari non previsti nel contratto originario e costituenti un onere manifestamente eccessivo in rapporto alla situazione finanziaria del concessionario medesimo⁴⁸.

La terza e ultima osservazione è che permane nell'art. 1195 *code civil* la logica della sussidiarietà dell'intervento del giudice rispetto all'autoregolamentazione delle parti, o meglio, l'idea che l'autonomia privata non vada semplicemente "rispettata" o agevolata, ma persino incoraggiata. Questo, nella percezione del legislatore francese è probabilmente stato l'elemento di maggiore modernità della riforma, capace di rendere il diritto francese di nuovo attrattivo e soprattutto competitivo rispetto a quello anglo-americano, che nella contrattualistica internazionale gode ormai di un indiscusso monopolio.

Se per stabilire l'impatto della riforma sull'*appeal* del diritto francese bisognerà ancora attendere qualche tempo, ciò che si può constatare per il momento è che l'intento del legislatore di "educare" le parti all'autonomia sembra essere riuscito. In effetti, pur con l'avvento della pandemia che ha risollevato in una prospettiva di sistema il problema delle sopravvenienze, non constano sentenze in cui il giudice abbia dovuto procedere all'adattamento o alla revisione del contratto ai sensi dell'art. 1195 *code civil*, o che abbiano affrontato il problema della rinegoziazione. Le poche pronunce che menzionano la norma, ne hanno escluso l'applicabilità: si trattava per lo più di quei contratti in cui, come si è detto, era già prevista una disciplina *ad hoc*, evidentemente più sfavorevole per la parte colpita dall'eccessiva onerosità, la quale cercava dunque di avvalersi del rimedio generale apprestato dall'art. 1195 *code civil*.

La portata della conclusione dovrebbe però essere ridimensionata alla luce di due considerazioni. La prima è che in realtà, come si è detto, la giurisprudenza francese aveva già avviato da tempo questo processo di persuasione delle parti circa l'opportunità di premunirsi convenzionalmente contro il problema dei sopravvenuti mutamenti delle circostanze. Dunque, se oggi le parti hanno familiarità con le clausole di *hardship*, lo si deve ad una progressiva evoluzione della contrattazione stimolata dalla giurisprudenza e dalla lacuna legislativa, non tanto alla riforma.

La seconda è che non necessariamente la strategia del legislatore francese si rivelerà, nel lungo e medio periodo, deflattiva del contenzioso che ruota intorno al problema dell'*imprévision*. Sembra ragionevole che ci si possa attendere uno slittamento del contenzioso sui problemi tipicamente legati alle soluzioni negoziate e cioè quello delle asimmetrie di potere o "dell'abuso di autonomia contrattuale" e quello dei vizi del con-

⁴⁸ *Ordonnance n. 2020-319 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics*, cit. La norma in questione prevede testualmente quanto segue: «lorsque, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire».



senso, tra i quali molto significativamente rientra per effetto della riforma del 2016 la *violenza économique*, assimilabile all'abuso di dipendenza economica previsto dalla legge italiana sulla subfornitura, ma esteso alla generalità dei contraenti⁴⁹.

5. – Per concludere questa breve riflessione sulla riforma francese e sull'impatto che essa ha prodotto nell'ordinamento a distanza di cinque anni, pare fisiologico interrogarsi, in un clima scientifico che da diversi anni è orientato ad un *restyling* del codice civile italiano sotto molteplici profili e da molteplici prospettive⁵⁰, sull'opportunità di recepire la soluzione dell'art. 1195 *code civil*, almeno nella parte in cui invita i contraenti ad autoregolamentare preventivamente l'eventuale fase patologica del rapporto contrattuale, nella parte in cui contempla l'obbligo – ma sarebbe forse più corretto dire l'onere – di rinegoziazione del contratto e nella parte in cui ne prevede l'adeguamento o la revisione giudiziale.

La ricerca di una risposta all'interrogativo non può prescindere da un, pur inevitabilmente sintetico, richiamo allo stato dell'arte del dibattito italiano, anche alla luce dei più recenti contributi dottrinali sollecitati dall'avvento della pandemia. *De jure condito*, com'è ben noto, la soluzione del codice vigente al problema delle sopravvenienze è stata quella di: a) non prevedere la rinegoziazione, né come onere né come obbligo, salvo contemplare la possibilità per la parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitare tale conseguenza offrendo di ricondurre il contratto ad equità; b) non attribuire al giudice alcun potere di revisione del contratto, neppure in subordine alla mancata accettazione dell'offerta di riconduzione ad equità; c) non prevedere in capo alla parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa alcun diritto di sospendere l'esecuzione; d) non prendere in considerazione le clausole di *hardship*.

De jure condendo, com'è altrettanto noto, il disegno di legge per la riforma del codice civile italiano propone di mutare il quadro prevedendo, in prima battuta, il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede», e in subordine, cioè in caso di fallimento della rinegoziazione, il diritto di «chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti»⁵¹. Come si può notare, la soluzione proposta non è dissimile da quella accolta dal codice civile francese, salvo per alcuni aspetti: a) il disegno tace sul diritto della parte svantaggiata a sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta mentre il *code* vieta espressamente la sospensione; b) il disegno stabilisce un criterio di massima, benché piuttosto flessibile se non vago, cui il giudice deve parame-

⁴⁹ L'art. 1143 *code civil*, per il vero, fa riferimento alla dipendenza in generale, senza richiamare esplicitamente la dipendenza economica, così il rapporto del Presidente della Repubblica sulla riforma ha chiarito che la nuova fattispecie di violenza non è limitata all'abuso di dipendenza economica, ma mira, più in generale, alla tutela delle «persone vulnerabili». Per un approfondimento sulla casistica in tema di violenza economica, cfr. M. MEKKI, *Droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 570. L'introduzione del divieto è frutto del recepimento di un orientamento giurisprudenziale consolidato, che già da tempo riconosceva quale ipotesi di violenza l'abuso di dipendenza economica. Cfr. in particolare Cass. 30 maggio 2000, n. 98-15.242, in *Bull. civ.*, I, 169; e Cass. 3 aprile 2002, n. 00-12.932, *ivi*, I, 108, le quali hanno affermato che «solo lo sfruttamento abusivo di una situazione di dipendenza economica posto in essere per trarre profitto dal timore di un male che minaccia direttamente gli interessi legittimi della persona può viziare il contratto di violenza economica». Da qui la giurisprudenza ha ricavato il requisito del profitto eccessivo.

⁵⁰ L'introduzione della possibilità per le parti di pretendere la rinegoziazione del contratto è stata prevista dall'art. I, comma I, lettera i) del disegno di legge presentato in Senato il 19 marzo 2019 (d.d.l. n. 1151), su cui v. L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 5, 2019. Sul punto cfr. il documento redatto dal presidente dell'Associazione Civilisti Italiani: A. GENTILI, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 236 ss.

⁵¹ D.d.l. n. 1151, cit.



trare l'adeguamento, mentre il *code* non ne menziona alcuno; c) il disegno non contempla uno spazio per l'allocazione convenzionale del rischio.

Nell'attesa di un intervento legislativo⁵², comunque auspicato da più parti soprattutto a seguito della pandemia⁵³, si può affermare che la dottrina, pur non senza voci contrarie, abbia riconosciuto cittadinanza all'obbligo di rinegoziazione per il tramite della buona fede integrativa⁵⁴. Dal canto suo, la giurisprudenza è andata gradualmente nella medesima direzione: alcune pronunce, risalenti ma espressione di un orientamento costante, hanno affermato il potere del giudice di sindacare il rifiuto dell'offerta di riconduzione ad equità del contratto e di pronunciare, in caso di contrarietà del medesimo a buona fede, una sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ.⁵⁵; una recente, però controversa, pronuncia di merito ha espressamente configurato l'obbligo di rinegoziare, a fronte della sopravvenuta pandemia di Covid-19, le condizioni di un contratto di locazione commerciale e riconosciuto, in caso di fallimento delle trattative, il potere di revisione del contratto in capo al giudice⁵⁶; la Corte di Cassazione ha preso posizione in senso positivo rispetto alla rinegoziazione in una sua relazione tematica, sempre di epoca pandemica⁵⁷.

Nel dibattito restano aperti due problemi fondamentali: il contenuto dell'obbligo di rinegoziazione e le conseguenze del suo inadempimento, segnatamente la possibilità di attribuire al giudice sostanzialmente un potere di revisione del contratto attraverso la sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 cod. civ.⁵⁸.

⁵² Così F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 205; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. civ. com*, Emergenza Covid-19, 2020, 5; A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito* (ma v. anche A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020). Non auspica un intervento legislativo, ma ritiene configurabile un obbligo di rinegoziazione fondato sulla buona fede "conservativa" M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actual. jur. iberoam.*, 12-bis, mayo 2020, 314 ss. In senso critico circa la configurabilità di un obbligo di rinegoziazione dei contratti il cui equilibrio è stato alterato dalla pandemia cfr., invece, A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, *ivi*, 236 ss. Più in generale, v. E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, *ivi*, 274 ss. In giurisprudenza, cfr. la controversa decisione del Tribunale di Roma: Trib. Roma 27 agosto 2020, cit.

⁵³ Occorre però tenere presente, come condivisibilmente osserva G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actu. jur. iberoam.*, 12-bis, mayo 2020, 422 ss., 429, invocare «la necessità di una nuova disciplina della rinegoziazione [...] trascura che l'incidenza dell'emergenza Covid-19 e delle relative misure di contrasto non si attegga, generalmente, a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta» tantomeno con riguardo al problema dei contratti di locazione (su cui era della medesima opinione già U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, 7 ss.).

⁵⁴ Per una prospettiva aggiornata sul tema v. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, 2018; congiuntamente a F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 585 ss.

⁵⁵ Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 320, con nota di G. FORTUNATO, *Natura dell'offerta di reductio ad aequitatem e limiti per farla valere nel processo*; e analogamente, ma in tema di rescissione, Cass. 13 febbraio 1951, n. 351, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 108, con nota di F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*; nonché Cass. 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro it.*, 1954, I, c. 755. In dottrina v., in particolare, E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 576 ss. Per una proposta di applicazione della valutazione in esame anche al rifiuto del creditore di accettare la prestazione divenuta parzialmente impossibile ex art. 1464 cod. civ., sia consentito rinviare a L. COPPO, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, in *Actualidad jur. iberoam.*, maggio 2020, 396 ss., *passim*.

⁵⁶ Trib. Roma 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2433, con nota di G. SICCHIERO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*; nonché *ivi*, 2439, con commento di P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – emergenza covid e revisione del contratto*.

⁵⁷ Relazione tematica n. 56, dell'8 luglio 2020, con oggetto Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale.

⁵⁸ V. per tutti F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, 2004, spec., 90 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, 2014, spec. 272 ss.; A.



Sul contenuto dell'obbligo di rinegoziazione si registrano in dottrina tre posizioni⁵⁹: per alcuni rinegoziare significherebbe semplicemente dare avvio ad una trattativa volta al raggiungimento di un accordo modificativo del contratto (un mero obbligo a trattare)⁶⁰; per altri, all'estremo opposto, rinegoziare significherebbe portare a termine la trattativa raggiungendo il risultato finale dell'accordo (dunque un vero e proprio obbligo a contrarre); secondo una tesi intermedia, invece, rinegoziare significherebbe impegnarsi in una trattativa seria sì da individuare i criteri per una revisione del contratto⁶¹. Quest'ultima sembra essere la posizione accolta anche dalla Corte di Cassazione nella citata relazione tematica⁶².

In effetti, la lettura appena prospettata sembra condivisibile in quanto, oltre a porsi in linea con la citata giurisprudenza sull'offerta di riconduzione ad equità⁶³, presenta il vantaggio, da un lato di scongiurare il rischio di svuotare di significato l'obbligo di rinegoziazione e, dall'altro, di mitigare, come meglio si chiarì-

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 667 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*; G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 540 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss. Sul rapporto tra autonomia privata e rinegoziazione del contratto cfr., inoltre, per un contributo recente, M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 20411 ss.

⁵⁹ Per un recente contributo specificamente dedicato al profilo in esame cfr. S. THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur.*, 2020, 631 ss.

⁶⁰ Così, per esempio, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 133, per il quale l'obbligo di rinegoziazione sarebbe qualificabile come "di risultato" soltanto ove le parti medesime avessero fornito i parametri per l'adeguamento del contratto. Precisano che l'obbligo di rinegoziazione è "di mezzi" e non "di risultato", per impiegare una distinzione criticata ma evocativa, altresì A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCA (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa*, Milano, 1992, 56; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., 1209; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo delle parti*, in *Obbl. contr.*, 2012, 453; nonché E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 807. Sulla questione v. i rilievi critici di F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 611 ss., il quale rileva che il vincolo a rinegoziare «sembra discostarsi dalla forma e dalla funzione dell'obbligazione e assume piuttosto quelle proprie del mero obbligo di condotta» e trae questa conclusione dalla constatazione per cui il vincolo in esame resta «nella dimensione della mera regola di contegno che si pone troppo a distanza nella realizzazione dell'interesse finale, auspicato ma non dovuto, per rivelarsi produttiva di un risultato specifico, apprezzabile in termini di utilità idonea a inserirsi nella serie teleologica che conduce al soddisfacimento dell'interesse finale».

⁶¹ Cfr. G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., *passim*, spec. 193. Mette in luce la criticità di questo filone S. THOBANI, *op. cit.*, *passim*.

⁶² Nella relazione tematica n. 56, cit., si legge: «E rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute. Verosimilmente sarà il contraente svantaggiato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, indicando altresì le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite. L'altro contraente dovrà condurre la rinegoziazione in modo costruttivo. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti, nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione del contratto, sono anche in quest'occasione offerti dalla clausola generale di buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), che non è regola sul contenuto ma giustappunto sulla condotta. I parametri di concretizzazione della clausola generale sono inevitabilmente flessibili e si traggono dalle circostanze, dagli usi e dalla natura dell'affare. Quest'ultima, segnatamente, è connessa al risultato che le parti si sono prefissate mediante la stipula del contratto, desumibile dalle singole obbligazioni *ivi* dedotte ma anche dal contesto di mercato in cui il contratto opera. L'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente. Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto)».

⁶³ Sul punto sono molto interessanti le osservazioni di M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 907 ss., *passim*.



rà a breve, le criticità sollevate dall'applicazione dell'art. 2932 cod. civ. – si basa sull'assunto per cui il dovere di comportarsi secondo buona fede in pendenza delle trattative ex art. 1337 cod. civ. assume qui una declinazione diversa rispetto alla valenza che le viene attribuita in fase precontrattuale. Se lì l'avvio della trattativa è libero, qui è invece vincolato; allora la buona fede non implica soltanto il dovere di non ledere l'affidamento della controparte nella conclusione dell'accordo modificativo, ma impone un *quid pluris*, cioè il dovere di non rifiutare tale accordo ogniqualvolta le modifiche *ivi* proposte realizzino una composizione ragionevole e proporzionata degli interessi delle parti alla luce del mutamento di circostanze provocato dalla sopravvenienza⁶⁴.

Sul piano rimediabile, cioè sulla questione di quale sia lo strumento per conferire «forza di legge» all'obbligo di rinegoziazione, le conseguenze che si traggono da ciascuna delle posizioni sopra riportate sono queste: nel caso in cui si ritenga configurabile un mero obbligo delle parti ad iniziare le trattative, il mancato adempimento dovrebbe comportare soltanto conseguenze risarcitorie per equivalente, limitate nel *quantum* all'interesse negativo⁶⁵; nel caso in cui si reputi configurabile un obbligo di contrarre, il mancato adempimento dovrebbe attribuire alla parte fedele il diritto a pretendere dal giudice la revisione del contratto a titolo di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ.⁶⁶; ove si sostenga la posizione intermedia, il mancato adempimento dell'obbligo dovrebbe dar luogo al risarcimento del danno per equivalente parametrato anche all'interesse positivo⁶⁷, oppure parametrato alla perdita della *chance* di ottenere nuove condizioni contrattuali⁶⁸.

L'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione dovrebbe, inoltre, com'è stato correttamente rilevato, legittimare la controparte a sospendere in autotutela l'esecuzione della prestazione dovuta avvalendosi dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ.⁶⁹. Ove non fosse configurabile un inadempimento, taluni hanno sostenuto la possibilità per il creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa di avvalersi dell'eccezione dilatoria prevista dall'art. 1461 cod. civ. per il caso di mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti, fino a che il rapporto non viene riequilibrato⁷⁰. La tesi è più che condivisibile, giacché altrimenti si giungerebbe al paradosso, che già si sottolineava commentando la soluzione francese, di imporre alla parte di

⁶⁴ G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 134.

⁶⁵ In questa direzione, A. GENTILI, *La replica*, cit., 711 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., 1216; E. TUCCARI, *Soppravvenienze*, cit., 290. In senso contrario, pur muovendo, come si è detto, dalla premessa per cui la rinegoziazione è un obbligo a trattare e non di contrarre, G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 134, il quale, attribuendo alla buona fede una valenza diversa rispetto a quella che viene in gioco quando le parti negoziano un contratto *ex novo*, rifiuta di assimilare la responsabilità per inadempimento di tale obbligo a quella precontrattuale.

⁶⁶ In questo senso, M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Giuffrè, 1992, 316; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 426 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Giuffrè, 2011, 973; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 582 ss., il quale propone, all'uopo, un'interpretazione evolutiva dell'art. 2932 cod. civ., o, come alternativa per realizzare l'effetto coercitivo dell'obbligo di rinegoziazione, l'impiego del meccanismo delle *astreintes* previsto dall'art. 614-bis cod. proc. civ.

⁶⁷ Così, con le precisazioni di cui sopra, G. MARASCO, *op. ult. cit.*, 144 e 176; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium iuris*, 2007, 537; e F. TRUBIANI, *La rinegoziazione*, cit., 453, i quali ritengono che l'interesse positivo debba parametrarsi al contratto originario e che quindi debba essere corrisposta l'utilità che il contraente avrebbe tratto dal contratto nel caso in cui non si fosse verificata la sopravvenienza; nonché F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 403; e V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, 2000, 278, i quali sostengono, invece, che l'interesse positivo debba parametrarsi alla situazione *post-sopravvenienza*, e quindi all'utilità che il contraente avrebbe tratto dal contratto stipulato alle nuove condizioni.

⁶⁸ E. DEL PRATO, *Sulle clausole*, cit., 809.

⁶⁹ Così, per tutti, G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 168; ed E. DEL PRATO, *Sulle clausole*, cit., 808.

⁷⁰ V. M. MAGGIOLO, *op. cit.*, *passim*.



eseguire la propria prestazione con la prospettiva di ricevere una controprestazione inadeguata a soddisfare il suo interesse. La paralisi dell'esecuzione, poi, potrebbe costituire un incentivo al raggiungimento di un accordo.

Delle questioni sin qui riportate la riforma francese, al pari del disegno di legge italiano, risolve (apparentemente) quella rimediabile, nella misura in cui prevede espressamente un potere di revisione del contratto in capo al giudice in subordine al fallimento della rinegoziazione. Questa soluzione però lascia aperte una serie di criticità, che si possono sintetizzare in un problema di fondo: l'inadeguatezza dello strumento processuale e del bagaglio tecnico del giudice rispetto al compito, così delicato e interdisciplinariamente tecnico, di bilanciare le condizioni di contratti che spesso sono la risultante di calcoli ed equilibri molto complessi⁷¹. Non è solo una questione di stabilire i criteri cui il giudice deve parametrare la riconduzione del contratto ad equità, ma anche una questione di conoscenze e di "lontananza" rispetto alle realtà disciplinate dai contratti⁷².

Il legislatore francese ha cercato di ovviare all'inconveniente invitando le parti all'autoregolamentazione. Volendo calare questo invito nella realtà italiana, occorre a mio avviso fare i conti con un dato di fatto: la scarsa familiarità dei contraenti italiani, salvo nel caso di contratti commerciali con vocazione transnazionale o comunque tra imprese di grandi dimensioni, rispetto alla *governance* "dal basso" del contratto o al *contract design*, per dirla con due espressioni *à la page*.

È vero che clausole come quelle di indicizzazione o di *hardship* sono ormai diventate *standard* nei contratti di durata caratterizzati da un certo grado di relazionalità, ma si tratta spesso di clausole "copiate e incolate", che estrapolate dal loro contesto e da qualsiasi cornice ordinamentale, rischiano solo di aumentare e inasprire il contenzioso⁷³; e comunque il problema dell'eccessiva onerosità può porsi anche in contratti dove queste clausole non sono diffuse⁷⁴. Le medesime obiezioni potrebbero valere per l'ordinamento francese, vista la comunanza di tradizione giuridica, senonché lì, come si è detto, le parti sono da sempre state abituate ad operare in assenza di una disciplina dell'eccessiva onerosità e da sempre state incoraggiate dalla giurisprudenza a sopperire alla lacuna.

Del resto, però, la constatazione per cui la cultura italiana è poco incline alla risoluzione alternativa delle

⁷¹ Sul ruolo che assumerebbe il giudice nella revisione del contratto e sulle criticità sollevate dal compito che è chiamato a svolgere riflettono, in particolare, P. GALLO, *Revisione*, cit., 812; E. DEL PRATO, *Sulle clausole*, cit., 808; e con riguardo alle clausole di rinegoziazione che deferiscono ad un terzo l'adeguamento del contratto in caso di fallimento delle trattative, G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 151 ss.; nonché V.M. CESÀRO, *Clausola*, cit., 220 ss.

⁷² Esprime queste perplessità con maggiore approfondimento e lucidità M. MAGGIOLO, *op. cit.*, là dove, ragionando in termini di ragionevolezza della soluzione prospettata, osserva: «non si può nascondere che il dato reale, il rapporto cioè sul quale si vuole incidere con l'adeguamento del contratto, non solo può essere complesso, ma per di più al giudice giunge inevitabilmente nelle contrapposte versioni fornite dai legali delle parti in lite. E ciascuno dei legali è a sua volta edotto dal rispettivo cliente in modo spesso reticente, se non con sincerità discutibile. Per di più, la rappresentazione della vicenda è fornita al giudice sulla scorta di un materiale probatorio non di rado incompleto, perché selezionato in funzione della tesi da sostenere, oppure perché non reperito, o ancora perché ci sono state trascuratezze. Diventa evidente come questo duplice piano narrativo e queste incerte acquisizioni istruttorie quasi sempre celino al destinatario finale, al giudice, i veri termini di un affare che, nel contratto di durata del genere definito come relazionale, ha mille sfumature. È allora illusorio pensare che il giudice riesca a cogliere tutte le esigenze dei contraenti ed a tradurle in un soddisfacente adeguamento del contratto. Solo una grande fortuna potrebbe condurre a una sentenza sostitutiva dell'adeguamento volontario che effettivamente elimini gli squilibri».

⁷³ Cfr. L. COPPO, *Contract*, cit., *passim*, spec. 51 ss.

⁷⁴ Nondimeno, per un'attenta riflessione sulla possibilità e l'opportunità delle parti di stabilire sin dalla stipula del contratto criteri per il suo futuro adeguamento ad alcuni mutamenti sopravvenuti, cfr. P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento*, cit., 299. Sul tema v., inoltre, A.T. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Giuffrè, 2000; e A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.



controversie – come dimostrano peraltro i ripetuti fallimenti dei tentativi di introduzione di, più o meno vincolanti, procedure negoziate⁷⁵ – vale non solo per la negoziazione precontrattuale della ripartizione dei rischi futuri che potrebbero alterare l’equilibrio del sinallagma, ma anche per la rinegoziazione. Pare più che fondato il timore che la previsione di un obbligo legale di rinegoziazione si traduca in concreto nel “solito rituale” privo di sostanza: le parti s’incontrano una sola volta, adducono il fallimento della rinegoziazione e si rivolgono al giudice. In tal modo si rischierebbe di aggravare una procedura che invece dovrebbe essere semplice e rapida per far fronte alle esigenze dei contraenti e del mercato, come dimostra ancora una volta la soluzione dell’*indemnité d’imprévision* escogitata dalla giurisprudenza del *Conseil d’État*, che meriterebbe forse maggior ponderazione.

Ecco che allora per uscire dall’*impasse* non si può che ritornare al punto di partenza: la necessità di individuare e prevedere in via espressa strumenti volti ad incentivare il raggiungimento di un accordo tra le parti, da un lato, prevenendo delle sanzioni realmente deterrenti per il caso di fallimento della (ri)negoziazione, per esempio il meccanismo delle *astreintes* sul modello di quanto disposto dall’art. 614-*bis* cod. proc. civ.⁷⁶, oppure il risarcimento del danno da mancato adeguamento del contratto, comprensivo dell’interesse positivo, dall’altro, affiancando alle parti soggetti terzi e imparziali dotati delle competenze tecniche adeguate per aiutarle a trovare una soluzione ragionevole ed efficiente, secondo la logica del *joint gain*⁷⁷ o del giusto rimedio⁷⁸.

La soluzione astrattamente più appropriata potrebbe essere quella di devolvere il contenzioso in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta a collegi misti, sul modello dell’Arbitro Bancario e Finanziario, composti da diversi esperti del settore di attività interessato dal singolo contratto; in sostanza quella di creare un procedimento alternativo di risoluzione della controversia in cui le parti rinegozino le condizioni del contratto davanti an collegio terzo e imparziale che svolga innanzitutto il ruolo di facilitatore e poi il ruolo di arbitro o arbitratore⁷⁹. Ma una simile proposta, da un lato richiederebbe una riforma molto più estesa e pregnante e, per altro verso, necessita di un approfondimento che esula dai confini della presente riflessione.

⁷⁵ Cfr. i riferimenti contenuti nella nt. 52, *supra*.

⁷⁶ Come prospettato da F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare*, cit., 582 ss.

⁷⁷ Come insegna la dottrina americana: su questo modello di negoziazione collaborativa, contrapposto al modello *adversarial*, improntato alla logica “*I win, you lose*”, v. in particolare R.H. MNOOKIN, S.R. PEPPET, A.S. TULUMELLO, *Beyond Winning – Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Harvard University Press, 2000, *passim*; nonché C.B. CRAVER, *Negotiation Styles: The Impact on Bargaining Transactions*, in *Dispute resol. journ.*, 58, 2003, 48.

⁷⁸ Sul tema sono fondamentali, in una prospettiva di più ampio respiro, le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto processo civile*, 2011, 1-23.

⁷⁹ In questa direzione già L. RUGGERI, E. GIACOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actu. giur. iberoam.*, 12-bis, mayo 2020, 340 ss., 346, secondo cui la rinegoziazione dovrebbe essere resa effettiva attraverso procedure stragiudiziali come l’arbitrato o la mediazione, sostenute dallo Stato e rafforzate con il meccanismo delle *astreintes* per i casi di mancata adesione alla procedura o con la previsione di bonus in caso di attiva partecipazione all’*iter*; nonché E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, la quale sostiene l’opportunità di introdurre misure di carattere premiale per incentivare il buon esito della rinegoziazione, quali benefici fiscali, a favore di entrambe le parti coinvolte, nonché l’opportunità di promuovere il ricorso a procedure «rinegoziazione assistita, mediazione o anche a nuove forme alternative di risoluzione delle controversie, da affidare a categorie professionali e da incentivare con contribuzioni statali in caso di esito positivo». Per spunti più ampi v., comunque, F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 839 ss.