

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

**WALTER BIGIAVI**

(1955-1968)

E DA

**ALBERTO TRABUCCHI**

(1968-1998)

DIREZIONE

**C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI**

**GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI**

**ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE**

**ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO**

**VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER**

**PAOLO SPADA VINCENZO VARANO**

REDATTORE CAPO

**VITTORIO COLUSSI**



**CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI**

**P A D O V A**

FRANCESCO GAMBINO  
Prof. straord. dell'Università di Macerata

## RISCHIO E PARITÀ DI POSIZIONI NEI RIMEDI CORRETTIVI DEGLI SCAMBI DI MERCATO

SOMMARIO: 1. Revisione del rapporto tra disciplina generale e discipline di settore. — 2. Modelli di scambio e tipi di rapporto. — 3. Struttura del rapporto obbligatorio e *relational contracts*. — 4.1. Il lato sociale del rinegoziare: le « eccedenze » dello scambio nel tempo. — 4.2. Adeguamento delle prestazioni e scelta legislativa. — 4.3. Scambio e dono nel rinegoziare. — 5. Informazione e tutela del consenso negli scambi di mercato. — 6.1. I fatti di conoscenza tra atto e rapporto. L'art. 1467 c.c. e le discipline di settore. — 6.2. Sopravvenuto squilibrio economico e risarcimento del danno. — 6.3. Una lettura in chiave economica del fenomeno.

1. — Il tema dei rimedi giudiziali nella gestione del rischio economico nei contratti a prestazioni corrispettive ha riaperto in dottrina un confronto di opinioni che negli ultimi anni si è fatto più vigoroso ed impellente. Sollecitato da un lato dall'introduzione nel nostro ordinamento di nuove discipline portatrici di proprie logiche e autonomi principi <sup>(1)</sup>, che schiudono forme di controllo e di intervento giudiziale sull'atto di autonomia; incalzato dall'altro dalle istanze europee di unificazione legislativa, nel cui ambito si è da subito delineata l'inclinazione verso la revisione giudiziale del rapporto <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> La prospettiva di definire il senso e la portata di talune discipline di settore (v. *infra*, § 1, § 5) per stabilire la misura della loro incidenza sulla disciplina generale della risoluzione del rapporto, non può che svilupparsi, per taluni profili, intorno al concetto odierno di obbligazione, quale figura contesa tra il suo antico fondamento teorico e le nuove linee di evoluzione del nostro sistema giuridico, tra la costruzione unitaria di una categoria generale e astratta, sorretta da una salda tradizione di pensiero, e l'articolazione della figura in una pluralità di statuti e discipline particolari (v. G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 491 ss. e, in relazione alla distinzione tra i contratti commerciali o d'impresa e i contratti civili, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in questa *Rivista*, 2004, I, pp. 851-852).

<sup>(2)</sup> Il rimedio correttivo, in alternativa alla risoluzione del rapporto, è previsto in diverso modo dai Principi *Unidroit* (art. 6.2.3), dai *Principles of European Contract Law* (art. 6:111), dal *Code Européen des Contrats* coordinato da G. Gandolfi (art. 157) e in certa misura dal progetto preliminare francese di riforma del diritto delle obbligazioni su iniziativa di Pierre Catala che, pur ammettendo che il giudice ordini una nuova negoziazione (art. 1135-2), nulla tuttavia dice sull'ammissibilità dell'intervento giudiziale in conseguenza del fallimento della rinegoziazione. La linea di tendenza è inoltre incoraggiata dal raffronto con la riforma dello *Schuldrecht* tedesco che, nel nuovo § 313 del BGB, equiparando l'errore sulle circostanze formanti il fondamento del contratto al loro mutamento durante l'esecuzione del contratto, contempla l'adeguamento del contratto, dando riconoscimento legislativo alle elaborazioni del pensiero giuridico tedesco sulla figura della *Geschäftsgrundlage*,

Ne è scaturita una disputa ariosa, aperta all'analisi empirica e sociologica dei rapporti contrattuali, ai nuovi modelli di scambio proposti dall'analisi economica del diritto, alla singolare fenomenologia della contrattazione tra imprese e, in un intreccio di prospettive, all'equità dello scambio e alla giustizia contrattuale. Resta fermo l'interrogativo di fondo: se sia ricavabile, da un nucleo di norme dell'ordinamento <sup>(3)</sup>, il principio generale della revisione del rapporto <sup>(4)</sup>; e se tale principio sia capace di offrire schemi formali per ridurre, nella decisione del caso controverso, la portata della disciplina generale (art. 1467 c.c.) che, contemplando la risoluzione del rapporto contrattuale <sup>(5)</sup>, esprime una soluzione saldamente radicata nella nostra tradizione giuridica. Non si tratta di ridurre ad unità gli innumerevoli casi attratti, in linea di *analogia legis*, alla sfera di efficacia della norma speciale <sup>(6)</sup>; né di definire il rapporto di prevalenza tra due norme speciali che regolano la stessa materia <sup>(7)</sup>. Se l'applicazione del metodo analogico alle norme speciali è infatti in grado di misurare la loro forza espansiva, non è capace di enucleare un principio

senza accogliere la distinzione, di matrice dottrinale, tra *subjektive* e *objektive Geschäftsgrundlage* e collocando l'istituto nell'ambito dei rapporti obbligatori nascenti da contratto: v. in proposito, G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in questa *Rivista*, 2003, I, pp. 9-12.

<sup>(3)</sup> Si richiamano all'attenzione non soltanto le norme che, nel nostro ordinamento, contemplano in materia di sopravvenienze strumenti di riequilibrio delle prestazioni (come per esempio l'art. 1664, comma 1° e 2°, c.c., l'art. 1464 c.c.; l'art. 1623 c.c.; art. 1467, comma 3°, c.c.), ma anche più in generale le numerose norme che prevedono rimedi volti alla conservazione ora del rapporto ora dell'atto (cfr. l'art. 1432 c.c., gli artt. 1419 e 1424 c.c.; l'art. 1450 c.c., l'art. 1480 c.c., l'art. 1492 c.c., gli artt. 1474 e 1657 c.c., l'art. 1560 c.c.; l'art. 3, comma 5°, l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura), nonché le nuove discipline, talune di derivazione comunitaria, che sottendono, con varietà di tecniche, un controllo giudiziale sul contenuto del contratto.

<sup>(4)</sup> V. sul tema, con sfumature diverse, R. TOMMASINI, voce *I) Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, p. 133; *Id.*, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione*, in *Aa.Vv.*, *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. Tommasini, Torino 2003, pp. 16-21; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VII, Torino 1991, pp. 243-244; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 2001, pp. 1041-1042; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in questa *Rivista*, 2002, I, pp. 71-73; *Id.*, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. Roppo*, vol. V, *Rimedi*, t. 2, 2006, p. 689 ss., ove ulteriori riferimenti alla dottrina italiana e alla prospettiva in chiave comparativa.

<sup>(5)</sup> Benché il nostro codice civile conosca la distinzione concettuale « fra contratto come fattispecie costitutiva e obbligazione come rapporto che ne deriva », il richiamo alla risoluzione del contratto — e non alla risoluzione del rapporto contrattuale — collocata nel titolo relativo al contratto in generale rivela tracce di commistione tra i due fenomeni, G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione...*, cit., p. 497-498.

<sup>(6)</sup> V. sul problema generale dell'applicazione analogica delle norme speciali, N. IRTI, *L'età della decodificazione*<sup>4</sup>, Milano 1999, pp. 89-91.

<sup>(7)</sup> Cfr., sulla relazione tra l'art. 1664 c.c. e il regime speciale di revisione dei prezzi nei contratti pubblici, Cons. St. 19 febbraio 2003, n. 916, in *D. e giur.*, 2003, f. 12, p. 109.

generale, non assolve, per propria indole, alcun compito di astrazione: muovendo « dal particolare al particolare coordinato »<sup>(8)</sup>, esso restituirebbe all'interprete un dato quantitativo-empirico, indice del « grado di importanza » che le note caratteristiche della norma speciale assumono in un determinato momento storico<sup>(9)</sup>. Caratteri dell'oggetto o del bene, note distintive del rischio, tipo di contratto sono elementi individuanti un criterio di disciplina, la « specialità di una logica » normativa<sup>(10)</sup>, che dà ragione del nesso tra un determinato effetto ed una certa ipotesi di fatto. In assenza di tali elementi, la norma generale torna a spiegare il proprio vigore, così regolando la fattispecie nelle ipotesi in cui non si rinvenga una somiglianza rilevante tra il caso controverso non regolato e la nota differenziale della norma speciale. È ciò che si rileva, in materia di appalto, quando la sopravvenuta onerosità derivi da cause diverse da quelle indicate nel comma 2° dell'art. 1664 c.c., donde l'applicazione della disciplina generale contenuta nell'art. 1467 c.c.<sup>(11)</sup>.

Il richiamo, in termini classici, al giudizio di comparazione tra norma generale e norma speciale, nonché alle modalità applicative del metodo analogico, risponde ad una preliminare esigenza di chiarezza: non è in discussione la vigenza, nel nostro sistema, di un principio giuridico della revisione del rapporto<sup>(12)</sup>, ma il suo venire in conflitto con il rimedio generale della risoluzione. La domanda è se la diffusa insofferenza per tale strumento possa tradursi in un'erosione dei principi fissati dall'art. 1467 c.c. o debba invece risolversi in una proposta di politica legislativa ovvero in provvidi consigli per la stesura dei contratti contemplati dalla norma, volti a predisporre organi di governo o congegni di riequilibrio delle prestazioni<sup>(13)</sup>. Il dubbio incalza, non tanto la relazione tra disciplina generale e norme che, entrate in vigore con il codice civile del 1942, esprimono, secondo strategie di politica legislativa, una deviazione dall'effetto estintivo del rapporto; quanto l'incidenza su tale disci-

<sup>(8)</sup> V., con richiamo alle teorie aristoteliche, G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali del diritto*, Milano 1958 (ristampa, Milano 2002), p. 15.

<sup>(9)</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 91.

<sup>(10)</sup> « Quasi con un gioco di parole, si direbbe che la logica della norma speciale sta nella specialità della logica, di un criterio di disciplina trascorrente da categorie di casi più ampie a categorie meno ampie », N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 88.

<sup>(11)</sup> D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, art. 1655-1677, Bologna-Roma 2007, p. 336; Cass. 28 marzo 2001, n. 4463, in *Contratti*, 2001, p. 1134 ss.; Cass. 3 novembre 1994, n. 9060, *Rep. F. it.*, 1994, voce *Appalto*, n. 46.

<sup>(12)</sup> R. TOMMASINI, voce *I) Revisione del rapporto...*, cit., p. 133.

<sup>(13)</sup> V. d'altra parte sulla questione della rilevanza dei presupposti di applicazione dell'art. 1467 c.c. pur in presenza di una clausola di adeguamento automatico le due diverse prospettive nelle pronunce di Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *G. it.*, 1982, I, 1, c. 672 ss. e di Cass. 21 giugno 1985, n. 3730, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, p. 1145. Il problema è stato osservato nell'efficace raffronto tra la richiamata pronuncia di Cass. 29 giugno 1981, n. 4249 ed il noto caso *Alcoa v. Essex*, da R. PARDOLESI, in *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *F. it.*, 1981, I, c. 2132 ss.

plina delle nuove norme di settore, talune di derivazione comunitaria, portatrici di propri principi e autonome categorie logiche. Il disagio della dottrina — nonché degli operatori del mercato — nasce dall'inefficienza del rimedio della risoluzione, incapace di fornire risposte adeguate alle ipotesi nelle quali il rapporto, in ragione di fatti sopravvenuti ed estranei alla volontà delle parti, non risponda più al contenuto dell'atto; rapporto che, se pur dotato di relativa autonomia rispetto alla fattispecie, antecedente l'effetto, non può che trovare nell'atto « il dato parametrico e di raffronto » per misurare la corrispondenza « tra l'insorgere dell'interesse e la sua soddisfazione » (14). Di qui l'esigenza di distinguere tra principio di conservazione dell'atto e principio di conservazione del rapporto, isolando l'ambito di operatività del primo dalla sfera di applicazione dell'altro; e di tener fermo che se, per un verso, ogni norma postula, sul piano logico, il suo principio, per l'altro, ogni principio ha « una certa relatività di struttura » (15).

La questione si iscrive nel dibattito sul movimento legislativo della decodificazione, e da qui si sospinge sino alla relazione tra rapporto obbligatorio in generale e tipi diversi di rapporto obbligatorio. Si tratta di stabilire quanto, nella determinazione della disciplina generale del rapporto obbligatorio (e quindi pure del contenuto di disciplina dell'art. 1467 c.c.), « si può e si deve ricavare anche dalle discipline specifiche dei singoli, diversi tipi di rapporto obbligatorio » (16); domandandosi se all'antitesi « codificazione-decodificazione », su cui si è soffermata per lungo tempo la dottrina italiana, possa ora subentrare « la dialettica » tra « obbligazione come figura generale » e « diversi, distinti tipi di rapporto obbligatorio » (17). Emerge il profilo della circolarità del processo applicativo del diritto: come la disciplina generale integra, di volta in volta, il contenuto delle specifiche discipline, così queste ultime concorrono a completare e rimodellare il contenuto di disciplina generale, condizionandone le concrete modalità di applicazione (18). La riflessione non può confinarsi al diritto vigente, ma deve orientarsi verso le linee di evoluzione del nostro sistema, in conseguenza anche della tendenza europea di unificazione legislativa e del « reciproco avvicinamento, dei diritti dei diversi paesi, in particolare nel campo patrimoniale » (19).

(14) R. TOMMASINI, voce *I) Revisione del rapporto...*, cit., p. 126.

(15) S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto* — a) *Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, pp. 518, 524.

(16) G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione...*, cit., p. 503.

(17) G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione...*, cit., p. 505.

(18) N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2008, pp. 1-2.

(19) G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione...*, cit., p. 503. Significativa in tale direzione è l'emersione di figure proprie della nuova *lex mercatoria*, quali la *gross disparity* e l'*hardship*, che reclamano l'esigenza della congruità e dell'equità dello scambio contrattuale, a fronte della quale « i diritti nazionali dell'Occidente » restano ancora « incerti » e

La disciplina generale contemplata dall'art. 1467 c.c. è intaccata nel suo fondamento; e le forze sovvertitrici ed erosive, intese a temperare il carattere rigido e talvolta inefficiente della risoluzione del rapporto contrattuale, provengono: *a)* dalle analisi empiriche ed economiche sul tipo di scambio realizzato dai contraenti; *b)* dalla elaborazione moderna della figura generale e astratta dell'obbligazione; *c)* dalle nuove discipline di settore, più sensibili alla formazione dell'atto di autonomia <sup>(20)</sup> e al corretto esercizio del potere negoziale. Affiora il combinarsi di una varietà di temi, volti tutti ad arginare la portata del rimedio della risoluzione e a promuovere, in diversa forma, strumenti, diretti e indiretti, di riequilibrio delle prestazioni nell'attuazione del rapporto obbligatorio. Il proposito, in queste pagine, è non soltanto di ripercorrere talune delle teorie impegnate a contendersi la riflessione giuridica sul tema, ma di provare a scorgervi quegli elementi empirici, sociologici ed economici, che ne chiariscono il fondamento. L'esigenza di tale raffronto, che in alcuni tratti svincolerà l'indagine dai metodi tradizionali <sup>(21)</sup>, nasce dall'indole stessa del fenomeno studiato che, riguardando le implicazioni tra tempo e rapporto obbligatorio, è per propria vocazione attratto nell'ambito di studi di altre discipline e costruito secondo le logiche e i modelli ordinatori propri di ciascuna disciplina di riferimento. Ciò spiega l'impegno della dottrina odierna nell'individuazione di un nucleo di criteri per attribuire significato giuridico a fenomeni che altrimenti sfuggirebbero ad un inquadramento normativo; criteri che introducono nel discorso giuridico nuovi modelli di scambio, rispondono a bisogni contingenti e pragmatici, si determinano in base all'oggetto dell'indagine <sup>(22)</sup>, cosicché la loro comprensione non può che rimandare alle ragioni, contese tra altri saperi, della loro elaborazione. Tale impostazione tornerà utile per capire se l'evoluzione del nostro ordinamento sia nel senso di incoraggiare l'istanza di rimedi intesi a conservare, non già l'atto, ma il rapporto, per rimuovere, non lo squilibrio derivante dall'abuso di autonomia negoziale o da una disparità di posizioni dei contraenti, ma quel sopravvenuto squilibrio, prodotto da eventi estranei alla volontà delle parti, a queste non imputabili; o se invece non vi si debba scorgere un diverso significato, capace di fornire strumenti di lettura del fenomeno senza scalfire il vigore della disciplina generale.

---

« frammentari », F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, pp. 75-76.

<sup>(20)</sup> V. al riguardo G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali...*, cit., pp. 851-852.

<sup>(21)</sup> L'approccio, in tale prospettiva, non può che essere dominato da un certo relativismo metodologico: v. sul problema N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari 2004, pp. 14-15.

<sup>(22)</sup> Il fenomeno è colto nelle indagini condotte nella letteratura giuridica delle ultime generazioni: qui l'oggetto « non viene trattato e manipolato in base ad un metodo, che stia prima e fuori di esso, ma piuttosto determina il metodo della sua propria indagine », N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, cit., p. 14.

2. — Liberando il metodo di analisi dalle categorie di *genus e species*, la relazione tra l'art. 1467 c.c. e l'art. 1664 c.c. trova nella dottrina una nuova lettura, dove il rapporto tra le due norme non si esprime in termini di esclusione e antitesi<sup>(23)</sup>. Dai due schemi normativi sarebbero ricavabili distinti modelli di gestione delle sopravvenienze. L'astrazione procede assumendo ora i caratteri del rischio ora il tipo di scambio economico realizzato dalle parti, distinguendosi tra modello giuridico consensualistico e modello giuridico conservativo: l'uno, volto a ridurre la portata dell'art. 1467 c.c., nel senso che « il principio regolativo » in esso contemplato non va inteso « come una disciplina generale delle sopravvenienze (“quantitative”) », ma come « una disciplina particolare del rischio (“quantitativo”) nel solo ambito degli *scambi puntuali* »; l'altro, teso alla generalizzazione dell'art. 1664 c.c., sarebbe operante non più « come la disciplina speciale delle sopravvenienze nell'appalto, bensì come una disciplina generale del rischio (“quantitativo” e, in parte, “qualitativo”) per gli *scambi integrativi* »<sup>(24)</sup>. La distinzione tra i due tipi di scambio, puntuale e integrativo, riposa nel profilo della « duratura interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti » e del « reciproco condizionamento dei loro ulteriori programmi economici »<sup>(25)</sup>, assente nei primi, presente negli altri. Qui la « complementarità » tra i principi e le regole che governano la figura dell'obbligazione in generale e i principi e le regole riferibili ai singoli tipi di rapporto obbligatorio<sup>(26)</sup> è segnata, da un lato, dalla rottura con i metodi tradizionali dell'interpretazione, dall'altro, dall'individuazione, sul piano storico e fenomenologico, di tipologie di scambio che esigono, nella materia, discipline differenziate. Queste ultime non obbediscono più al loro luogo di collocazione nell'ambito del sistema, ma sono in grado di estendere la propria efficacia in relazione sia al tipo normativo di problema che di volta in volta comprendono e risolvono sia alla misura della loro applicazione. Se infatti il valore normativo di una disciplina è dato dall'« ambito di complessità che essa è in grado di normare », la relazione « tra disciplina generale del contratto e discipline dei singoli tipi » non può che assumere carattere flessibile e mobile<sup>(27)</sup>.

<sup>(23)</sup> V., in questi termini, nell'analisi della costruzione di Messineo sul rapporto tra norme generali e norme speciali, G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, pp. 328-329.

<sup>(24)</sup> M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europ. d. priv.*, 2003, p. 497. Su alcuni profili di applicazione dei due modelli di gestione del rischio, v. T. MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania 2006, pp. 50-65.

<sup>(25)</sup> M. BARCELLONA, *Appunti...*, cit., p. 494.

<sup>(26)</sup> G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione...*, cit., p. 500.

<sup>(27)</sup> M. BARCELLONA, *Appunti...*, cit., p. 496. I sintomi delle conseguenze di tale flessibilità sono avvertiti nella problematica dell'applicazione dell'art. 1664 c.c. al contratto di subfornitura, v. al riguardo F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli 2002, pp. 170-172.

Si delinea un profilo di indagine che ha trovato particolare attenzione nell'ambito degli studi dedicati agli accordi in materia familiare, ove emerge l'interrogativo sulle condizioni alle quali sia possibile tracciare una disciplina generale del contratto « *coerente con il coinvolgimento* », nella materia « dei valori personalistici ed esistenziali delle parti »<sup>(28)</sup>. Il dubbio non cade sulla natura contrattuale di tali accordi nei quali — come accade negli accordi di convivenza o negli accordi che regolano le condizioni patrimoniali della separazione e del divorzio — le prestazioni a contenuto patrimoniale, che pur imprimono i caratteri dello scambio economico, si combinano con interessi personali e profili soggettivistici; ma sul *come* trovi in questi applicazioni la disciplina generale del contratto e quale sia il processo interpretativo nel delineare il loro statuto normativo<sup>(29)</sup>. È in tale prospettiva che assume rilievo il diffuso richiamo alla soggezione di tali accordi alla clausola *rebus sic stantibus*. Altro è il riferimento al principio in sé, in grado di esprimere, in forma ambivalente, ora una riduzione della « forza di legge » del vincolo e, dunque, dell'ambito dell'autonomia privata nel diritto di famiglia ora la piana applicazione dell'art. 1467 c.c. ai contratti in cui assume rilevanza l'elemento « tempo »; altro è la sua considerazione nella dinamica di un raffronto tra figura generale dell'obbligazione e tipi di rapporto obbligatorio. Da questa angolatura, è dato cogliere, negli accordi concernenti la dimensione familiare, l'intreccio di due spazi giuridici: l'uno, autonomo, attribuito dall'ordinamento al potere privato<sup>(30)</sup>, l'altro, governato da tecniche di controllo sugli elementi di equilibrio del rapporto. È questa la disciplina di settore che più sembra esporsi ad un'erosione, nella materia, dei principi della disciplina generale; sia in forza della rilevanza giuridica della disparità delle posizioni delle parti; sia in virtù delle esigenze normative di un adeguamento del rapporto nel tempo<sup>(31)</sup>. Oltre ai rimedi previsti dal legislatore, si indica così nella clausola generale di buona fede lo strumento privilegiato per distribuire rischi e oneri tra le parti<sup>(32)</sup>; così da schiudere il controllo giudiziale sull'equilibrio normativo ed economico del contratto. Qui la deviazione dalla logica della norma generale trova la propria ragione sia nei principi della materia regolata che nella tipologia delle relazioni in esame, senz'altro collocabile al di fuori delle dinamiche del mercato e non riducibile ai tratti distintivi dello scambio economico.

3. — Nell'ottica di ridurre la portata, nel nostro ordinamento giuridico, del rimedio della risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità, è emersa

<sup>(28)</sup> A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *R. d. civ.*, 2002, I, p. 227.

<sup>(29)</sup> A. ZOPPINI, *L'autonomia privata...*, cit., p. 226.

<sup>(30)</sup> V., sul tema in chiave più generale, M. ORLANDI, *Autonomia e Autorità indipendenti*, in *R. d. priv.*, 2003, pp. 275-276.

<sup>(31)</sup> A. ZOPPINI, *L'autonomia privata...*, cit., p. 233-234.

<sup>(32)</sup> A. ZOPPINI, *L'autonomia privata...*, cit., p. 235.



in dottrina la riflessione sull'obbligo legale di rinegoziare, in grado di fornire all'interprete strumenti, sul piano logico e giuridico, per dare fondamento all'intervento giudiziale sul contenuto del contratto. Le fonti dell'obbligo riposerebbero sia nell'equità integrativa (art. 1374 c.c.) sia nella clausola generale di buona fede, riguardata sotto il profilo dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e quale canone di interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.). In tale prospettiva, la materia delle sopravvenienze, dominata in via generale dagli istituti della risoluzione e della riduzione ad equità, guadagnerebbe dunque l'applicazione di rimedi ulteriori, in grado di adeguare il rapporto al mutarsi, nel tempo, dello stato di fatto. La dottrina si interroga sul problema di carattere sistematico della relazione tra l'art. 1467 c.c. e le norme da cui discenderebbe l'obbligo legale di rinegoziare: le norme sull'equità integrativa e sulla buona fede, dotate di una propria sfera di efficacia, capace di penetrare nel rapporto mutandone gli elementi, opererebbero in distinti ambiti di applicazione, non comunicanti: i fatti con i quali si realizzano i presupposti del loro venire in rilievo sarebbero diversi da quelli contemplati nell'art. 1467 c.c. Si segnala in particolare il fenomeno dell'efficacia impeditiva dell'obbligo legale di rinegoziare, volto proprio ad evitare che « l'equilibrio economico fra le prestazioni sia pregiudicato al punto da indurre la parte eccessivamente onerata a ricorrere alla tutela risolutoria »<sup>(33)</sup>. L'energico rovesciamento dei principi della disciplina generale giunge a compimento col trarre le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo: per le quali si avanza l'ipotesi di applicare l'art. 2932 c.c., attribuendo al giudice il potere di pronunciare una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto modificativo non concluso. È un'ipotesi applicativa dietro la quale si scorge un'esigenza di fondo: di annodare, in un vincolo logico, l'integrazione del contratto alla vicenda della modifica del rapporto, attribuendo al fenomeno un carattere unitario ed un senso conclusivo.

Non è questo il luogo per soffermarsi sui problemi giuridici del rinegoziare di fonte legale<sup>(34)</sup>. La linea direttrice seguita in queste pagine spinge l'attenzione verso l'elaborazione teorica, compiutasi negli studi del secolo scorso, della categoria generale del rapporto obbligatorio. Le teorie dell'obbligo legale di rinegoziare postulano la visione del rapporto obbligatorio come « unità complessa », come « organismo »: « entità » formata non soltanto dall'obbligo relativo alla prestazione primaria, cui si sostituisce, in via sussidiaria e senza mutarne l'identità, l'obbligo di risarcire il danno, ma anche da una serie di obblighi collaterali e ulteriori doveri di comportamento — di informa-

---

<sup>(33)</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, p. 313.

<sup>(34)</sup> Si rinvia a F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004, v. spec., pp. 55-123, ove il mio dissenso verso la teoria richiamata conduce ad esaminare sia l'ambito di applicazione delle norme sull'integrazione del contratto sia la diversa rilevanza dell'istituto della presupposizione nel suo intreccio — nelle tesi confutate — con la buona fede quale canone di interpretazione del contratto.

zione, cautela, diligenza — <sup>(35)</sup>, che aggiungendosi all'obbligo principale di prestazione, dilatano la nozione di comportamento dovuto. Lo svuotamento dei principi della disciplina generale si compie così in ragione della struttura complessa del rapporto obbligatorio, capace di attrarre a sé eventi estranei alla volontà dalle parti ed esigere da queste contegni volti a porre rimedio al sopravvenuto squilibrio delle prestazioni. Il fatto perturbatore non è più riguardato sotto il tradizionale profilo dell'inefficacia successiva del contratto, ora richiesta dalla legge ora riconnessa agli indici volontaristici propri della presupposizione, ma nell'ottica di impegnare il dialogo delle parti in funzione di un accordo modificativo. L'ipotesi della sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. costituisce lo sviluppo di una rigida logica funzionale che piega alle proprie ragioni anche l'attività discorsiva e conoscitiva, propria del rinegoziare, che pur si è soliti ricondurre all'esercizio libero e incondizionato del potere di autonomia dei privati <sup>(36)</sup>.

Il disegno teorico, dentro il quale si svolge la tesi dell'obbligo legale di rinegoziare, muove dalla disciplina legislativa alla struttura dei contratti dominati, in diverso modo, dall'elemento « tempo ». L'analisi empirica ed economica del fenomeno mette capo ad un modello di scambio che, nell'elaborazione degli studi della dottrina nordamericana, appare il più consono a rappresentare le comuni modalità di svolgimento dei rapporti sociali nel mercato. Si tratta dei *relational contracts* <sup>(37)</sup> che, permeati dalla logica del contratto associativo, meglio esprimono, a differenza delle transazioni ad efficacia istantanea, i mezzi odierni di organizzazione del mercato: luogo questo in cui i soggetti « sono legati da vincoli stabili e ben radicati », condizionanti « la stessa esistenza economica dell'impresa » <sup>(38)</sup>, così da adottare strumenti negoziali utili alla pianificazione dell'attività d'impresa. Nel modello dei *relational contracts* si combinano insieme il profilo della incompletezza economica ed il tratto della continuità del rapporto nel tempo <sup>(39)</sup>. Sono contratti incom-

<sup>(35)</sup> G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione...*, cit., p. 498.

<sup>(36)</sup> Conteso tra due fenomeni, il potere di autonomia riceve, nelle diverse posizioni di dottrina, qualifiche antitetiche: ora quale effetto dell'integrazione, come contenuto di un obbligo non contemplato dal contratto, ora come fonte di un'eventuale vicenda del rapporto così ponendosi al riparo proprio dal fenomeno dell'integrazione e restando, nel suo esercizio, condizionato ai soli limiti indicati dagli artt. 1337-1338 c.c.

<sup>(37)</sup> Sul dibattito relativo all'analisi sociologica dello scambio inteso come relazione e al progressivo abbandono dei principi di diritto classico dei contratti, v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano 2007, pp. 41-55, cui si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina italiana e straniera sul tema. V., sui quattro punti chiave della teoria, I.R. MACNEIL, *Relational contract theory: challenges and queries*, 94 *Nw. U. L. Rev.*, p. 881 ss. (2000).

<sup>(38)</sup> F. MACARIO, *Adeguamento...*, cit., p. 56.

<sup>(39)</sup> Tale modello di scambio viene così ad aggiungersi e a sovrapporsi a quelli considerati sotto il profilo *sub a)*, *supra*, § 1, configurandosi come una « special subcategory of contracts » che suscita l'applicazione di un nucleo di norme speciali, in deroga ai principi generali del diritto contrattuale: v., in senso critico, M.A. EISEN-

pleti in senso economico perché incapaci di anticipare l'insieme imponderabile di eventi verificabili durante la loro esecuzione. Anche quel contratto i cui elementi sono conformi alle norme dell'ordinamento o privo di « lacune giuridiche » non sfuggirebbe al giudizio di inefficienza sul piano economico: l'incompletezza economica ricorre tutte le volte che l'accordo non tiene conto di una circostanza in grado di vanificare i vantaggi e le utilità attesi dai contraenti <sup>(40)</sup>. La continuità del rapporto nel tempo è un carattere che, connesso al profilo della incompletezza economica, implica, nelle parti, un vicendevole affidamento, « ponendo in primo piano il valore giuridico della solidarietà » <sup>(41)</sup>.

Ora, l'elaborazione teorica del rapporto obbligatorio trova, nel fenomeno economico e sociale, ragioni e svolgimenti logici. La salvaguardia dell'altrui utilità nella misura in cui ciò non comporti il sacrificio, apprezzabile, di un proprio interesse — con cui si definisce il contenuto generico del dovere di buona fede — viene a tradursi nell'obbligo di rinegoziare i termini economici del contratto; contratto che, protratto nel tempo, è insidiato da un evento perturbatore. L'utilità è data dal conseguimento della modifica del rapporto, l'interesse sacrificato consiste nel condizionare il potere di autonomia sino ad imporne l'esercizio. L'autonomia privata, cui la disciplina generale dell'art. 1467 c.c. sembra devolvere la competenza per decidere sul riequilibrio degli elementi del rapporto, qui non rappresenta più un limite, una linea di confine invalicabile; ma si fa, nell'unità complessa del rapporto obbligatorio, strumento di protezione e solidarietà.

4.1. — L'analisi empirica ed economica delle relazioni contrattuali protratte nel tempo offre lo spunto per soffermarsi sullo sfondo sociologico delle questioni che vi sono implicate. Con ciò non si vuole mortificare la portata del problema giuridico che, suscitato dagli studi sul tema dalla dottrina tedesca <sup>(42)</sup>, ha trovato forme di sviluppo e di impiego nella civilistica italiana negli anni Novanta, periodo in cui la stagione dei nostri studi si misurava, già da qualche anno, con la crisi della sistematicità, con i problemi dell'eccezione e dell'antinomia, con la complessità delle leggi, così da rifiutare l'uso di vecchi metodi ed esigere « un abito esplorativo ed aleatorio » <sup>(43)</sup>; ma rintracciare, nella tensione della dottrina e degli operatori del mercato verso il fenomeno, indici per una sua maggior comprensione.

---

BERG, *Why there is no law of relational contracts*, 94 *Nw. U. L. Rev.*, pp. 817-818 (2000).

<sup>(40)</sup> G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova 2000, pp. 71-72.

<sup>(41)</sup> F. MACARIO, *Adeguamento...*, cit., p. 60.

<sup>(42)</sup> F. MACARIO, *Rischio contrattuale...*, cit., pp. 63-95.

<sup>(43)</sup> N. IRTI, nella quarta prefazione alla *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova 1990.

Il tema della rinegoziazione di fonte legale sembra riempirsi della linea culturale elaborata nell'ambito degli studi antropologici sugli scambi delle società arcaiche <sup>(44)</sup>; riconducendosi in particolare all'indirizzo di pensiero della sociologia « sacra » <sup>(45)</sup>, che investe il rapporto, ambiguo e sfuggente, tra scambio e dono, tra iniziativa economica e liberalità. La questione qui non riguarda i modi e le forme in cui lo Stato, con atti realizzativi della solidarietà, si fa sociale, ambito nel quale la relazione tra scambio e dono ha ricevuto particolare attenzione <sup>(46)</sup>; ma si restringe al rapporto obbligatorio, isolando, nel rinegoziare — quel rinegoziare derivante, secondo le teorie descritte, dalla legge — il suo profilo sociale e psicologico: che sembra stazionare, a pieno titolo, « nell'atmosfera del dono, dell'obbligo e, insieme, della libertà » <sup>(47)</sup>. L'immagine con cui Mauss racchiude il senso della sua teoria del dono come « fatto sociale totale » <sup>(48)</sup> riesce a definire, in un impertinente intreccio di piani di indagine, i contorni del fenomeno giuridico qui esaminato; che porta il peso di come congiungere e rendere compatibili libertà e vincolo, contenuto dell'obbligo ed esercizio di potere, atto dovuto e negozio giuridico <sup>(49)</sup>.

La prospettiva sociologica è volta, per propria vocazione, a non ridurre il mercato a luogo di scambi e ad indagare ciò che si svolge al di là delle sue dinamiche economiche: energie, atteggiamenti, funzioni che, indicando ciò

---

<sup>(44)</sup> M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, (1950), trad. it., Torino 2002, p. 13 ss. Si veda, per uno sguardo d'insieme, K. POLANY, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, (1944), trad. it. di R. Vigeveno, Torino 2000, pp. 57-72.

<sup>(45)</sup> Il carattere « sacro » della sociologia non rimanda ad una sociologia religiosa, ma nell'accezione introdotta da Bataille designa « tutto ciò che nell'esistenza è *comuniale* »; si intende dunque per sacra « quella prospettiva "sociologica" capace di scorgere nella società qualcosa di più e di altro della somma degli individui che la costituiscono », G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente, Filosofia e globalizzazione*, Torino 2003, p. 164.

<sup>(46)</sup> Cfr. i richiami alla legislazione francese degli anni '20 di M. MAUSS, *Saggio sul dono...*, cit., pp. 119-121. Sugli atti realizzativi della solidarietà, determinati e singolari, v. N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e solidarietà*, (1997), in *L'ordine giuridico del mercato*, (1998), Roma-Bari 2003, pp. 114-117.

<sup>(47)</sup> L'atmosfera di cui discorre Mauss è quella in cui si trova immersa « una parte considerevole della nostra morale e della nostra stessa vita ». Non esiste soltanto una « morale mercantile », ma « persone e classi che conservano i costumi di un tempo, ai quali ci uniformiamo quasi tutti, almeno in certi periodi dell'anno o in certe occasioni » (M. MAUSS, *Saggio sul dono...*, cit., p. 117).

<sup>(48)</sup> M.R. FERRARESE, *Le eccedenze del mercato globale*, in *Rivista Scuola Superiore Economia e Finanze*, 2004, p. 49.

<sup>(49)</sup> Il problema ha sullo sfondo l'interrogativo che, in diversa forma, ha diviso la dottrina civilistica, pervenendo, da un lato, alle teorie negoziali dell'adempimento, dall'altro, alle teorie dell'atto dovuto (v., sui problemi della natura giuridica dell'adempimento, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, art. 1173-1176, Bologna-Roma 1988, p. 364 ss.); e che negli anni Cinquanta ha animato la riflessione sulla disciplina degli effetti del contratto preliminare (L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli 1953).

« che c'è prima e dopo il mercato », fanno di questo un'istituzione sociale <sup>(50)</sup>, così da restituire un'immagine fedele dell'insieme di elementi e condizioni che consentono il suo stesso funzionamento. Oltre agli effetti imperscrutabili e non voluti prodotti nel mercato senza che i suoi attori ne abbiano coscienza o al molteplice generarsi di bisogni artificiali e disposizioni al consumo e alla produzione, è dato rinvenire il segno di nuove eccedenze: dall'insieme di condizioni fiduciarie in cui avvengono gli scambi all'elemento della reciprocità, ove lo scarto tra dono e scambio sembra, nell'identità globale del mercato, ridursi <sup>(51)</sup>. Non è questa la sede per soffermarsi sul tema del mercato come istituzione sociale, capace di guidare i comportamenti e i modi di pensare dei suoi attori; né sulle forme e modalità in cui le descritte eccedenze si traducono in fatti rilevanti per il diritto; ma per scorgere, nelle teorie dell'obbligo legale di rinegoziare, l'indeclinabile esigenza di imprimere sullo scambio di mercato — e in specie, su quello scambio che si protrae, in diversa forma, nel tempo — il segno di una nuova eccedenza di senso; che il principio di buona fede e l'equità integrativa sono chiamati, per la loro funzione, a far emergere dalla struttura complessa del rapporto obbligatorio, così dotando tale eccedenza di energia giuridica.

Il rinegoziare esprime, nelle teorie descritte <sup>(52)</sup>, un appello al dialogo, un dialogo condizionante ed obbligante, indica l'esigenza di un ritorno sul contenuto del contratto in ragione di una relazione « intensa » tra le parti <sup>(53)</sup> e di una fiducia consolidata nel tempo; donde la fortuna della figura nell'ambito della categoria dei *relational contracts*, la cui nota distintiva riposa nella continuità della relazione contrattuale e nel conseguente affidamento che, in tale continuità, fanno le parti <sup>(54)</sup>. Nell'obbligo legale di rinegoziare, l'attività discorsiva e conoscitiva che trova, nel protrarsi del rapporto nel tempo, la propria ragione sociale, varca la soglia del diritto e penetra nel rapporto; così da stringere autonomia e solidarietà, scambio e dono, in un legame inestricabile. Come il dono induce uno scambio, una trama di rapporti obbliganti ed obbligati <sup>(55)</sup>, così il vincolo, la cui energia è dalle parti estesa nel tempo, contiene

<sup>(50)</sup> M.R. FERRARESE, *Le eccedenze...*, cit., p. 42.

<sup>(51)</sup> M.R. FERRARESE, *Le eccedenze...*, cit., pp. 42, 48-49. La differenza tra fiducia reciproca e obbligazione assume particolare significato nel quadro della *lex mercatoria*, quale espressione della frammentazione della forma del diritto in una molteplicità di sistemi sociali autonomi: TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, con presentazione di P. DONATI, Roma 2005, pp. 24-27.

<sup>(52)</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>(53)</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 1042.

<sup>(54)</sup> F. MACARIO, *Adeguamento...*, cit., pp. 59-60. Si direbbe che « proprio la presenza dei valori, segnatamente solidarietà e reciprocità, rappresenta la risposta all'individualismo tipico della contrattazione classica », M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto...*, cit., p. 54.

<sup>(55)</sup> È sufficiente in tal senso scorrere le norme del codice civile sul contratto di donazione per cogliere « la sfaccettata antropologia del dono e la sua articolata fenomenologia », S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, p. 124.

l'eccedenza di una fiducia che si fa dialogo: dialogo in tanto più fitto e propositivo in quanto quel rapporto è insidiato o compromesso, nei suoi elementi di equilibrio, da un evento inatteso.

Il contratto nel tempo assume così la fisionomia di uno strumento che segna un momento di « familiarizzazione delle diversità » <sup>(56)</sup>, riempiendosi di quegli elementi personalistici che il mercato e l'impresa hanno cura di eliminare. L'accostamento del termine « familiarizzazione » — chiamato in sociologia a designare le virtù sociali degli scambi di mercato — ai rapporti sopra descritti appare, nel suo significato giuridico, quanto mai appropriato. Non è per un gioco di assonanze linguistiche che l'ambito in cui più si avverte l'aspettativa di una revisione del rapporto e l'esigenza di un dialogo nella contesa è quello degli accordi incidenti nella sfera familiare <sup>(57)</sup>, che la dottrina, proprio a tali fini, inquadra nella categoria dei *relational contracts* <sup>(58)</sup>; e dove le « parti » in dissidio non possono che ritrovarsi immerse in attriti soggettivistici. Singolare, in questa chiave di lettura, appare il destino socio-giuridico dei contratti dominati dall'elemento « tempo », specie se stipulati da attori del mercato in posizione di parità: l'insidia della rottura del rapporto troverebbe riparo nella composizione, tra le parti « familiarizzanti », degli interessi in contrasto, recuperando in una logica solidale gli elementi personalistici del dialogo e della trattativa <sup>(59)</sup>; dai quali quegli stessi attori sembrano guardarsi all'atto di concludere accordi e stringere intese, custodendo in uno strategico silenzio le informazioni relative al probabile sviluppo dei termini dell'affare.

4.2. — La descritta linea sociologica suggerisce un raffronto con la scelta politica del legislatore italiano nella materia in esame. La categoria dei *relational contracts* presuppone che il tempo vincolato dall'accordo non sia vuoto, ma si riempia di un'affidabile regolarità di contegni dovuti, di un insieme di aspettative mai deluse, di condizioni fiduciarie in cui il rapporto viene a svolgersi. Il contenuto di disciplina generale (art. 1467 c.c.) non è indifferente al tempo protratto nel rapporto, che anzi assume a condizione della propria applicazione; ma, dalla sua storicità, isola soltanto avvenimenti estranei alla volontà e al comportamento dei contraenti. Eppure, dinanzi al fatto soprav-

<sup>(56)</sup> L'espressione è ripresa da M. R. FERRARESE, *Le eccedenze...*, cit., p. 47.

<sup>(57)</sup> Cfr., con riguardo agli accordi tra coniugi in sede di separazione o di divorzio, l'art. 155 *ter* c.c., l'art. 156, ult. comma, c.c., l'art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, nonché l'art. 710 c.p.c.

<sup>(58)</sup> A. ZOPPINI, *L'autonomia privata...*, cit., p. 235.

<sup>(59)</sup> Sul piano economico, l'assunta « familiarità tra le parti » nei contratti a lungo termine agevola l'adeguamento del contratto al mutamento dello stato di fatto ed è in grado di realizzare economie di comunicazione con l'adozione di un linguaggio specifico. V., con riferimento alle transazioni « idiosincrasiche », O.E. WILLIAMSON, *I costi transattivi e la disciplina del contratto*, (1980), tr. it. di G. FORLINO, in *Analisi economica del diritto privato*, Milano 1998, pp. 153-154.

venuto, non imputabile alla parte onerata, i teorici dell'obbligo legale di rinegoziare domanderebbero: non merita il contraente di fiducia, *partner* in affari, maggior riguardo? Non è forse da apprezzare con più rigore l'obbligo di tenere in conto l'utilità altrui<sup>(60)</sup>, quando questa risulti mortificata o insidiata dall'evento perturbatore? Il nostro ordinamento, fermo all'alternativa secca tra risoluzione e adempimento, non è in grado di fornire una risposta diretta<sup>(61)</sup>, cosicché il problema non può che essere trasposto su altri piani: *a*) l'analisi del complesso fenomeno dell'adempimento, capace, in certa misura, di fornire chiavi di lettura del problema<sup>(62)</sup>; *b*) l'autonomia privata, luogo in cui la reciproca fiducia, ove si accresca durante lo svolgimento del rapporto, è capace di trovare soluzioni efficaci e remunerative. In altre parole, l'« eccedenza di senso » indotta, in una prospettiva sociologica, dallo scambio di mercato protratto nel tempo non può tradursi, sul piano giuridico, in un « eccesso di fiducia » nella clausola generale di buona fede<sup>(63)</sup>.

4.3. — Il problema della sopravvenuta onerosità della prestazione dovuta è risolto dal legislatore italiano nel segno di un mobile equilibrio tra conservazione del rapporto e rimedio della risoluzione. La questione dell'adeguamento delle prestazioni, osservata nello schema normativo dell'art. 1467 c.c., rimanda all'esercizio, in diversa forma, dell'autonomia privata: o le parti trovano un accordo modificativo prima — o in occasione — del giudizio o la riduzione ad equità della prestazione compete, per ragioni di strategia legislativa, alla parte non onerata, che disporrà, secondo un giudizio di convenienza, dei propri interessi. Si fermi dunque l'attenzione su quel rinegoziare che, libero e mutevole, si svolge tra le parti durante l'esecuzione del contratto; e che sog-

<sup>(60)</sup> Sull'emersione nel nostro ordinamento di un nuovo principio di controllo « se non dell'equivalenza, di un accettabile rapporto tra diritti e obblighi tra le parti », che « impone all'imprenditore di tener conto anche dell'interesse e della condizione altrui », v. G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. Buonocore*, sez. I, Tomo I, Torino 2001, pp. 77-78.

<sup>(61)</sup> È da rilevare del resto che la « titubante » volontà politica di codificare il diritto civile a livello europeo (v. in proposito A. GAMBARO, *La riforma del diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2006, II, p. 27 ss.) riporta inesorabilmente la questione nei confini di quelle linee di evoluzione del nostro ordinamento indicate dalla legislazione vigente e dal consolidarsi di taluni principi propri della nostra tradizione giuridica, come quello dell'autonomia privata e dell'affidabilità dei patti (v. sul punto P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *G. it.*, 1999, I, c. 231). V. sulle ragioni ideologiche che si celano dietro alle prospettive che ruotano intorno alla buona fede oggettiva e all'intervento del giudice sul contenuto del contratto, nel raffronto tra « contratto rugiadoso » e « contratto rude », P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2005, I, pp. 499-502.

<sup>(62)</sup> Per una sintesi di tali problematiche, si rinvia a F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione* (*dir. civ.*), in *Enc. giur. Treccani*, agg. XV, Roma 2007, p. 7.

<sup>(63)</sup> All'eccesso di fiducia nella clausola accenna Rodotà nell'introduzione alla ristampa integrata del 2004 de *Le fonti di integrazione del contratto*, cosicché « il destino del contratto » sembra essere affidato interamente « ad una serie di nuovi doveri, in cui la buona fede s'intreccia con la lealtà, la solidarietà, il diritto a rinegoziare » (p. XI).

giace ai principi e alle regole di comportamento espresse negli artt. 1337-1338 c.c. Qui la relazione tra scambio e dono, istituita nei paradigmi disegnati dalla sociologia, si fa ancora più stretta e nitida. Isoliamo, nel considerare l'accadere del fatto perturbatore, le posizioni dei due contraenti, ai quali si schiude la prospettiva della risoluzione del rapporto. La parte onerata aspira a rinegoziare i termini del contratto. È un rinegoziare abitato da elementi psicologici ed economici: dall'analisi dei bisogni che inducono a richiedere la modifica del rapporto alle tecniche per conseguire un risultato remunerativo. La parte non onerata, che decida di rinegoziare, si adopera senza che il diritto lo esiga. Le ragioni possono essere molteplici: dall'evitare una lite dall'esito incerto al conseguire i benefici economici dell'altrui adempimento secondo i termini del rapporto riveduto. Ma accade, nella pratica degli affari e tra contraenti di pari forza, che la disponibilità a modificare le condizioni del contratto sia determinata da un senso di gratuità, volto a rafforzare, sul piano sociale e giuridico, il rapporto.

Non che sia assente, nell'atto di consentire la revisione del rapporto, un calcolo interessato, ma si tratta di una decisione che spesso trascende il valore economico dello scambio per assumere « un valore di legame » in quanto il legame assume una posizione di rilievo e preminenza <sup>(64)</sup>. Il contraente non onerato, rinegoziando, confida nella forza obbligante del dono, nella sua eccedenza di senso; che condizioni il contegno della controparte nell'ambito di un rapporto più stretto e duraturo, che trascenda la relazione presente. Si tratta, in altre parole, di un dono che l'altra parte avrà cura, in circostanze future e diverse, non scandite dal diritto, di ricambiare. Si affaccia il profilo del consolidarsi di un rapporto in condizioni fiduciarie, che trova nella logica normativa del dono la propria ragione e origine. Nulla, per il fatto di aver rinegoziato, potrà esigersi in futuro al di là del dovuto; il dono è, nella sua « definizione modesta » <sup>(65)</sup>, senza garanzia di restituzione in altra forma <sup>(66)</sup>; esso viene offerto senza avere indietro, nell'immediato, qualcosa. Ma il chiedere riguardi e nutrire aspettative, additando l'esperienza di un'alleanza solida e vantaggiosa, costerà minori scrupoli.

---

<sup>(64)</sup> A. CAILLÈ, *Il terzo paradigma. Antropologia filosofica del dono*, tr. it., Torino 1998, pp. 79-80, che introduce, accanto alla concezione tradizionale sul valore d'uso e sul valore di scambio dei beni e servizi, la nozione del loro « valore di legame », capace di creare e riprodurre relazioni sociali.

<sup>(65)</sup> Secondo questa definizione, « il dono esiste non appena sia accettata la possibilità di una mancanza della reciprocità, e non appena tale accettazione costituisca il segno sufficientemente non equivoco della generosità e del disinteresse », A. CAILLÈ, *Il terzo paradigma...*, cit., p. 81. In altre parole, tale definizione è qualificata come *modesta* « perché non fa del "disinteresse" la condizione *sine qua non* del dono e della generosità » (Ib., *op. loc. cit.*).

<sup>(66)</sup> L'obbligo di restituzione assume rilievo sul piano morale e sociale, « non sanzionabile per legge », M. AIME, *Da Mauss al MAUSS*, introduzione a M. MAUSS, *Saggio sul dono*, cit., p. XIII.



5. — Veniamo ora al terzo profilo d'indagine con cui si può affrontare la problematica in oggetto <sup>(67)</sup>, indicato non dalla tipologia di scambio realizzato dai contraenti, non dal descritto intreccio di elementi sociologici ed economici con l'elaborazione moderna della figura generale e astratta di obbligazione, ma dal raffronto tra il dato normativo vigente e le nuove linee di evoluzione del nostro ordinamento giuridico.

Tra i risultati perseguiti dalle teorie più sopra richiamate <sup>(68)</sup>, si segnala quello di trasporre i problemi di gestione del contratto sul piano del controllo dell'autonomia privata: controllo e condizionamento che, nella linea indicata, si realizzano, in relazione all'accadere di fatti perturbatori durante l'attuazione del rapporto obbligatorio, in ragione della sua struttura complessa. Tale prospettiva suscita un interrogativo, in grado di orientare in senso decisivo l'indagine sul problema del riequilibrio delle prestazioni: se l'attenzione non debba invece cadere sul regolamento della condotta precontrattuale. La domanda è alimentata da due rilievi. In primo luogo, si è notato che il contenuto di disciplina dell'art. 1467 c.c. devolve la questione del riequilibrio delle prestazioni all'esercizio del potere di autonomia dei contraenti. Qui la tutela dell'autonomia è così penetrante e sicura che, ove la parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione formuli, in base all'art. 1467, comma 3°, c.c., un'offerta dal contenuto specifico, il giudice « può soltanto pronunciarsi sulla efficacia di questa a impedire l'accoglimento della contrapposta domanda di risoluzione »; se si spingesse oltre, cadrebbe nel vizio della pronuncia *ultra petita*, « invadendo la sfera dispositiva delle parti » <sup>(69)</sup>. Il secondo rilievo proviene dall'analisi delle nuove discipline di settore che, raccogliendosi in micro-sistemi legislativi, hanno introdotto categorie ed istituti che ruotano intorno a cerchie di soggetti, classi di beni, particolari rapporti, segnando lo « sviluppo » e il « compimento del processo di decodificazione » <sup>(70)</sup>. L'indifferenza, in tali discipline, al tema della sopravvenuta eccessiva onerosità, non esaurisce la questione nella volontà legislativa di tener ferma la disciplina generale di cui all'art. 1467 c.c.; ma induce a stabilire se e in quale misura i principi e gli statuti normativi introdotti dalle nuove discipline forniscano in-

---

<sup>(67)</sup> V. *supra*, in conclusione del § 1.

<sup>(68)</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>(69)</sup> Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *G. it.*, 1993, I, 1, c. 2018 ss. Nelle applicazioni giurisprudenziali dell'art. 1467, comma 3°, c.c. soltanto l'offerta formulata in termini generici schiuderebbe la via all'intervento del giudice nell'individuazione delle modifiche contrattuali ritenute più adeguate, Cass. 25 maggio 1991, n. 5922, in *Rep. F. it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 359; in senso conforme, Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *F. it.*, 1990, I, c. 564.

<sup>(70)</sup> N. IRITI, « *Codici di settore* »: *compimento della « decodificazione »*, in *D. e società*, 2005, p. 133. Una diversa chiave di lettura del fenomeno è indicata da G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in questa *Rivista*, 2006, II, p. 355, che vi coglie il pieno recupero di centralità del codice civile, al quale i codici di settore possono considerarsi come leggi complementari.

dicazioni circa il controllo del sopravvenuto squilibrio economico delle prestazioni, offrendo all'interprete nuove chiavi di lettura del contenuto della disciplina generale. Si tratta di un movimento legislativo che, sostenuto da una nuova interpretazione dell'art. 41, comma 3°, Cost., è volto alla tutela della concorrenza, della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, nel segno della volontà politica di rimuovere gli ostacoli all'efficienza del mercato, promuovere l'utilità sociale e così correggere con misure appropriate le « disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche »<sup>(71)</sup>. Di tali obiettivi si fanno carico, nelle materie più varie, molteplici forme di controllo dell'autonomia privata, sovente disposte in favore di una determinata cerchia di soggetti. Strumenti che, provvedendo in diverso modo alla tutela dell'autonomia negoziale<sup>(72)</sup>, dell'equilibrio delle prestazioni e dell'equilibrio normativo<sup>(73)</sup>, realizzano l'esigenza di una parità di posizioni dei contraenti.

Si segnala, nel segno di un neoformalismo negoziale, l'introduzione delle norme, talune delle quali rifluite nel Codice del consumo<sup>(74)</sup> e qui richiamate in un disegno unitario, volte ad attribuire al requisito della forma scritta finalità informative e a garantire maggior certezza e conoscibilità dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto<sup>(75)</sup>: l'art. 47 Codice del consumo relativo all'informazione sul diritto di recesso in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; l'art. 117, d. legisl. 1° settembre 1993, n. 385, a garanzia della trasparenza delle condizioni contrattuali praticate dalle banche e

<sup>(71)</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 3.

<sup>(72)</sup> Il limite posto dalle nuove discipline alla libertà contrattuale dell'imprenditore viene ad identificarsi con il « divieto di abuso dell'autonomia negoziale », P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 302. V. sul nesso tra la nozione e la problematica dei rimedi nei contratti dei consumatori, G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in questa *Rivista*, 2005, I, pp. 627-640. Sul ruolo della buona fede oggettiva nei contratti d'impresa, capace di esprimere un punto di raccordo tra contratto squilibrato conseguenza dell'abuso e gestione del rischio economico, v. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2005, I, pp. 524, 530.

<sup>(73)</sup> G. OPPO, *Principi*, cit., pp. 69-75. Il tema si intreccia con l'idea di giustizia contrattuale, non riducibile ad una categoria generale e astratta e volta a rispondere alla diffusa esigenza « di assicurare e garantire un trattamento diversificato delle posizioni dei contraenti come tratto di un ordine sociale e giuridico oramai chiaramente delineato », G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europ. d. priv.*, 2006, p. 58.

<sup>(74)</sup> È un rifluire che esprime, non già un « riordino sistematico » come preannunciato con una certa solennità nella *Relazione*, ma un disorganico accorpamento di un insieme variegato di discipline normative, G. DE CRISTOFARO, *Il « codice del consumo »*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2006, p. 749. V. sul rapporto « in termini di separatezza » tra codice civile e codice del consumo, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto positivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impr.*, 2006, p. 707 ss.

<sup>(75)</sup> V. ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino 2002, pp. 29-30 con specifico riferimento alla disciplina dei contratti del consumatore.

dagli intermediari finanziari; l'art. 124, d. legisl. 1° settembre 1993, n. 385, in materia di contratti di credito al consumo; gli artt. 21 e 23, d. legisl. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediazione finanziaria; l'art. 2, l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura; gli artt. 2-3, d. legisl. 9 novembre 1998, n. 427, gli artt. 70-71 Codice del consumo relativi agli obblighi di informazione in materia di multiproprietà; gli artt. 85, 87, 88 Codice del consumo in materia di vendita di pacchetti turistici; gli artt. 52-53 Codice del consumo in materia di contratti a distanza; l'art. 3, l. 6 maggio 2004, n. 129, in materia di affiliazione commerciale <sup>(76)</sup>, nonché le norme, contenute nella stessa legge, relative agli obblighi precontrattuali di comportamento (art. 6) e all'annullamento del contratto per false informazioni (art. 8).

Altre norme si muovono nella direzione della tutela dell'equilibrio ora delle prestazioni ora dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto <sup>(77)</sup>. È sufficiente qui richiamare la nuova disciplina dell'usura introdotta con la l. 7 marzo 1996, n. 108 (art. 644 c.p.; art. 1815 c.c.); la previsione della « nullità », operante soltanto a vantaggio del consumatore e rilevabile d'ufficio, per le « clausole che, malgrado la buona fede, determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto » stipulato tra il consumatore e il professionista (artt. 33, 36 Codice del consumo); il divieto, introdotto dall'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, di « abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice » e alla previsione di nullità del patto attraverso il quale si realizzi tale abuso <sup>(78)</sup>; il comma 3° dell'art. 7, d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231, che in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, schiude la riconduzione, anche d'ufficio, ad equità dell'accordo gravemente iniquo.

Prende vigore, nel descritto quadro normativo, il principio di parità di posizioni nella formazione dell'atto di autonomia <sup>(79)</sup>, nella sua determinazio-

<sup>(76)</sup> Qui la forma legale necessaria ha finalità informativa: « a protezione del *franchisee* il contratto deve essere redatto per iscritto, in modo che possa costituire veicolo di informazioni », G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 763.

<sup>(77)</sup> Si veda in proposito G. OPPO, *Principi*, cit., pp. 69-78. Per una lettura dell'equilibrio contrattuale alla luce del principio di proporzionalità, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in AA.VV., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, Napoli 2002, p. 49 ss.: tale principio, con riguardo al rapporto tra diritti e obblighi, « vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste » (p. 57).

<sup>(78)</sup> Sulla relazione di somiglianza tra il divieto di abuso di dipendenza economica e la *gross disparity* (art. 3.10 dei *Principi Unidroit*) e l'*excessive or unfair advantage* (art. 4.109 dei *Principles of European Contract Law*) v. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura...*, cit., pp. 310-314.

<sup>(79)</sup> L'espressione è adoperata nel contesto della tutela del fondamento dell'autonomia contrattuale nella disciplina legislativa delle clausole vessatorie, da G. BENEDETTI, *Tutela del*

ne di contenuto; la tutela, in diversa forma, della libertà contrattuale costituisce, di tale principio, il prescelto strumento di attuazione. La parità non coincide con la congruità dello scambio o con l'equilibrio tra le prestazioni, ma si esprime ora nella consapevolezza della scelta negoziale ora in « un accettabile rapporto tra diritti e obblighi delle parti », reprimendosi lo squilibrio « significativo », « eccessivo » o « rilevante »<sup>(80)</sup>. Ad assumere rilevanza giuridica non è il rapporto fra le reciproche prestazioni o il merito dell'atto, ma il pieno e corretto esercizio del potere di autonomia, nonché la libertà e la consapevolezza nella scelta<sup>(81)</sup>, che trova nell'informazione e nella trasparenza, la propria garanzia. Talune delle fonti legislative sopra richiamate segnano un'espansione dei doveri di informazione. Questi assumono il contenuto più vario confermando il ruolo strategico di un « corretto processo informativo nella strutturazione e nel funzionamento del mercato competitivo »<sup>(82)</sup>. Tali doveri, circoscritti dal codice civile alle cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.), acquistano nuova energia e molteplicità di funzioni; si riempiono di contenuti analitici, si estendono a rischi economici futuri<sup>(83)</sup>, si convertono in requisito di forma scritta, suscitano in dottrina e giurisprudenza il problema della conseguenza della loro inosservanza, conteso tra norme di validità e norme di comportamento, tra nullità dell'atto ed obbligo di risarcimento del danno<sup>(84)</sup>. Il problematico combinarsi dell'iniziativa economica con l'utilità sociale trova riposte normative in contegni di contenuto conoscitivo, volti a far sapere e a rendere consapevoli della decisione negoziale.

---

*consumatore e autonomia contrattuale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1998, p. 26. Si tratta di una sintesi concettuale rispondente ai criteri di svolgimento della presente indagine. Con ciò non si intende rimuovere le rilevanti differenze tra le discipline relative ai contratti asimmetrici tra imprese, che ruotano intorno alla figura del terzo contratto, e la disciplina dei contratti del consumatore (v. in proposito F. DI MARZIO, voce *Contratti d'impresa*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, agg., Torino 2007, pp. 32-33).

<sup>(80)</sup> Nell'analisi dei molteplici interventi normativi in questa direzione, v. G. OPPO, *Principi*, cit., p. 77. È dato cogliere, nell'impiego dottrinale del concetto di abuso, riappropriatosi della zona dell'atto, il risultato di un progressivo processo di oggettivazione, G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in questa *Rivista*, 2006, II, pp. 258-262.

<sup>(81)</sup> V. con riguardo ai contratti del consumatore, N. IRTI, *Persona e mercato*, (1995), in *L'ordine giuridico del mercato*, pp. 103-104.

<sup>(82)</sup> A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. Lipari*, vol. III, Padova 2003, p. 71.

<sup>(83)</sup> Il profilo è segnalato, con riferimento al modello normativo introdotto dalla legge sulle SIM e in relazione alle operazioni di lunga durata, da A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 298.

<sup>(84)</sup> V. la pronuncia di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, p. 221 ss. Sul principio di autonomia o di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in questa *Rivista*, 2002, I, pp. 38-44. Il nesso tra violazione del canone buona fede ed effetto invalidante è invece indagato da F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impr.*, 1997, p. 417 ss.

6.1. — L'art. 1467 c.c. non può non schiudersi al nucleo di norme che si è richiamato e alla rinnovata esigenza di un controllo dell'autonomia privata, devoluto, in diverse materie, a doveri di informazione dal contenuto più vario. L'interrogativo è se la tutela dell'autonomia negoziale e della parità di posizioni negli scambi del mercato, che cade sul contratto e sulla sua formazione, si apra al sopravvenuto squilibrio delle prestazioni. Occorre stabilire se e in quale forma la consapevolezza della decisione negoziale si riduca all'atto e al suo contenuto o comprenda anche quei fatti, estranei alla volontà delle parti, in grado di incidere sullo svolgimento del rapporto, mutandone i termini economici di equilibrio. L'analisi concerne il contenuto dei doveri di informazione al momento di concludere contratti in cui viene in rilievo l'elemento « tempo ». Non è in questione la distinzione tra « contratto come fattispecie costitutiva e obbligazione come rapporto che ne deriva » che, sulla linea dell'esperienza pandettistica e della codificazione germanica, è penetrata, con qualche imperfezione, nel codice civile italiano <sup>(85)</sup>; non la linea tradizionale che separa l'atto dal rapporto; ma la rigida autonomia, nella materia in esame, tra le relative discipline, l'una, concernente la formazione della fattispecie costitutiva, che si interseca con il regolamento delle condotte precontrattuali, l'altra, il sopravvenuto squilibrio economico del rapporto contrattuale. Ora, il descritto movimento legislativo intorno ai doveri di informazione, che funge da « termometro » capace di misurare « il grado di lealtà che l'ordinamento è propenso a pretendere » nell'epoca moderna <sup>(86)</sup>, rende ragione dell'interpretazione in senso evolutivo dell'art. 1338; e della proposta di istituire una relazione tra tale norma, quale concreta applicazione dell'art. 1337 c.c. <sup>(87)</sup>, e l'art. 1467 c.c. Non viene in rilievo l'estensione delle discipline di settore ad una diversa categoria di soggetti, non il rapporto tra norma generale e norme particolari, ma piuttosto un'esigenza logica, funzionale all'attività ermeneutica: di piegare il giudizio di prevedibilità e/o imprevedibilità dell'avvenimento sopravvenuto alla disciplina, propria del nostro ordinamento, sulla logica solidale che governa le condotte precontrattuali e il fatto di conoscenza <sup>(88)</sup>. Il tema della conoscibilità dell'evento perturbatore, che definisce in diversa forma l'applicazione ora del 1° ora del 2° comma <sup>(89)</sup> dell'art. 1467 c.c. preclu-

<sup>(85)</sup> G. CIAN, *La figura generale...*, cit., p. 498.

<sup>(86)</sup> R. SACCO, *Il contratto*, 3° ed., in *Tratt. Sacco*, Torino 2004, t. I, p. 567.

<sup>(87)</sup> La stretta relazione tra l'art. 1337 c.c. e l'art. 1338 c.c. sta ad indicare che qualunque interpretazione sia data all'art. 1338 c.c., le ipotesi di comportamento scorretto non rientranti « nell'ambito dell'art. 1338, inevitabilmente ricadono sotto la disciplina dell'art. 1337 », F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, p. 3.

<sup>(88)</sup> La nozione di prevedibilità contiene il dovere di conoscenza, vale a dire, il dovere « di argomentare da una situazione attuale la verifica certa o probabile di una situazione futura », A. FALZEA, *Fatto di conoscenza*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano 1997, pp. 594-595.

<sup>(89)</sup> Si è in altro luogo rilevata, svolgendo più compiutamente la linea argomentativa

dedo la risoluzione del rapporto, non sarebbe circoscritto alla parte onerata, tutto raccolto intorno alla figura dell'onere e al principio di auto-responsabilità, ma si aprirebbe, ove sia dedotto in giudizio, alla parte non onerata, attribuendo rilievo alla disparità di posizioni contrattuali, alla veste professionale del contraente, alla sua nazionalità, alla possibilità di accesso all'informazione su fatti che rendono probabile il verificarsi del rischio. Si tratterà piuttosto di distinguere tra uno stato di fatto <sup>(90)</sup>, dotato di statuto normativo, in cui la questione rifluisce nell'obbligo, sebbene non incondizionato, di conoscere la legge <sup>(91)</sup> ed uno stato di fatto privo di disciplina giuridica. Ma in tutte quelle ipotesi nelle quali la considerazione dell'evento perturbatore, che incide sull'economia dell'affare e si riflette sulla scelta negoziale, dipende dal fatto di conoscenza della parte non onerata, questa non può restare estranea alla distribuzione del rischio economico <sup>(92)</sup>. Lo strumento del risarcimento del danno sarebbe qui chiamato a realizzare, in una gestione del rischio *ex post*, il controllo del sopravvenuto squilibrio economico delle prestazioni. La giurisprudenza rivela in questa direzione significative linee di tendenza. I doveri precontrattuali di informazione sono estesi al di là della lettera dell'art. 1338 c.c., riferiti non soltanto alle cause di inefficacia del contratto, ma anche alle circostanze che rendono probabile il verificarsi, durante l'attuazione del rapporto, di un evento incerto e futuro <sup>(93)</sup>. L'intreccio dei due fenomeni, conoscibilità del rischio e informazione, sembra da ultimo consolidarsi, segnando

accennata nel testo (cfr. F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano 2001, p. 109 ss.), l'inclinazione della giurisprudenza ad accentuare il profilo qualitativo dell'alea normale del contratto, donde la piena autonomia della nozione dal requisito quantitativo dell'onerosità eccessiva, sino a disperdere, talvolta sovrapponendo distinti piani di indagine, la rilevanza dell'alterazione quantitativa della prestazione ora nel fatto notorio ora nella conoscibilità dell'evento che ha prodotto lo squilibrio contrattuale.

<sup>(90)</sup> Si tratta, come indicato nella Relazione del Guardasigilli al progetto del libro delle obbligazioni del codice civile (§ 245) della « situazione specifica ambientale, esterna alle parti » posta in connessione con « l'entità economica ed obiettiva della prestazione ».

<sup>(91)</sup> È sufficiente qui richiamare l'attenzione alle norme contenute nel T.U. finanza, che lasciano indurre, in ciascun contraente nel mercato di borsa, il sopravvenire dei provvedimenti straordinari e restrittivi degli organi di controllo e di vigilanza; e, più in generale, al problema dell'attribuzione del rischio di incertezza della disciplina normativa applicabile al contratto e ai conseguenti doveri di informazione in favore del contraente straniero.

<sup>(92)</sup> L'informazione, tale da porsi al riparo da ogni forma di responsabilità risarcitoria, potrà avere in concreto il contenuto più vario, vertendo su circostanze generiche o specifiche di rischio: dal richiamare l'attenzione sulla natura del contratto che si viene stipulando — e così informare ad esempio il mutuatario sul carattere aleatorio del contratto di mutuo in Ecu — alla notizia del fatto specifico che rende probabile l'accadere dell'avvenimento oneroso.

<sup>(93)</sup> Si veda G. CRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli 1990, p. 195 ss. Si segnala all'attenzione la rilevanza *ex artt.* 1337-1338 c.c. del silenzio della parte, durante la stipulazione di un contratto sottoposto a condizione risolutiva, su « una circostanza che renda probabile l'avveramento della condizione », Cass. 20 aprile 1959, n. 1179, in *Giust. civ., Rep.*, 1959, « *Obbligazioni e contratti* », n. 483; Pret. Torino 4 luglio 1997, in *Rep. F. it.*, 1998, « *Contratto in genere: Elementi (del contratto)* », n. 381.

una « nuova stagione » della responsabilità precontrattuale <sup>(94)</sup>: il dovere di trattare in modo leale implica anche quello di fornire « alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto » <sup>(95)</sup>.

6.2. — Dal quadro normativo che si è richiamato viene a delinearci la rilevanza dello squilibrio economico delle prestazioni: a) può riguardare l'accordo e dunque suscitare l'applicazione dei relativi rimedi <sup>(96)</sup> quando costituisce l'effetto della turbativa della libertà di determinare il contenuto del negozio <sup>(97)</sup>; b) può sopravvenire, in dipendenza di eventi estranei alla volontà delle parti, durante l'attuazione del rapporto obbligatorio e schiudere l'ipotesi del risarcimento del danno quando si ravvisi un difetto di comunicazione sulla probabilità di fatti in grado di incidere sull'equilibrio del rapporto. Entra in gioco il coordinamento di carattere sistematico tra la disciplina dei fatti precontrattuali di conoscenza e i presupposti di applicazione dell'art. 1467 c.c. <sup>(98)</sup>. Si direbbe troppo se si affermasse che il contraente che non ha informato è causa della risoluzione del rapporto, ma il fenomeno lascerebbe intravedere una dilatazione del concetto di imputabilità; che, in un logico raffronto con l'art. 1256 c.c. <sup>(99)</sup>, individua nella conoscibilità dell'avvenimento futuro un indice della colpa e della responsabilità nella condotta precontrattuale. La conseguenza consiste qui nell'obbligo di risarcire il danno alla parte nella cui sfera giuridica si sono prodotte le conseguenze economiche dell'even-

<sup>(94)</sup> V. in relazione alla pronuncia di Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 295 ss.

<sup>(95)</sup> Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giust. civ.*, 2006, p. 1526 ss. La linea di accentuazione dei doveri precontrattuali di informazione è assunta dal *Code Européen des Contrats* (art. 7).

<sup>(96)</sup> Oltre ai rimedi previsti dal nostro sistema, l'attenzione cade sulla *gross disparity* (art. 3.10 dei Principi *Unidroit*), sulla situazione di *excessive benefit* o *unfair advantage* (art. 4.109 dei *Principles of European Contract Law*), sull'art. 3, comma 3°, del *Code Européen des Contrats*, sull'*Inhaltskontrolle* (par. 307 del BGB), nonché sull'art. 7:207 del libro II del *Draft Common Frame of Reference* del diritto privato europeo.

<sup>(97)</sup> G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *R. d. priv.*, 2000, p. 654. In altre parole, le nuove discipline introdotte nel nostro ordinamento non autorizzano la conclusione per cui « l'ingiustizia delle ragioni di scambio rileva *ex se* con effetti invalidanti, o per lo meno *correctivi*, della regola privata », U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano 2005, p. 365.

<sup>(98)</sup> Il carattere sistematico del proposto coordinamento tra le due norme non può che assumere valore *strumentale* e *soggettivo* (v. sul significato dei due termini in relazione al concetto di sistema, P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in questa *Rivista*, 1993, I, p. 409).

<sup>(99)</sup> Il raffronto è indotto dalla posizione di giurisprudenza che introduce nella nozione di « causa imputabile » dell'impossibilità la prevedibilità « al momento dell'assunzione dell'obbligazione » di un evento futuro, Cass. 28 novembre 1998, n. 12093, in *Rep. F. it.*, 1998, « *Obbligazione in genere* », n. 55; Cass. 5 giugno 1976, n. 2046, in *Rep. F. it.*, 1976, « *Obbligazione in genere* », n. 41; Cass. 7 gennaio 1970, n. 44, in *Rep. F. it.*, 1970, « *Obbligazioni e contratti* », n. 231.

to sopravvenuto. Saranno i caratteri della fattispecie concreta a dire se il difetto di informazione integri la responsabilità *ex artt.* 1337-1338 c.c. o il dolo incidente (1440 c.c.), tale che la parte onerata, se informata, avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse; e a determinare criteri per commisurare il risarcimento del danno secondo modalità che, come da ultimo si è chiarito<sup>(100)</sup>, si avvicinano alla tutela dell'interesse positivo<sup>(101)</sup>. L'ipotesi che si è venuta tratteggiando, che congiunge rischio economico e fatto di conoscenza, unisce il dover sapere al dover dire, rimuovendo una disparità di posizioni rispetto all'informazione, non può che avere una portata generale<sup>(102)</sup>; in mancanza di rimedi correttivi, in relazione alle sopravvenienze, nelle discipline di settore<sup>(103)</sup>, lo strumento del risarcimento del danno sarà chiamato a rispondere alle specifiche istanze della normativa di riferimento, secondo la singolarità della logica di quest'ultima.

È agevole intuire il mutamento di prospettiva cui si è pervenuti. La considerazione della dimensione temporale dei contratti in esame non è più in funzione di una relazione stabile e duratura, sancita dalle fonti dell'integrazione del contratto, ma si articolerebbe muovendosi dal rapporto alle trattative e alla formazione dell'atto, nell'apprezzamento di quei fatti di conoscenza capaci di lasciar prefigurare un mutamento dei termini economici dell'accordo. La concezione dinamica del tempo, che in questo individua un carattere non oggettivo e vuoto, « misurato con indici che trascurano ciò che di volta in volta è *nel tempo* », ma storico, vale a dire « riempito da contenuti umani, da accadimenti storici »<sup>(104)</sup>, finisce qui per rifluire in quella visione che identifica il rischio dell'accadere degli eventi nel sapere degli individui<sup>(105)</sup>, trovan-

<sup>(100)</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit.; Cass. 29 settembre 2005, n. 19014, cit.

<sup>(101)</sup> M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale...*, cit., p. 299.

<sup>(102)</sup> La linea qui indicata è dunque riferibile sia ai contratti civili che ai contratti commerciali o, secondo le linee del dibattito odierno, alla categoria dei contratti d'impresa, costruita in base ai nuovi elementi distintivi introdotti negli ultimi decenni (v. al riguardo G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa...*, cit., pp. 858-859); nonché ai contratti con i consumatori, sia che si intendano come materia del diritto civile in generale sia che vengano ricondotti alla categoria dei « contratti di mercato », volta a superare la distinzione tra consumatori e imprenditori (v., per questa nuova categoria, G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in questa *Rivista*, 2006, II, p. 43).

<sup>(103)</sup> È quanto si riscontra nel Codice del consumo che, in base agli artt. 38 e 142, orienta l'interprete a considerare i rimedi previsti dal codice civile lasciando allo stesso il compito e il peso di coniugare la disciplina generale con il diritto fondamentale all'equità (art. 2, comma 2°, lett. e)), elaborando una diversa relazione tra diritto ed equità nei rapporti contrattuali del consumatore. Sull'esigenza di ricondurre la richiamata nozione di equità all'equilibrio, non già economico, ma normativo, v. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino 2006, pp. 70-72.

<sup>(104)</sup> G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, (1955), trad. it., R. Cristin, Milano 1998, p. 25.

<sup>(105)</sup> Poiché « i rischi sono rischi *nel sapere*, la percezione dei rischi e i rischi coincido-



do un solido fondamento nella nozione soggettiva di probabilità <sup>(106)</sup>. Altro non è che quel sapere, tecnico o comune, di cui è dotato il contraente quando esprime il suo consenso all'atto di autonomia.

6.3. — Il coordinamento tra l'art. 1467 c.c. e l'art. 1338 c.c. lascia scorgere, nell'accennata problematica dei contratti incompleti, l'individuazione di nuovi indici e parametri di valutazione del conflitto di interessi in materia di sopravvenienze; capaci di determinare incentivi, distribuire la verifica del rischio, ridurre la probabilità di comportamenti opportunistici e le inefficienze della contrattazione. Nell'analisi economica, la disciplina delle sopravvenienze, le teorie dell'integrazione del contratto, il tema dell'interpretazione del contratto e della sua qualificazione giuridica esprimono criteri con i quali l'ordinamento giuridico risolve i problemi dell'incompletezza del contratto <sup>(107)</sup>. Proprio l'impossibilità di anticipare i possibili « stati del mondo » e di riconnetterli ai comportamenti dei contraenti, oltre a rivelare sul piano economico una inadeguatezza propria di ciascun contratto, ha acceso il dibattito negli studi statunitensi di analisi economica del diritto sul ruolo delle *default rules*: le regole, di fonte legale o di matrice giurisprudenziale, applicabili in assenza di una disciplina convenzionale. Con particolare riferimento agli eventi produttivi di eccessiva onerosità, la dottrina si è interrogata sulla regola che, in mancanza di una disciplina pattizia, sia idonea ad incentivare la rinegoziazione evitando la lite in giudizio e riducendo i costi necessari per conseguire un accordo modificativo, che possono essere elevati e di diversa natura <sup>(108)</sup>. Il criterio dell'efficienza economica spinge l'interprete ad individuare le regole giuridiche che, incidendo sui comportamenti e sulle strategie delle

---

no, sono un'unica e medesima cosa », U. BECK, *La società del rischio*, (1986), ed. it. a cura di W. Privitera, Roma 2000, p. 73.

<sup>(106)</sup> Si rinvia, con specifico riguardo al pensiero di Keynes e di de Finetti, alla mia monografia, *Normalità dell'alea...*, cit., spec., pp. 87-107. Per una concreta applicazione, in tema di caso fortuito, delle due concezioni dominanti negli studi sulla probabilità, vale a dire l'indirizzo soggettivo e il modello frequentista, v. P. TRIMARCHI, *Il « caso fortuito » quale limite della responsabilità per il danno da cose*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1959, pp. 808-813.

<sup>(107)</sup> G. BELLANTUONO, *Le regole di default nel diritto dei contratti*, in questa *Rivista*, 2000, I, p. 428. Nell'ambito specifico della ricerca di un criterio articolato di imputazione della responsabilità contrattuale, non riassumibile né nel concetto di colpa né nella responsabilità oggettiva, v. P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in questa *Rivista*, 2008, I, spec., pp. 344-346.

<sup>(108)</sup> V. sull'analisi dei costi *ex ante* e dei costi *ex post* nell'organizzazione economica della contrattazione e sulla loro interdipendenza, O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, (1986), a cura di N. Turvani, tr. it., 1987, pp. 93-96. Il tema schiude il problema più generale della natura « locale » del contratto e dell'indeclinabile esigenza di uniformità dei modelli contrattuali atipici, M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006, pp. 165-168.

parti, incoraggino una soluzione concordata <sup>(109)</sup>. In questa direzione si articola la ricerca, con l'ausilio delle clausole generali, di un principio che, a fronte della risoluzione del rapporto contrattuale, obblighi le parti a rinegoziare o il giudice a rivedere il contenuto del contratto su iniziativa della parte onerata. La preclusione, nel nostro ordinamento, di effetti difformi dalla disciplina generale è spiegabile con l'opzione normativa di attribuire alla sola parte non onerata, convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, il potere di offrire la modifica equitativa del contratto (art. 1467, comma 3°, c.c.). La norma rivela sul piano giuridico che il potere di autonomia è, nella fattispecie, estraneo al rapporto restando, rispetto alla sua struttura complessa, integro e incondizionato; nonché, sul piano economico, che il legislatore italiano ha inteso ridurre il rischio del comportamento opportunistico del debitore. Il fatto che all'esercizio unilaterale del potere di autonomia si riconnetta l'« estinzione » della « pretesa alla risoluzione », risponde ad una precisa scelta legislativa: « si vuole in sostanza che l'azione dipendente dalla sopravvenienza sia esercitata in buona fede, e che sia mantenuto, per quanto è possibile, il valore economico concreto rappresentato dal contratto » <sup>(110)</sup>. Si tratta di una motivazione che poggia sul nesso, indagato nella letteratura americana di analisi economica, tra principio di buona fede e opportunismo <sup>(111)</sup>. Ne segue che il riequilibrio delle prestazioni è conseguibile soltanto se la parte non onerata assuma l'iniziativa in tal senso <sup>(112)</sup>. Nel dubbio sull'esito della lite, il debitore, chiamato ad esempio ad affrontare una congiuntura di mercato sfavorevole, si trova in una posizione di svantaggio <sup>(113)</sup>: o invoca in giudizio la risoluzione per eccessiva onerosità o sopporta un peso di carattere economico superiore a quanto il vincolo in origine esigea. Uno dei nodi più stretti della tematica in esame è costituito dai criteri adottati in giurisprudenza per attribuire le conseguenze economiche del rischio alla parte nella cui sfera patrimoniale si è prodotto l'evento oneroso <sup>(114)</sup>. Gli indici della consapevolezza

<sup>(109)</sup> G. BELLANTUONO, *Le regole di default...*, cit., p. 451.

<sup>(110)</sup> Così, nella Relazione del Guardasigilli al progetto del libro delle obbligazioni del codice civile del 1942, § 246.

<sup>(111)</sup> V., con specifico riferimento al tema in oggetto, R.E. SPEIDEL, *The characteristics and challenges of relational contracts*, 94 *Nw. U.L. Rev.*, pp. 838-839 (2000).

<sup>(112)</sup> È dato scorgere del resto, proprio nello schema normativo dell'art. 1467, criteri utili a spronare le parti ad una libera rinegoziazione, G. OPPO, *Categorie contrattuali...*, cit., p. 47.

<sup>(113)</sup> Il creditore si trova invece in una posizione di vantaggio trovandosi a conseguire un profitto, inatteso quanto l'evento perturbatore, superiore a quello previsto (G. BELLANTUONO, *Le regole di default...*, cit., p. 451). Si anima qui la prospettiva dello *jus belli* nei conflitti contrattuali, dove la parte onerata « vuol far valere appieno il proprio vantaggio » opponendo alla domanda giudiziale « la dura scelta fra piena soccombenza o perdita dell'affare », A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in questa *Rivista*, 2004, II, p. 52.

<sup>(114)</sup> Il nodo è dovuto, secondo un profilo di studio di analisi economica, ad « una stra-

del rischio, in assenza di una disciplina convenzionale, sono diversi e talvolta sovrapponendosi pervengono allo stesso risultato: l'interpretazione letterale del contratto, l'analisi del tipo di contratto <sup>(115)</sup>, l'entità del prezzo pattuito <sup>(116)</sup>, la notorietà della disciplina legislativa, l'indagine sul contratto stipulato in concreto. Tra questi si è sopra segnalata la regola della prevedibilità dell'evento che, intrecciandosi con la problematica dell'assunzione del rischio, determina in diversa forma le modalità di applicazione ora del 1° ora del 2° comma dell'art. 1467 c.c. impedendo la risoluzione del rapporto <sup>(117)</sup>.

Ora, l'analisi degli incentivi, che promuove il nesso di incidenza tra regole giuridiche e comportamenti delle parti, conduce ad individuare una regola che, compatibile con i principi del nostro sistema, non svuoti di significato la disciplina contemplata dall'art. 1467 c.c. L'introduzione di un criterio di valutazione che, nella distribuzione del rischio economico, tenga conto anche della condotta precontrattuale della parte non onerata <sup>(118)</sup>, non può che rafforzare la posizione del debitore, riducendo il pericolo di comportamenti opportunistici della prima e aumentando la probabilità di una rinegoziazione. Si affaccia l'idea di una valutazione degli incentivi trasmessi dalla regola del ri-

---

tegia passiva » dei giudici, riscontrata nella maggioranza dei casi non esonerativi dall'adempimento, per i quali la teoria tradizionale orienta i giudici, dinanzi ad un contratto incompleto, verso la scelta della soluzione equitativa, benché non sia stato « identificato alcun criterio equitativo largamente accettato che dica quale delle parti debba essere beneficiata e quale oppressa se gli eventi esogeni creano problemi nell'esecuzione », A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in AA.VV., *L'analisi economica del diritto*, a cura di D. Fabbri-G. Fiorentini-L.A. Franzoni, tr. it., 2000, p. 117.

<sup>(115)</sup> M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969, pp. 350-351; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3° ed., in *Tratt. Sacco*, t. II, Torino 2004, pp. 715-716. Nell'esperienza italiana, l'interprete, « prima di chiedersi se il testo contrattuale è completo o incompleto, è abituato a chiedersi di quale contratto si tratta », A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 15.

<sup>(116)</sup> V., con riguardo agli indici della situazione presupposta, E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, *Studi*, Napoli 1997, p. 161.

<sup>(117)</sup> Altro problema, nell'analisi del comma 1° e del comma 2° dell'art. 1467 c.c., è stabilire in quale modo la prevedibilità dell'evento costituisca elemento del giudizio di normalità dell'alea, senza compromettere l'autonomia della sua rilevanza rispetto all'ambito di operatività del comma 1° della norma. V. sull'applicazione, con accenti diversi, del criterio della prevedibilità: Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Rep. F. it.*, 2006, « *Contratto in genere: Rescissione e risoluzione*, n. 641; Cass. 23 febbraio 2001, n. 2661, in *F. it.*, 2001, I, c. 3254 ss.; Cass. 4 agosto 1988, n. 4825, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, p. 306 ss.; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1706 ss. Per le linee del dibattito sul criterio della prevedibilità dell'evento nella letteratura di analisi economica del diritto, v. J. ELOFSON, *The dilemma of changed circumstances in contract law: an economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer tests*, 30 *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, p. 1 (1996), ove un raffronto con la teoria del « superior risk bearer » elaborata da R.A. Posner-A.M. Rosenfield e poi ripresa da C.J. Bruce, volta a identificare, nella distribuzione del rischio, la parte che si trova nella migliore condizione per prevenire l'accadere dell'evento e neutralizzarne gli effetti economici.

<sup>(118)</sup> V. *supra*, § 6.

sarcimento del danno in una materia alla quale è estranea. È intuibile l'effetto ulteriore del consolidarsi di una regola che, in relazione a circostanze generiche o specifiche di rischio, penalizza il contraente che sa o doveva sapere: di agevolare, durante la le trattative e la conclusione del contratto, lo scambio di informazioni tra le parti incoraggiando la gestione in via negoziale delle sopravvenienze <sup>(119)</sup>. Sarà compito dell'analisi economica del diritto stabilire se tale regola, nello studio dei modelli economici sulla rinegoziazione <sup>(120)</sup>, sia rispondente a criteri di efficienza allocativa delle risorse <sup>(121)</sup>. Qui si può soltanto osservare che si tratterebbe di una regola che riflette le linee di evoluzione del nostro sistema giuridico, risultando compatibile con il contenuto della disciplina generale.

---

<sup>(119)</sup> Il tenore di una regola così concepita si lascerebbe inquadrare nella categoria, elaborata dalla dottrina statunitense, delle *penalty default rule*, volta a ridurre le inefficienze derivanti da asimmetrie informative. I. AYRES-R. GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, in 99 *Yale law. jour.*, p. 87 (1989). V., per la più recente discussione, E.A. POSNER, *There are no penalty default rules in contract law*, 33 *Fla. St. U. L. Rev.*, p. 563 (2006); E. MASKIN, *Rationale for penalty default rules*, 33 *Fla. St. U. L. Rev.*, p. 557 (2006); nonché la successiva replica ai due contributi qui richiamati di I. AYRES, *There are and should be penalty defaults*, 33 *Fla. St. U. L. Rev.*, p. 589 (2006).

<sup>(120)</sup> Si veda A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti...*, cit., pp. 117-120.

<sup>(121)</sup> Il problema è avvertito da F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: una nuova clausola generale?*, in questa *Rivista*, 2005, I, p. 699, ove gli studi di analisi economica sono chiamati a dare risposta alla diversa soluzione dei rimedi correttivi.

