

QUALCHE OSSERVAZIONE SULLA (AUSPICABILE, MA NON COSÌ PROSSIMA) RIFORMA ITALIANA DEL CODICE CIVILE¹

SOME OBSERVATIONS ON THE (DESIRABLE, BUT NOT SO NEAR) ITALIAN REFORM OF THE CIVIL CODE

Mauro Grondona²

Professore ordinario di Diritto privato, Dipartimento di Giurisprudenza (UNIGE, Università di Genova, Itália)

AREA(S): diritto civile straniero; riforma legislativa.

ASTRATTO: Il lavoro si interroga sul perché il codice civile italiano, entrato in vigore durante il regime fascista, sia poi rimasto in vigore dopo la caduta del regime, e soprattutto dopo la Costituzione repubblicana del 1948. Ciò è stato possibile perché i giuristi che hanno redatto il codice civile avevano in sostanza conservato una cultura giuridico-politica che li ha, almeno in parte, preservati da una pedissequa attuazione delle direttive ideologiche del regime. Certamente, dal 1948 a

oggi, il codice ha conosciuto modifiche che, però, nella materia contrattuale, non hanno assunto una particolare rilevanza. Tuttavia, nel corso degli ultimi decenni, in tutti gli ordinamenti giuridici liberal-democratici si è assistito a una espansione di due esigenze che sono anche formulabili in termini di principi generali: il principio della tutela del contraente debole, al di là della circostanza che il contraente debole sia un consumatore, e il principio della adattabilità del contratto a quelle sopravvenienze non imputabili alla condotta delle parti. A partire da questo sfondo, si procede all'analisi del disegno

¹ Con l'aggiunta di qualche nota essenziale, nonché di qualche miglioramento della forma espositiva, è il testo della lezione (dal titolo 'O Projeto de reforma do Código civil italiano') che ho avuto il piacere di svolgere, su invito dell'amico professor Fábio Siebeneichler de Andrade, che, come sempre, molto ringrazio per la sua amabilità, all'interno del Programa de Pós-Graduação em Direito della Escola de Direito della Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, il 25 agosto 2021.

² *E-mail:* mauro.grondona@unige.it. *Curriculo:* <https://rubrica.unige.it/personale/UkNHX1xv>. *Orcid:* <https://orcid.org/0000-0003-4845-8400>.

di legge n. 1151 del 19 marzo 2019 ('Delega al Governo per la revisione del codice civile'), presentato dal governo italiano al parlamento, per la riforma del codice civile italiano. Il lavoro si sofferma quindi sull'analisi di tre ambiti della riforma: le trattative precontrattuali, la lesione, da parte del contratto, di diritti della persona costituzionalmente protetti, la rinegoziazione.

ABSTRACT: *The work begins by asking how the Italian civil code, which came into force during the fascist regime, remained in force after the fall of the regime, and especially after the republican constitution of 1948. This was possible because the jurists who have it drafted had essentially preserved a juridical-political culture which has, at least in part, preserved them from a slavish implementation of the ideological directives of the regime. However, from 1948 to today, the code has certainly undergone changes internally which, in terms of the contract, have not known significant interventions by the legislator. However, over the last few decades, in all liberal-democratic legal systems there has been an expansion of two requirements that can also be formulated in terms of general principles: the principle of protection of the weak contractor, beyond the circumstance that the weak contractor is a consumer, and the principle of adaptability of the contract to those contingencies not attributable to the conduct of the parties. From this background, it proceeds to the analysis of the bill n. 1151 of March 19, 2019 ('Delegation to the Government for the revision of the civil code'), presented by the Italian government to the Parliament, for the reform of the Italian civil code. The work then proceeds to the analysis of three areas of the reform: the pre-contractual negotiations, the infringement by the contract of constitutionally protected personal rights, and the renegotiation.*

PAROLE CHIAVE: Codice Civile Italiano; riforma in corso; problematiche contrattuali.

KEYWORDS: *Italian Civil Code; reform in progress; contractual issues.*

SOMMARIO: 1 Premessa retrospettiva; 2 Il quadro di sfondo; 3 La riforma del codice civile: le trattative precontrattuali; 4 Segue: il contratto pregiudizievole dei diritti della persona costituzionalmente protetti; 5 Segue: la rinegoziazione.

SUMMARY: *1 Retrospective premise; 2 The background picture; 3 The reform of the civil code: pre-contractual negotiations; 4 Follows: the contract prejudicial to the constitutionally protected rights of the person; 5 Follows: renegotiation.*

1 PREMESSA RETROSPETTIVA

Come è perfettamente ovvio, parlare di riforma del codice civile significa parlare di un tema molto delicato sotto tutti i punti di vista: politico, tecnico-giuridico, economico, e soprattutto culturale³.

E bisogna anche dire che si tratta di un tema non da tutti accolto con favore, nel senso che, quando si parla di riforma dei codici, e in particolare di riforma del codice civile, si sollevano anche molti timori e comunque perplessità, quasi che la 'riforma del codice' fosse una metafora di un cattivo lavoro intellettuale. Per essere molto netto, quando si tratta di riformare i codici, si avverte sempre nell'aria quel po' (invero troppo) di 'feticismo codicistico' che non rende il contesto culturale particolarmente accogliente.

In ogni modo, dato che il tema è difficile e delicato, forse anche per trovare una qualche ispirazione, ho riletto un corposo (e molto ideologizzato) testo di un illustre giurista italiano del passato, ben noto anche in Brasile, e che peraltro visitò Porto Alegre per ragioni di studio: Emilio Betti⁴.

Ora, appunto Emilio Betti, con un articolo pubblicato nel 1941⁵, dimostra *per tabulas* piuttosto bene qualcosa che, almeno a prima vista, assai dovrebbe infastidire, anzi turbare, soprattutto se le parole di Betti vengano lette da un uditorio non italiano, e *a fortiori* se si pensa che il codice civile del 1942 è tuttora in vigore. Il codice civile italiano, entrato infatti, in vigore nel 1942, ha sì recepito (questa è appunto la prospettiva delineata da Betti, che è interprete degno della massima fede, in quanto giurista fascista, o forse meglio corporativista – certamente antidemocratico⁶) numerose direttive politiche

³ V. ora Nicola Rondinone, *Impresa e commercialità attraverso il "lato oscuro" dell'unificazione dei codici*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁴ Cfr. infatti Emilio Betti, *Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico*, in *Jus*, 1959, pp. 266-275.

⁵ Emilio Betti, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere – Milano*, vol. LXXIV, Classe di Lettere, 1940-41, pp. 301-381; ma va allora altresì visto, dello stesso Emilio Betti: *Il quarto libro nel quadro del progetto del codice civile*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. IV, Padova, Cedam, 1940, pp. 27-65; nonché Id., *A proposito di una revisione del codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1945, I, pp. 20-22.

⁶ Cfr. i saggi raccolti in Antonio Banfi, Massimo Brutti, Emanuele Stolfi (a cura di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma, RomaTre Press, 2020 (il

del regime fascista (in particolare, quelle direttive che il regime riconduceva alla categoria della solidarietà corporativa), ma è stato (e rimarrà, possiamo dire retrospettivamente, dato che Betti scriveva prima dell'entrata in vigore del codice, affinché i codificatori fossero più attenti all'ideologia fascista) troppo prudente, dal punto di vista, appunto, ideologico; pertanto, il codice risulta ancora un po' troppo imbevuto del vecchio individualismo liberale ottocentesco, un grave limite, come noto, agli occhi di Betti, ferocemente anti-individualista.

2 IL QUADRO DI SFONDO

Apparentemente, questo riferimento a Betti potrebbe apparire un fuor d'opera, a maggior ragione se il tema di cui intendo qui occuparmi è l'attuale riforma del codice civile.

Ma la ragione della premessa retrospettiva è piuttosto chiara.

Intanto, perché bisogna capire come abbia fatto il codice civile italiano, dopo la caduta del regime, e soprattutto dopo la costituzione repubblicana del 1948, a rimanere in vigore (ma non va dimenticato che è addirittura rimasto in vigore il codice penale, del 1930, dunque adottato in pieno regime fascista: ma anche la riforma del codice penale ha sempre creato qualche imbarazzo, come se l'eccellenza tecnica del 1930 fosse qualcosa da venerare: atteggiamento anche questo piuttosto ingenuo, perché immagina una tecnica giuridica più forte della politica legislativa e, con espressione più moderna, della politica del diritto: ma è vero l'esatto contrario).

Poi, perché bisogna anche capire in che senso, dal punto di vista politico (cioè dal punto di vista della politica del diritto, forse maggiormente sviluppata

volume è in open access: <https://romatrepress.uniroma3.it/libro/dallesegesi-giuridica-alla-teoria-dellinterpretazione-emilio-betti-1890-1968/>), e in particolari i contributi (illuminanti) di Italo Birocchi, Emilio Betti: il percorso intellettuale e il tema dell'interpretazione, pp. 11-44, e di Massimo Brutti, La "dissoluzione dell'Europa": ideologia e ricerca teorica in Betti (1943-1955), pp. 45-102. Ma allora va visto anche Emilio Betti, Comunidad mediterránea, in Nuestro tiempo, Octubre 1961, pp. 1227-1231, nel quale la missione culturale comune di Paesi come Spagna, Portogallo e Italia è fondata sulla critica alla ideologia democratica (p. 1230), e quindi sulla difesa dei regimi autoritari allora al governo in Spagna e in Portogallo, in aperta critica a «los órganos responsables de la política italiana», vittime di «prejuicios doctrinarios teñidos de una particular ideología política que lleva a desconocer el fundamento de legitimidad de los regímenes en los que se basan los ordenamientos estatales de España y Portugal como natural consecuencia de las vividas y sufridas vicisitudes históricas recientes en ambos países» (ivi).

dagli interpreti, che non dal legislatore, almeno a partire dagli anni settanta del novecento, per ragioni eminentemente culturali⁷), il codice civile italiano vigente presenti, oggi, aspetti critici, o comunque rispetto al diritto civile vigente (così emergendo la nota endiadi tra diritto vigente e diritto vivente).

Cerco di rispondere molto brevemente a queste due domande.

Prima risposta: il codice civile è rimasto in vita, nonostante la caduta del fascismo, perché i giuristi che lo hanno redatto avevano in sostanza conservato una cultura giuridico-politica che li ha, almeno in parte, preservati da una pedissequa attuazione delle direttive ideologiche del regime. Questo elemento di cautela, tra il culturale e il politico (cautela che, però, a ben vedere, ormai da tempo è stata sottoposta a un attento scrutinio, e non solo da parte degli storici del diritto, onde appunto evitare, o troppo facili giustificazionismi, o, peggio ancora, vere e proprie falsificazioni storiche, quando non storiografiche, a proposito di un antifascismo occulto, che c'era ma non appariva, e che però, dopo la caduta del regime, avrebbe svolto una funzione di riabilitazione politica di molti accademici, nonché della magistratura)⁸, sarebbe stato dunque decisivo per rivestire della forza tecnico-giuridica la resistenza contro la volontà politica del regime.

Ecco, la figura di Betti è in questo senso esemplare, poiché egli era apertamente contro questa linea (certamente presente, all'interno del ceto dei giuristi, anche se poi, in chiave storica e storiografica, è fondamentale accertarne la effettiva portata, anche quantitativa): la dottrina civilistica avrebbe infatti dovuto trasformare in categorie, in concetti, in regole tecniche quelle che erano le direttive politiche del legislatore. Quindi, una dottrina del tutto servente rispetto alla politica legislativa⁹.

⁷ Cfr. Luca Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁸ V. in particolare Italo Birocchi, Luca Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, RomaTre Press, 2015; Italo Birocchi, Giovanni Chiodi, Mauro Grondona (a cura di), *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, RomaTre Press, 2020, e ivi specialmente i saggi di: Italo Birocchi, *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario: la politica e il diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, pp. 23-97; Giovanni Chiodi, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, pp. 201-260; Alberto Vespaziani, Luis Rosenfield, *'Fascismo tropicale', ovvero la recezione della dottrina fascista italiana nel Brasile dell'Estado Novo di Vargas*, pp. 449-461.

⁹ Cfr. infatti Emilio Betti, *Per la riforma del codice civile*, cit., p. 309: «La soluzione additata dalla politica legislativa non può trovare ostacolo in difficoltà o preoccupazioni puramente teoriche, giacché non essa va piegata e adattata al paradigma di schemi e concetti scientifici, ma viceversa questi debbono

Seconda risposta: dal 1948 a oggi, il codice ha certamente conosciuto, al suo interno, modifiche, ma, se guardiamo alla materia del contratto, che qui ci interessa più da vicino, sia la parte generale, sia la parte speciale (dedicata ai contratti tipici), non hanno conosciuto significativi interventi da parte del legislatore. La riforma certamente più importante è stata quella relativa ai contratti dei consumatori, ma la disciplina, dal 2005, anno di entrata in vigore il codice del consumo, sta al di fuori del codice civile.

Possiamo allora restringere ancora un po' il campo di osservazione, dato che, naturalmente, la parte più delicata è proprio quella sulla parte generale del contratto (quella ricompresa negli artt. 1321-1469). Questa parte è esattamente uguale al 1942, salvo per la circostanza che sono stati cancellati i riferimenti alle cosiddette norme corporative, norme inderogabili che il fascismo aveva introdotto, nell'ottica della solidarietà corporativa, per imporre limiti all'autonomia privata¹⁰. Va subito detto che la presenza nel codice delle norme corporative è stata molto breve, dal punto di vista cronologico (sono state cancellate nel 1944), e piuttosto insignificante, dal punto di vista operativo. Ecco che, allora, venendo meno quelle norme (o parti di norme) nelle quali era in effetti netta la cifra ideologica del regime, il codice civile è potuto rimanere in piedi. Tutt'altre sarebbero state le difficoltà, evidentemente, se, al contrario, la fascistizzazione del codice fosse passata attraverso una attività redazionale maggiormente invasiva.

Ma la seconda domanda, che prima ho formulato un po' retoricamente, richiede qualche altro elemento, ai fini di una risposta che non sia troppo

servire alla comprensione e alla elaborazione della soluzione prescelta; in modo analogo come nella costruzione di un edificio l'opera dell'ingegnere deve subordinarsi alla concezione dell'architetto e servire a realizzarla. Diritto e politica, insomma, sono strettamente congiunti, nel senso che ogni struttura politica esige il diritto che più le conviene, e la scienza del diritto è chiamata a realizzare con logica coerenza le soluzioni additate dalla politica legislativa. Del resto le rispettive sfere di competenza vanno mantenute ben distinte, e tanto maggior pregio ha la legge quanto meno ha bisogno di definizioni e distinzioni: le quali sono di competenza della scienza, e nella legge sono giustificate solo in quanto costituiscono l'indispensabile premessa della sua disciplina». Passaggio, però, in certa misura problematico, perché, da un lato, attribuisce alla dottrina il compito di attuare scientificamente (attraverso la predisposizione del testo di legge) le direttive politiche; dall'altro lato, però, de-tecnizza la legge (intesa come testo), per poi rinviare alla scienza il compito di attuare, *ex post*, le direttive politiche, dando così evidentemente vita a una nuova serie di concetti giuridici o a una rilettura innovativa dei tradizionali concetti giuridici.

¹⁰ Cfr. Salvatore Pugliatti, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, pp. 358-375.

insoddisfacente. Bisogna allora subito precisare che, dal 1942 a oggi, l'aspetto del codice civile forse maggiormente invecchiato è l'idea di una rigidità contrattuale, di un vincolo quasi inespugnabile, un po' come se il contratto rappresentasse un mondo a sé, un mondo chiuso, appunto il mondo dell'autonomia privata¹¹, il mondo dell'affare, dell'operazione economica¹² che le parti hanno elaborato, e niente di più.

Tuttavia, nel corso di questi decenni, in tutti gli ordinamenti giuridici (e dire 'in tutti gli ordinamenti giuridici' naturalmente significa: negli ordinamenti giuridici liberal-democratici) si è assistito a una espansione di due esigenze che sono anche formulabili in termini di principi generali (all'interno di una teoria generale del contratto che, a mio modo di vedere, dovrebbe essere sempre più pensata nella prospettiva trans-nazionale, il che non significa affatto ridurre al silenzio le specifiche esigenze di contestualizzazione): il principio della tutela del contraente debole, al di là della circostanza che il contraente debole sia un consumatore, e il principio della adattabilità del contratto a quelle sopravvenienze non imputabili alla condotta delle parti: qui, evidentemente, a una rinegoziazione contrattuale fondata sulla buona fede – ma una buona fede tutta proiettata sull'economia della pattuizione, cioè sull'operazione economica.

Possiamo allora anche dire, in sintesi, che la contemporanea teoria generale del contratto sta riflettendo criticamente sia sul senso del vincolo contrattuale, sia sul senso della forza di legge del contratto.

3 LA RIFORMA DEL CODICE CIVILE: LE TRATTATIVE PRECONTRATTUALI

A questo punto, abbiamo, sperabilmente, qualche elemento di contesto e di sfondo per chiederci come potrebbe realizzarsi la riforma del codice civile italiano in materia di contratto (ma, allora, va anche subito precisato che, al momento, la riforma del codice non è all'ordine del giorno, in ambito giuridico;

¹¹ Da vedere ora Guido Alpa, *Autonomia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 1-47.

¹² Un'ampia e aggiornata trattazione critico-ricostruttiva si legge ora in Enrico Gabrielli, *Operazione economica*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 729-752.

è molto più urgente, ad esempio, la riforma, almeno parziale, del processo penale, nonché del processo civile, con riguardo ai tempi del processo).

In ogni modo, c'è il disegno di legge n. 1151 del 19 marzo 2019 ('Delega al Governo per la revisione del codice civile')¹³, presentato (di concerto con il Ministro della giustizia) dall'allora Presidente del Consiglio dei ministri, Giuseppe Conte, che è un professore di diritto privato – e infatti si avverte la sua presenza diretta, tanto nel disegno di legge quanto nella Relazione che lo accompagna.

Il disegno di legge è composto da due articoli: l'art. 1 è norma sostanziale e contiene i principi e i criteri direttivi che il Governo dovrà seguire onde attuare la legge delega, quando, e se, sarà approvata¹⁴; l'art. 2 è norma meramente procedurale.

I principi e criteri direttivi si estendono dalla lettera a) alla lettera p), e la materia del contratto si trova in particolare disciplinata alle lettere f), g), h), i), l).

Non potrò analizzare in modo sufficientemente approfondito tutti questi aspetti, e allora occorre effettuare una scelta, che riguarda i seguenti tre ambiti, sicuramente rilevanti anche, o soprattutto, nella chiave della teoria generale del contratto: le trattative precontrattuali, la lesione, da parte del contratto, di diritti della persona costituzionalmente protetti, la rinegoziazione.

Conviene forse procedere in questo modo: prima vediamo la regola dettata dalla riforma, poi vediamo la regola esistente nel codice civile, e infine facciamo un confronto.

In materia di trattative precontrattuali, la lettera f) del disegno di legge così dispone: occorre prevedere, «nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto».

¹³ <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/51488.htm>.

¹⁴ «Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi».

Ora, nel codice civile italiano, sono due le norme espressamente dedicate alla responsabilità precontrattuale: gli articoli 1337 e 1338¹⁵. Qui possiamo limitarci a considerare l'art. 1337, che contiene il cuore della disciplina: la responsabilità precontrattuale si ha quando uno dei due soggetti coinvolti nella trattativa non si comporta in conformità al principio di buona fede, quindi tiene un comportamento scorretto, come tale lesivo dell'affidamento altrui.

Per capire il senso delle riforma (una riforma che, almeno su questo punto, non rivoluziona alcunché, recependo infatti essa una regola giurisprudenziale, ormai consolidata), bisogna precisare che l'idea originaria era che la responsabilità precontrattuale scatta, o quando il contratto non è stato concluso perché una delle due parti ha receduto dalla trattativa andando però a ledere il legittimo affidamento dell'altra parte (responsabilità precontrattuale derivante da un recesso ingiustificato), oppure quando il contratto è stato sì concluso, è invalido, poiché una delle due parti ha taciuto all'altra l'esistenza di una causa di invalidità, che conosceva o che avrebbe dovuto conoscere (questa, infatti, è la regola dettata dall'art. 1338).

Orbene, la giurisprudenza ha progressivamente esteso la portata della buona fede precontrattuale, pervenendo a questo risultato: la responsabilità scatta anche quando il contratto è stato sì concluso, ma una delle due parti ha subito un danno in conseguenza della lesione dell'affidamento, perché l'altra parte non le ha comunicato un'informazione fondamentale: la parte in possesso dell'informazione ha taciuto e da questo silenzio è derivato un danno alla controparte.

La giurisprudenza ha evidentemente inteso proteggere, attraverso il rimedio del risarcimento del danno precontrattuale, quegli affidamenti dalla cui lesione non può originarsi un rimedio distruttivo del contratto; ma un danno si è verificato, perché, se la parte non informata avesse avuto invece quell'informazione, avrebbe, verosimilmente, ottenuto condizioni contrattuali diverse.

¹⁵ Cfr. l'ampia trattazione che al tema dedica ora Mauro Orlandi, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 996-1031.

Questa regola va così a completare, tanto dal punto di vista teorico che pratico, i rimedi in tema di vizi del consenso¹⁶, nel senso che cerco brevemente di chiarire.

Anche il codice civile italiano, quando disciplina il dolo, distingue tra il dolo determinante del consenso e il dolo incidente (è la stessa prospettiva che incontriamo negli articoli 145 e 146 del codice civile brasiliano). Si ha dolo incidente quando l'inganno ha prodotto conseguenze meno gravi, e infatti il contratto non è annullabile (come invece accadrebbe se fossimo in presenza di un dolo determinante), appunto perché la parte che è stata ingannata avrebbe comunque concluso il contratto, ma a condizioni diverse, cioè più favorevoli. Il rimedio è dunque risarcitorio.

Ma allora è facile prospettare la seguente obiezione: perché la riforma intende integrare la tutela del contraente vittima di un dolo incidente, passando per il versante della responsabilità precontrattuale? Non basta la disciplina codicistica in tema di dolo incidente, che appunto offre il rimedio risarcitorio (peraltro, parametrato, nel *quantum*, al danno precontrattuale)? L'obiezione, a prima vista, è pertinente, ma occorre allora osservare che la giurisprudenza italiana, affinché possa essere configurata la fattispecie del dolo (compreso il dolo incidente), richiede una condotta attiva, una macchinazione, un inganno, che si attua quindi non attraverso il semplice silenzio (il codice civile italiano non conosce la regola dell'art. 147 del codice civile brasiliano, sul «silêncio intencional»).

Ecco, allora, la ragione per la quale la riforma vorrebbe introdurre questa specifica regola, appunto per colpire il comportamento doloso, e quindi l'inganno, della parte che si è però limitata a tacere.

Del resto, questa tendenza di adeguare il codice civile al diritto vivente è la strada che è già stata seguita anche dal legislatore francese del 2016.

C'è un'ulteriore ragione che porta ad apprezzare questa proposta di riforma. In questi ultimi decenni, non solo in Italia ma pressoché ovunque, si è intensificato il ruolo della buona fede in tutti i momenti della vita del contratto, e anche nel momento della fine del contratto, quando, grazie appunto alla buona fede, le parti, o una di esse, sono ancora tenute a determinate condotte,

¹⁶ Su cui va ora vista la messa a punto di Claudio Scognamiglio, *Vizi del consenso*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 1179-1204.

dirette appunto a non ledere l'affidamento e l'interesse altrui (è la fase del cosiddetto post-contratto, su cui in Italia è nato un certo dibattito)¹⁷.

Ora, di fronte a questa progressiva espansione della buona fede, è ovvio che la fase precontrattuale è divenuta il luogo ideale nel quale ciascun soggetto che entra nella trattativa deve comunicare tutte quelle informazioni essenziali (dunque rilevanti e significative), affinché l'altro soggetto possa effettivamente autodeterminarsi, non solo sul 'se' fare quel contratto, ma soprattutto con riguardo alle condizioni contrattuali, quindi in riferimento all'operazione economica.

Siamo all'interno di quella visione cooperativa che, direi, nello scontro con la visione antagonista ha vinto, anche nel mondo di *common law* e anche nell'ambito dei contratti internazionali¹⁸.

4 SEGUE: IL CONTRATTO PREGIUDIZIEVOLE DEI DIRITTI DELLA PERSONA COSTITUZIONALMENTE PROTETTI

Il disegno di legge prevede, alla lettera h), la nullità parziale (quando ciò sia possibile) del contratto che contenga clausole in contrasto con i diritti della persona aventi rango costituzionale. Questo il disposto della lettera h): la legge delega il Governo per «prevedere l'invalidità delle clausole, dei patti o degli accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale, operante soltanto a vantaggio del titolare dei predetti diritti, con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto».

Si tratta di un aspetto sicuramente molto interessante e ambizioso della riforma (anche sotto il profilo della teoria generale del contratto)¹⁹, nonché di un aspetto a mio giudizio apprezzabile. E ciò, per una ragione, direi, abbastanza intuitiva, e anche pacifica, per un giurista degli anni duemila. I diritti della persona, cioè i diritti fondamentali, sono senza dubbio al centro

¹⁷ Cfr. Elena Bargelli, Il postcontratto, in Enciclopedia del diritto, Annali, X, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 620-646; Andrea Bertolini, Il postcontratto, Bologna, il Mulino, 2018.

¹⁸ Cfr. Paola Manes, Interpretazione di buona fede del contratto internazionale tra Italia e Inghilterra. Un approccio casistico, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁹ Cfr. ora Giuseppe Vettori, Contratto e Costituzione, in Enciclopedia del diritto, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 266-291.

dei sistemi giuridici degli ordinamenti liberal-democratici²⁰. Anzi, essi sono uno dei pilastri dell'ordinamento, e in questo senso una delle funzioni del diritto oggettivo, inteso dunque quale insieme di regole dirette soprattutto a proteggere quelle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti (nell'evidente ottica di un diritto oggettivo inteso primariamente come apparato rimediale²¹)²², è appunto quella di fare in modo che i diritti della persona, da un lato, siano protetti e, dall'altro lato, possano anche espandersi, così divenendo anche generatori di nuovi diritti. Da questo punto di vista, allora, direi pleonastica la precisazione del disegno di legge, perché, oggi, tutti i diritti della persona hanno rango costituzionale.

Si comprende, per vero, la *ratio* di questa precisazione, dato che anche in Italia, una questione attualmente aperta è se questi diritti della persona siano in numero chiuso oppure no, e cioè se i diritti della persona siano soltanto quelli espressamente contemplati dalla Costituzione (dunque in numero chiuso), oppure se essi siano in numero aperto, potendo allora, come tali, derivare anche dall'attività creativa della giurisprudenza (da un lato, naturalmente, la Corte costituzionale, o comunque l'autorità giudiziaria che svolga le funzioni di un tribunale costituzionale, e dall'altro lato la Corte di cassazione, o comunque l'autorità giudiziaria che svolga le funzioni di giudice di ultima istanza, e che, soprattutto, sia chiamata a controllare l'interpretazione degli altri giudici).

Come accennato, la riforma prevede la nullità parziale del contratto, sempre che ciò sia possibile.

Il che, naturalmente, va letto in due sensi: un primo senso, ovvio, è che la clausola del contratto che espressamente contenga una regola incompatibile con un qualche diritto della persona viene cancellata, ma il contratto rimane in piedi (del resto, il meccanismo della nullità parziale, nella prospettiva

²⁰ Cfr. Laura Valle, Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona, Torino, Giappichelli, 2020; Pasquale Femia, Discriminazione (divieto di), in Enciclopedia del diritto, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 499-527.

²¹ Nella prospettiva della teoria generale del contratto, cfr. ora Adolfo di Majo, Rimedi contrattuali, in Enciclopedia del diritto, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 1031-1050.

²² Nella prospettiva della teoria generale del diritto privato (ma certo non solo), vanno ora visti in particolare i seguenti due contributi: Luca Nivarra, La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni, Torino, Giappichelli, 2018; Id., Diritto soggettivo, obbligazione, azione, in Teoria e storia del diritto privato, XII, 2019, pp. 1-122 (la rivista è ad accesso aperto: www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php).

della nullità di protezione²³, è il rimedio che troviamo nel codice del consumo italiano, nell'ipotesi di clausola contrattuale abusiva); poi, però, c'è un secondo senso, meno ovvio, e comunque più problematico, che è il seguente: come fare per stabilire se il contratto possa in effetti rimanere in vita anche se privo di quella clausola? E poi: la lesione del diritto costituzionalmente protetto deve avere certe caratteristiche di gravità o di offensività del bene giuridico protetto, perché operi il rimedio della nullità parziale, oppure no?

Avanzo questo rilievo perché, al limite, si potrebbe anche ragionare in un'ottica schiettamente sanzionatorio-deflattiva. In questi termini: se il contratto è nato con un contenuto almeno parzialmente lesivo di diritti costituzionalmente protetti, gli spazi di sopravvivenza del contratto potrebbero apparire *in re ipsa* come assai stretti, e al limite potrebbero anche essere esclusi. Tuttavia, è vero che, in senso contrario, si può anche osservare che ciò che effettivamente conta, rispetto al contratto, è il piano economico, e dunque, se l'economia del contratto può essere comunque salvaguardata, perché il contratto dovrebbe essere cancellato?

Direi che, anche su questo aspetto, la discussione è aperta²⁴, e allora devo subito precisare che, in Italia, il dibattito, al momento, è orientato nel senso della prudenza, anche per la seguente ragione: è vero che il diritto civile degli ultimi trent'anni si è aperto alla cosiddetta depatrimonializzazione, ma fino a che punto un discorso rivolto alla tutela dei diritti della persona può effettivamente diventare un discorso contrattuale, cioè un discorso che va a incidere sul contratto, intaccandone l'efficacia, per dir così, dall'esterno, e cioè muovendosi al di fuori del terreno economico?

Inoltre, si potrebbe anche ritenere che l'esistenza delle norme imperative, dell'ordine pubblico, nonché del buon costume sia sufficiente, per controllare la liceità della causa del contratto. Verrebbe altrimenti in gioco il solito rischio di manomissione del contratto da parte del giudice, attribuendo quindi a quest'ultimo un potere, da un lato, troppo forte e, dall'altro lato, troppo poco

²³ V. ora infatti, ampiamente, Matilde Girolami, Nullità di protezione, in Enciclopedia del diritto, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 701-727.

²⁴ Per una messa a punto su di un'ampia serie di problemi, v. ora Giorgio Resta, Contratto e diritti fondamentali, in Enciclopedia del diritto, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 291-313.

controllabile, che può mettere a rischio la vita (primariamente economica) del contratto.

Bisogna allora subito osservare che, nella prospettiva della legge delega, il contenuto della lettera h) rappresenta un principio guida e un criterio direttivo che richiedono una concretizzazione da parte del legislatore delegato (il Governo); dunque può facilmente immaginarsi che l'attuazione di tali direttive (di politica del diritto) siano tecnicamente circoscritte, nel senso di accuratamente delimitate, e ciò proprio per evitare, *in radice*, il rischio dell'attribuzione al giudice di un potere eccessivo; ma bisogna anche dire che questa espansione è del resto tipica della contemporanea teoria generale del contratto. Sarei anche portato ad aggiungere, senza voler essere minimamente irrispettoso, che questo timore circa la manomissione giudiziale del contratto timore è così diffuso anche perché, o, forse, soprattutto perché, molti studiosi del diritto contrattuale (in Italia, direi quasi tutti) sono anche avvocati (e a volte, importantissimi avvocati), e quindi hanno inevitabilmente una mentalità avvocatessa, che li rende assai timorosi e quindi troppo prudenti. Hanno la tipica mentalità dell'adversarial thinking process', che a mio avviso li danneggia, quantomeno in chiave di teoria generale del contratto.

Su di un aspetto così importante, è senz'altro interessante soffermarsi su quanto scrive la Relazione accompagna il disegno di legge. La *ratio* della previsione, anche in questo caso, è quella di ampliare il quadro rimediale, e la volontà del legislatore è espressamente quella di estendere «il meccanismo della nullità di protezione oltre l'ambito delle specifiche previsioni variamente presenti nell'ordinamento, per farne un istituto di generalizzata applicazione [...]». La Relazione medesima precisa che il limite al rimedio in discorso è rappresentato dal contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale. Il che significa che questa estensione della nullità parziale ben può seguire la vita della atipicità, purché lo scopo del rimedio si quello di tutelare un diritto fondamentale della persona.

Non è un rilievo di poco momento. Se, infatti, pensiamo alla nullità nella prospettiva della teoria generale del contratto, è evidente che stiamo assistendo a un progressivo superamento della cosiddetta nullità testuale (e cioè: il contratto è nullo in questi casi, fissati dal legislatore), in favore della cosiddetta nullità virtuale (e cioè: il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, o quando, appunto, viola un diritto costituzionalmente protetto; il

problema, è evidente, qui sta nel momento della qualificazione della fattispecie, tanto legislativa, rispetto al criterio di giudizio, quanto contrattuale).

In ogni modo, questo è forse l'aspetto più delicato della riforma, e di questa delicatezza è forse testimone la sinteticità della relazione su questo punto. È vero, però, che nel disegno di legge e nella Relazione ci sono taluni spunti per sostenere questa prospettiva aperturista. Detto in termini sintetici: la lettera n) dell'articolo 1 si occupa di un tema apparentemente molto lontano dal nostro, qual è il danno non patrimoniale: un danno non patrimoniale che sia stato evidentemente prodotto dall'inadempimento contrattuale.

La prospettiva del legislatore della riforma, quindi, è nel senso di introdurre la regola della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento nei casi in cui sia stato leso un diritto costituzionalmente protetto. Occorre allora precisare che, nella prospettiva della riforma, si vuole superare la tipizzazione legislativa del danno non patrimoniale (l'attuale - vi sono proposte di riforma, al momento, però, mai concretizzatesi - articolo 2059 del codice civile italiano ammette infatti la risarcibilità del danno non patrimoniale nei soli casi previsti dalla legge; ma la giurisprudenza ha letto questa tipicità in senso conforme alla Costituzione, e ha così argomentato: tutte le volte in cui ci sia la lesione di un diritto costituzionalmente protetto, non può negarsi il rimedio risarcitorio extracontrattuale, che è la misura minima rimediabile che l'ordinamento deve offrire di fronte a una lesione).

Ho fatto questo riferimento alla responsabilità extracontrattuale, perché è evidente che la *ratio* del legislatore della riforma è protesa alla tutela di tutti i diritti costituzionalmente rilevanti, nel momento in cui essi risultino pregiudicati: che il danno sia contrattuale o extracontrattuale, è del tutto irrilevante, rispetto alla necessità del risarcimento. Pertanto, questa apertura sul versante della responsabilità è un evidente segnale che trova appunto un completamento sul versante della invalidità del contratto. E del resto, proprio all'interno della complessiva prospettiva rimediabile, di fronte alla clausola contrattuale nulla per violazione di un diritto costituzionalmente protetto, si potrebbe anche far valere il rimedio risarcitorio, avendo così a disposizione non solo il rimedio in forma specifica, che cancella la clausola invalida, ma anche il rimedio risarcitorio, che sanziona il comportamento della controparte. Anche qui potrebbe emergere lo spazio per un'eventuale funzione punitiva del risarcimento del danno da lesione contrattuale di diritti costituzionalmente protetti.

C'è un altro aspetto della riforma che può richiamarsi: la lettera m) dell'articolo 1 del disegno di legge si riferisce alla necessità di disciplinare nuovi schemi contrattuali (quindi nuovi contratti tipici)²⁵ che vantino una sufficiente tipizzazione sul piano sociale. Ora, questa attenzione alla prassi²⁶ e, appunto, alla cosiddetta tipicità sociale apre alla creatività dei consociati in senso recettivo; pertanto, nel momento in cui la sensibilità socialmente diffusa è nel senso di avvertire come necessaria, anzi come doverosa, la tutela dei diritti fondamentali, da un lato, ci sarà una ovvia espansione di questi ultimi e, dall'altro lato, questa stessa sensibilità sociale porterà a considerare con maggiore attenzione (politico-sociale, e quindi giuridica) di quanto invece si facesse nel passato (anche molto recente) proprio quei diritti costituzionalmente protetti, i quali, pilastro dell'ordinamento svolgono inevitabilmente una funzione propulsiva della giuridicità²⁷.

Com'è evidente, dal punto di vista della teoria generale del diritto, il problema che si apre non è solo quello (invero ormai classico) delle fonti del diritto (certamente da ripensare), ma soprattutto quello della forza creatrice della soggettività, che per taluni è un pericolo appunto perché la centralità della dimensione soggettiva rappresenterebbe (o potrebbe rappresentare) un fattore di disgregazione sociale²⁸.

5 SEGUE: LA RINEGOZIAZIONE

Arriviamo così al terzo aspetto principale della riforma, che riguarda il complesso tema della rinegoziazione²⁹.

²⁵ Cfr. ora Maria Costanza, *Tipicità e tipo*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 1170-1177.

²⁶ Cfr. ora Ciro Caccavale, *Prassi contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 798-825.

²⁷ Per molte considerazioni, anche critiche, a largo raggio, cfr. Francesco Viola, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, pp. 187-199; Id., *Venticinque anni di diritti umani*, in *Ragion pratica*, 2019, pp. 9-17.

²⁸ *Problemi e prospettive variegati*, ad esempio, in: Francesco Viola, *Come la natura diventa norma*, in *Diritto pubblico*, 2011, pp. 147-176; Franck Moderne, *Sotto il segno del soggettivismo giuridico (Considerazioni sull'opera di Eduardo García de Enterría)*, in *Diritto pubblico*, 2004, pp. 671-690. Da vedere anche Andrea Sartori, *Ricreare il mondo. Soggettivismo e fabbricazione tra arte e scienza* in Erwin Panofsky e Hannah Arendt, in *Intersezioni*, 2015, pp. 243-269.

²⁹ In prospettiva più ampia, cfr. ora le elaborate ricostruzioni critiche di Ugo A. Salanitro, *Rischio contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021,

Il disegno di legge se ne occupa alla lettera i), che appunto delega il Governo a «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti».

Qui è opportuno effettuare, prima di ogni commento, il raffronto con la norma del codice civile italiano in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta. Si tratta dell'art. 1467, che così prevede: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

Questa regola corrisponde esattamente a quella contenuta negli articoli 478 e 479 del codice civile brasiliano.

Il primo aspetto di grande differenza tra la regola che la riforma vorrebbe introdurre e la regola del codice civile italiano è che il rimedio previsto dal codice è un rimedio distruttivo: il contratto squilibrato a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta va risolto, a meno che la parte avvantaggiata offra la riconduzione a equità del contratto (anche qui abbiamo la stessa regola dell'articolo 479 del codice civile brasiliano), di modo che lo squilibrio venga meno.

La riforma intende invece dar vita a un rimedio manutentivo. Il contratto rimane in vita ma la sostanza economica del contratto deve essere modificata, e in questo modo lo squilibrio viene meno.

Ora, un tema ricorrente all'interno della tematica rimediale degli anni a noi più recenti è quello sulle cosiddette sopravvenienze atipiche. Espressione da

pp. 1050-1075, e di Francesco Macario, *Contratti di durata*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 103-130.

intendersi in due modi: intanto, sono atipiche perché non sono contraddistinte da quell'intrinseca gravità cui fa riferimento l'articolo 1467 (avvenimenti 'straordinari e imprevedibili', appunto); poi, sono atipiche anche in senso strettamente rimediabile, e cioè: se la sopravvenienza non è così grave come quella prevista dall'art. 1467, può il contratto rimanere in vita, ma necessariamente modificato, sì che lo squilibrio venga meno? Oppure, quale strada rimediabile alternativa, anche quando la sopravvenienza sia straordinaria e imprevedibile, può il contratto rimanere in piedi passando per una strada diversa da quella della riconduzione a equità? Ad esempio: possono le parti essere obbligate, *ex fide bona*, a rinegoziare il contratto, per arrivare a un accordo che soddisfi entrambe?

Come sempre accade, il dibattito conosce un versante più tradizionalista e un altro versante più aperturista. La riforma, anche su questo punto, va nella direzione di ampliare e rendere maggiormente effettivo l'apparato rimediabile. Una effettività della tutela incentrata sulla buona fede.

È tuttavia indiscutibile che la riforma tiene comunque presente, come punto di riferimento, l'orizzonte dell'art.1467, e quindi il presupposto della rinegoziazione, è senza dubbio lo squilibrio contrassegnato da una notevole gravità: gli aggettivi che si leggono nel testo della riforma, infatti, sono 'eccezionale' e 'imprevedibile', quindi del tutto sovrapponibili a quelli del codice, che utilizza 'straordinario' e 'imprevedibile'.

È un rilievo opportuno, credo, perché, in astratto, il legislatore avrebbe anche potuto prevedere l'obbligo di rinegoziazione senza qualificare lo squilibrio, ma utilizzando una espressione più generica e neutrale, e cioè limitandosi a richiamare l'alterazione dell'equilibrio contrattuale originario. Ad esempio, avrebbe potuto dire: quando l'equilibrio originario del contratto è colpito da eventi sopravvenuti non imputabili alle parti, esse sono obbligate, in conformità al principio di buona fede *in executivis*, a procedere alla rinegoziazione. Il legislatore è stato invece piuttosto prudente, proprio per evitare che si potesse aprire uno spazio per indebiti ricorsi alla rinegoziazione, e cioè a condotte contrattualmente opportunistiche.

In base a quanto previsto dalla legge di riforma, il rimedio della rinegoziazione, opera, dunque, quando si sia verificato un evento eccezionale e imprevedibile che abbia provocato uno squilibrio contrattuale. A questo punto ci imbattiamo nella novità, perché la parte svantaggiata può procedere

lungo una strada alternativa tanto rispetto alla risoluzione quanto rispetto alla riconduzione ad equità. Naturalmente la riforma non cancella l'art. 1467, e dunque il rimedio della risoluzione rimane fermo, così come rimane fermo il rimedio della *reductio ad aequitatem*.

Conseguentemente, se la parte svantaggiata non vuole risolvere il contratto e se la parte avvantaggiata non vuole offrire la modifica del contratto nel giudizio di risoluzione, onde evitare che il contratto sia giudizialmente cancellato (in entrambi i casi, siamo di fronte a rimedi che sono attivati unilateralmente), si apre in effetti la strada tracciata della riforma.

La parte svantaggiata può pretendere di dar vita a una trattativa per arrivare a un nuovo accordo, sul presupposto che l'economia del contratto è stata alterata da un fattore esterno e dunque, in base al principio di lealtà contrattuale e, soprattutto, in base alla proiezione della lealtà contrattuale sull'operazione economica, la parte che si è ingiustamente avvantaggiata dovrebbe sopportare quel sacrificio economico onde restaurare l'equilibrio originario, o comunque al fine di pervenire, concordemente, a un nuovo equilibrio concordato.

Nel caso in cui la trattativa, iniziata, non conduca a un nuovo accordo, la parte svantaggiata potrà rivolgersi al giudice perché proceda all'adeguamento del contenuto contrattuale, in modo che sia ripristinato l'equilibrio originario³⁰.

Si comprende come mai, di fronte a questa ultima previsione, il dibattito italiano registri, accanto a numerosi consensi, anche voci scettiche, sempre in ragione del classico timore di un giudice eccessivamente interventista.

In ogni modo, prima di individuare punti di forza e di debolezza sia del rimedio manutentivo, sia del rimedio distruttivo, è opportuno fare una riflessione in chiave di politica del diritto. Molto in breve, la domanda è: fino a che punto il contratto deve essere conservato? E cioè: di fronte a una sopravvenienza, è preferibile che il contratto venga cancellato, oppure è preferibile che il contratto sia modificato, ma prosegua nella sua fase esecutiva³¹?

³⁰ In prospettiva più ampia, cfr. ora Alessandro D'Adda, *Integrazione del contratto*, e Giovanni D'Amico, *Giustizia contrattuale*, entrambi in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, rispettivamente pp. 609-636 e 583-607.

³¹ Più in generale, cfr. ora Luca Nivarra, *Esecuzione del contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, I, Contratto, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. 529-541.

La teoria generale del contratto di ieri rispondeva sicuramente nel senso della preferenza accordata al rimedio distruttivo, per la ragione che la sopravvenienza altera il programma delle parti, cioè l'operazione economica, e dunque è lo stesso contratto come vincolo, come accordo, a perdere valore. Come si può a obbligare le parti a effettuare le prestazioni pattuite quando almeno una di esse è diventata economicamente insostenibile, per la parte che la esegue o per la parte che la riceve? Qui è lo stesso principio della *lex contractus* a perdere significato, e dunque il contratto va risolto.

La teoria generale del contratto di oggi, anche per essere molto più sensibile all'analisi economica del diritto, è meno rigida. Intanto, non è affatto detto che il costo (sia di transazione che economico in senso stretto) per modificare il contratto sia superiore al valore originario del contratto; ma poi non è nemmeno detto che le parti non possano essere indotte a dar vita a una trattativa, che avrà successo se il valore economico del nuovo accordo sarà superiore non tanto al valore economico dell'accordo originario, quanto piuttosto al valore economico dell'accordo colpito dalla sopravvenienza, che si è avuta, evidentemente, in un momento successivo (e a volte anche notevolmente successivo) alla conclusione e soprattutto all'inizio dell'esecuzione.

Del resto, l'obbligazione di rinegoziazione fondata sulla buona fede non vuol certo dire che le parti dovranno necessariamente trovare un nuovo accordo, ma vuol dire che la parte che ha subito il pregiudizio può pretendere che la parte avvantaggiata entri in una trattativa.

Se la trattativa non va a buon fine, la prospettiva che si apre è duplice.

Da un lato, la parte che ha subito le conseguenze della sopravvenienza può rivolgersi al giudice (è appunto la prospettiva espressamente indicata dalla riforma); dall'altro lato, l'intervento del giudice non necessariamente si concluderà con la modifica delle condizioni contrattuali nel senso richiesto dalla parte. Potrà infatti accadere che il giudice respinga la proposta di riequilibrare il contratto, quando in giudizio non siano emersi elementi idonei a chiarire sufficientemente il quadro economico, e soprattutto il rapporto tra l'originario equilibrio contrattuale e quello sopravvenuto.

Da quest'angolo visuale, il ruolo flessibile e, in certa misura, prospettico della buona fede è decisivo, non solo come obbligo reciproco di lealtà delle parti, ma soprattutto come strumento tecnico per amministrare il rischio economico.

Direi allora che nella riforma non c'è traccia di alcuna apertura eccessiva, o comunque rischiosa, al sindacato del giudice sul contratto. C'è piuttosto l'intenzione di estendere l'apparato rimediabile. Anche perché l'esigenza della riforma, su questo aspetto, nasce dalla oggettiva sussistenza di un pregiudizio all'equilibrio contrattuale. Poiché tale squilibrio non è imputabile alle parti, si tratta a questo punto di decidere (ed è una valutazione da assumersi nell'ottica della politica del diritto) se sia più opportuno, nell'interesse delle parti, e dunque nell'interesse dell'economia del contratto, proseguire il cammino contrattuale oppure uscire dal contratto.

Non è dunque un caso che la relazione si diffonda ampiamente sul tema in discorso, sottolineandosi che, al momento, gli spazi riconosciuti dal legislatore al giudice per correggere l'equilibrio contrattuale sono minimi. Naturalmente nulla vieta che le parti inseriscano nel contratto clausole di rinegoziazione, come in effetti accade soprattutto nei contratti internazionali, attraverso le clausole di *hardship*.

Bisogna poi anche tenere conto che, se il contratto si risolve, ciascuna parte è obbligata a restituire le prestazioni ricevute, sempre che, naturalmente, non si tratti di contratti a prestazione continuativa o periodica. E il tema delle restituzioni può essere molto delicato proprio in chiave economica, andando al limite a danneggiare la parte che la risoluzione intendeva proteggere, poiché essa sarà appunto obbligata a restituire ciò che ha ricevuto.

Orbene, nella relazione si legge che il rimedio della rinegoziazione va inteso come rimedio di generale applicazione, volto appunto a ristabilire l'equilibrio contrattuale originario.

Anche qui, naturalmente, bisogna evitare di rimanere intrappolati nella logica di un rimedio che poi risulti essere meno flessibile di quanto dovrebbe in realtà essere. Immaginiamo un contratto che ha avuto, per qualche tempo, una esecuzione perfetta, ma che poi ha subito le conseguenze di una sopravvenienza. Che cosa vuol dire, in questo caso, che la rinegoziazione deve ricondurre il contratto all'equilibrio originario? Può accadere, infatti, che l'equilibrio originario sia stato superato non tanto dalla sopravvenienza, ma dallo sviluppo dell'esecuzione stessa.

In sostanza, se apriamo le porte a una buona fede nella chiave dell'economia del contratto (e quindi ci veniamo a trovare di fronte a una buona fede più ampia rispetto alla classica idea della lealtà contrattuale intesa

come fedeltà alla parola data), la buona fede diviene di per sé uno strumento di governo del contratto, muovendosi in vista di questo obiettivo: amministrare il rischio economico contrattuale, e dunque intervenire sul contenuto economico per far sì che l'operazione economica conclusa dalle parti possa proseguire, nel presupposto che, se essa prosegue, ciò, ovviamente, dovrà significare che entrambe le parti conseguiranno quella reciproca utilità soggettiva che esprime il contenuto dell'operazione economica. Una prosecuzione del contratto, dunque, certamente non imposta, ma altrettanto certamente favorita, dall'ordinamento.

Va però allora notato che, in Italia, ma non direi solo in Italia, c'è una tendenza a considerare ancora oggi la buona fede alla stregua di un impegno etico (questa, ad esempio, è la prospettiva di Emilio Betti, che faceva però propria una concezione politica di stampo corporativista)³². Come noto, la buona fede è stata rivitalizzata soprattutto dagli approcci statunitensi, grazie a quei giuristi sensibili all'analisi economica del diritto.

A mio avviso, il disegno di legge italiano in materia di rinegoziazione è ancora troppo poco aperto a mettere a frutto le potenzialità economiche insite nella buona fede contrattuale. Il che, però, nella prospettiva della teoria generale del contratto è anche una preziosa occasione per proseguire la discussione.

Submissão em: 01.02.2022

Avaliado em: 03.02.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 06.03.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 10.03.2022

³² Cfr. infatti Emilio Betti, *Teoria generale dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953-1955 (4 voll.), e in particolare il vol. I ('Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione').