

## **LE MISURE RESTRITTIVE DERIVANTI DALLA PANDEMIA DA CORONAVIRUS E LA RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE**

**di Vincenzo CESARO\***

**SOMMARIO:** **1.** La pandemia da Coronavirus e gli interventi dottrinali e giurisprudenziali volti a riconoscere il diritto alla rinegoziazione nel diritto dei contratti; **2.** La scelta negoziale della rinegoziazione e le sopravvenienze rilevanti; **3.** L'avvio del procedimento rinegoziativo. Il valore del silenzio in termini di manifestazione tacita di volontà; **4.** I criteri che devono informare il comportamento delle parti nella trattativa rinegoziativa. Il ruolo della buona fede *in executivis*. L'obbligo di ricostruire l'equilibrio economico giuridico tra le prestazioni; **5.** L'intervento del terzo nella procedura di rinegoziazione; **6.** L'inadempimento dell'obbligo a rinegoziare e la possibilità di riconoscere l'intervento determinativo del giudice.

**ABSTRACT:** The spread of the Coronavirus infection made necessary interventions by the internal legislator aimed at regulating and containing the effects of the pandemic on the socio-economic system and on interpretative relationships. The present work therefore intends to investigate the effects of the pandemic on contracts in progress and in particular the phenomenon of their renegotiation.

### **1. La pandemia da Coronavirus e gli interventi dottrinali e giurisprudenziali volti a riconoscere il diritto alla rinegoziazione nel diritto dei contratti.**

La diffusione del contagio da Coronavirus ha reso necessari interventi del legislatore interno volti a regolare e contenere gli effetti della pandemia sul sistema socio-economico e sui rapporti interprivatistici.

Nell'ambito delle scelte compiute, attraverso il ricorso alla decretazione di urgenza, particolare attenzione meritano le norme dettate per regolare la sorte dei contratti in corso di esecuzione ed in particolare gli effetti dell'inadempimento, dell'impossibilità di eseguire la prestazione dedotta nel

---

\* Professore ordinario di diritto privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

rapporto contrattuale o la sopravvenuta eccessiva onerosità della medesima. Tra le norme di rilievo vi da segnalare l'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, che ha modificato l'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020 n. 6, convertito nella legge 5 marzo 2020 n. 13, in cui è previsto che *"il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini della esclusione, ai sensi e per gli effetti degli art. 1218 e 1223, della responsabilità de debitore, anche relativamente all'applicazione o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*.

La norma non appare ineccepibile nel suo contenuto precettivo perché riserva al giudice ampia discrezionalità in ordine alla valutazione della responsabilità del debitore nel caso in cui ne sia invocato l'esonero per effetto delle misure restrittive che abbiano interessato l'attività economica.

In questo breve contributo l'attenzione sarà dedicata esclusivamente all'approfondimento dell'eventuale emersione nel nostro ordinamento di un diritto alla rinegoziazione delle condizioni negoziali a seguito dell'evento straordinario ed imprevedibile rappresentato dalla pandemia e delle misure restrittive che ne sono conseguite.

Come è noto l'esigenza di gestire il rischio contrattuale è stata sempre avvertita dagli operatori del mercato interno e ancor più internazionale, nell'ambito del quale l'instabilità politica ed economica ha registrato dimensioni notevoli per natura ed effetti.

Nelle relazioni "interne" l'interesse a controllare il fenomeno delle sopravvenienze trova giustificazione nel fatto che nella teoria generale del contratto non sono previsti *prima facie* strumenti modificativi dell'assetto di interessi, diretti a consentire la ricostruzione dell'equilibrio negoziale.

Non vi è la previsione di un obbligo a carico della parte che abbia tratto beneficio dalle sopravvenienze di rivedere le condizioni negoziali, di attivarsi per trovare di comune accordo una soluzione al problema, né è stato riconosciuto al giudice il potere di intervenire per fissare il nuovo rapporto di equilibrio tra le prestazioni. Senonché, negli ultimi anni alcuni autori hanno sostenuto con tesi caratterizzate da rigore argomentativo, valorizzando in particolare il combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c., la possibilità di far emergere nel nostro sistema il diritto alla revisione delle condizioni negoziali in favore della parte che abbia subito gli effetti delle sopravvenienze,

Secondo parte della dottrina il diritto alla rinegoziazione ha fondamento nell'art. 1374 c.c. che consente l'intervento del giudice volto a realizzare l'eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità, a tal punto che per escludere la nascita dell'obbligo a rinegoziare dovrebbe essere contenuta una

espressa clausola nel regolamento contratto<sup>1</sup>.

Altra dottrina rileva che la fonte del diritto alla rinegoziazione è da ricercare nella clausola generale di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. che, in quanto espressione del principio solidaristico, consentirebbe di adeguare le condizioni negoziali al mutato contesto fattuale<sup>2</sup>.

Secondo questi autori la buona fede in funziona integrativa legittima il contraente che abbia visto divenire più onerosa la sua prestazione a chiedere alla controparte di adeguare le condizioni negoziali procedendo al riequilibrio dell'assetto di interessi.

In un recente intervento autorevole giurista ha suggerito che nel caso in cui sorga controversia sulla responsabilità per inadempimento, la clausola *rebus sic stantibus* riacquista rilevanza obbligando le parti a tornare a negoziare<sup>3</sup>.

Queste tesi hanno trovato conforto nella relazione tematica n. 56 della Corte Suprema di Cassazione dell'8 luglio 2020 secondo la quale la "*risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in una ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola generale di buona fede. In virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della bona fides e degli obblighi di cooperazione tra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata in quanto consente di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato ab initio dalle parti allineando il regolamento pattizio alle circostanze che sono mutate*".

All'intervento dei giudici di legittimità si sono aggiunte alcune pronunce di merito rese per lo più nell'ambito delle controversie sorte per regolare gli effetti delle misure restrittive nei contratti in corso di locazione in corso di esecuzione.

In una recente ordinanza, ad esempio, il Tribunale di Roma ha accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dalla parte conduttrice di un immobile ad uso diverso

---

<sup>1</sup> R. SACCO, *Il contratto*, a cura di Sacco De Nova, Torino, 2004, p. 722; R. CRISPINO e TRONCONE, *Emergenza Coronavirus: quali possibili effetti nella locazione commerciale*, in *Il Caso.it*, 2020.

<sup>2</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 968; A. M. BENEDETTI-U. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, 15 marzo 2020; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, in *Giust. Civ. Comm.*, 3, 2020; A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. né è lo specifico rimedio*, in *Jus Civile*, 2020.

<sup>3</sup> N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione. La pandemia segnerà il nostro sistema giuridico e il ritorno alla normalità suscita problemi e dubbi*, in *Il Sole 24 ore*, 5 maggio 2020.

da quello abitativo statuendo che *“pur in mancanza di rinegoziazione in applicazione dell’antico brocardo rebus sic stantibus i contratti a lungo termine debbano essere rispettati finchè perdurano le condizioni ed i presupposti di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Al contrario qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del covid, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell’esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite deve avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto in base al dovere generale di buona fede oggettiva”*<sup>4</sup>.

Per quanto i richiamati interventi dottrinali e giurisprudenziali si distinguono come si è detto per rigore argomentativo, occorre ricordare che il legislatore del 1942 all’art. 1467 c.c. ha codificato il principio secondo il quale gli eventi straordinari ed imprevedibile possono consentire alla parte che ne abbia subito gli effetti di agire esclusivamente per la risoluzione del contratto<sup>5</sup>.

Al contraente onerato non è concesso, dunque, il diritto di riequilibrare il rapporto adeguando il valore economico-giuridico delle prestazioni al mutato contesto fattuale, ma soltanto di rimeditare sulla convenienza dell’affare e, nel caso, di liberarsi degli obblighi assunti.

La risoluzione del contratto può essere dichiarata sia nel caso di eccessiva onerosità che si manifesti in un aumento del costo della prestazione da eseguire quanto nell’ipotesi di diminuzione del valore della controprestazione.

Soltanto per alcune fattispecie contrattuali il nostro sistema ha elevato a valore fondamentale la conservazione del rapporto contrattuale e garantito in qualche misura l’originaria composizione dell’assetto di interessi pregiudicata da fatti intervenuti nella fase dell’esecuzione.

In particolare per alcuni contratti tipici ad esecuzione continuata o differita, l’eccessiva onerosità sopravvenuta è stata disancorata dalla rigida e formalistica alternativa tra conservazione e risoluzione del rapporto per divenire, invece, presupposto idoneo ad azionare il meccanismo modificativo, che costituisce lo strumento attraverso il quale è possibile conservare ed attuare gli interessi che le parti avevano originariamente concordato.

Nel procedere alla disciplina di singoli rapporti negoziali il legislatore del 1942 ha attenuato il rigore del principio dell’immutabilità del contratto al verificarsi delle

---

<sup>4</sup> Tribunale di Roma, 27 agosto 2020 n. 29683.

<sup>5</sup> A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020.

sopravvenienze e previsto strumenti idonei ad attuare il programma di interessi delineato in sede di elaborazione del regolamento contrattuale nell'intento di impedire che la distribuzione dei costi e benefici sia rimessa al caso.

Emblematica in tal senso è la disciplina prevista in materia di appalto (art. 1664 c.c.), nella quale il principio generale dell'invariabilità del corrispettivo dovuto per l'esecuzione dell'opera, risulta espressamente temperato in relazione a talune variazioni dei costi dei fattori produttivi, in conseguenza delle quali il legislatore ha inteso apprestare tutela, sia pur entro certi limiti, all'interesse alla conservazione ed attuazione del piano di interessi originariamente delineato. Questo interesse è tutelato non ogni qualvolta venga a modificarsi il rapporto di equilibrio tra le prestazioni, ma solo quando si verificano, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni del costo di materiali o della mano d'opera tali da determinare una modificazione, incrementativa o diminutiva, superiore ad un decimo del prezzo convenuto. In particolare nei casi di sopravvenuta "onerosità" della prestazione si è attribuito alla parte svantaggiata il diritto non già di ricorrere al rimedio risolutorio, che non garantirebbe sul piano economico una tutela soddisfacente, ma al contrario di procedere alla revisione del prezzo in modo tale da salvaguardare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni. La revisione del prezzo è rimessa all'accordo dei contraenti, a ciascuno dei quali viene, comunque, riconosciuta la facoltà, nel caso di disaccordo, di ricorrere all'autorità giudiziaria per la fissazione del prezzo in via suppletiva. In quest'ultimo caso il giudice, dopo aver verificato l'effettiva variazione dei costi produttivi, è tenuto a procedere alla distribuzione del maggior onere ed alla revisione dei prezzi tenendo conto del valore delle prestazioni originariamente fissato dalle parti.

Altra disposizione legislativa, che nel disciplinare rapporti negoziali di durata, eleva a valore fondamentale il principio del riequilibrio contrattuale, è dettata in materia di contratto di affitto. Ci si riferisce, in particolare, all' art. 1623 cod. civ. che riconosce alle parti, a seguito di una disposizione di legge, di una norma corporativa o di provvedimento dell'autorità che abbiano prodotto variazioni rilevanti, la possibilità di chiedere al giudice una modificazione incrementativa o diminutiva del canone concordato. Attraverso la previsione in parola il rimedio perequativo viene, dunque, attribuito ad entrambi i contraenti e la sua operatività è condizionata al prodursi di fattori di squilibrio aventi fonte normativa.

Alla stessa esigenza di conservazione dell'equilibrio contrattuale è informata la disciplina codicistica diretta a regolare il fenomeno della diminuzione del rischio nel contratto di assicurazione. La fattispecie disciplinata dall'art. 1897 c.c. è

quella in cui nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale diminuisca il grado di probabilità che si verifichi l'evento incerto, con conseguente rottura, in danno dell'assicurato, del rapporto di equilibrio tra rischio e premio delineato in sede di stipula del regolamento contrattuale. Orbene, anche in questo caso, il legislatore ha inteso attenuare il principio della forza obbligatoria del vincolo concedendo all'assicurato il diritto di ottenere, previa notifica all'assicuratore delle mutate condizioni negoziali, la riduzione del premio da corrispondere. Essa viene effettuata sulla base della tariffa vigente al momento della conclusione del contratto e decorre dalla scadenza del premio o dalla rata di premio successiva alla comunicazione. Occorre, in ogni caso, ricordare che l'interesse dell'assicurato alla conservazione del rapporto di equivalenza tra le prestazioni può trovare un limite nella diversa volontà dell'assicuratore al quale è, infatti, riconosciuta la facoltà di non subire questa riduzione e di recedere dal rapporto contrattuale.

Le richiamate disposizioni normative consentono di rilevare che il legislatore soltanto per specifiche fattispecie ha inteso limitare l'operatività dei principi dogmatici e formalistici che informano la teoria generale del contratto in materia di sopravvenienze per introdurre uno strumento alternativo, quello della revisione, che è destinato funzionalmente a conservare l'assetto di interessi concordato originariamente dalle parti.

In questo contesto normativo gli interventi pur autorevoli che hanno inteso far emergere il diritto alla rinegoziazione espongono il fianco a facili rilievi critici che si fondano sulla teoria generale del contratto e sulla disciplina di singoli contratti tipici, che ad avviso dello scrivente risultano rafforzati dall'esame degli interventi normativi assunti a seguito della diffusione della pandemia.

Dall'esame di essi emergono, infatti, ulteriori argomenti a sostegno della tesi della insussistenza nel nostro sistema di un diritto alla rinegoziazione, tanto più nel caso in cui le sopravvenienze siano straordinarie ed imprevedibili.

In via esemplificativa può essere richiamata la disciplina dettata in via di urgenza per regolare gli effetti delle misure restrittive sui contratti di locazione in corso di esecuzione.

Attraverso la disposizione di cui all'art. 65 del D.L. n. 18/2020, il legislatore ha attribuito ai soggetti esercenti attività di impresa e conduttori di immobili rientranti nella categoria C/1 un credito di imposta per l'anno 2020 nella misura del 60% dell'ammontare del canone.

Questa norma, sia pur con ambito applicativo limitato, consente di rilevare in via interpretativa che il contratto di locazione conserva piena vincolatività secondo le condizioni convenute al momento della stipula ed il conduttore è tenuto a

pagare il canone pattuito, e soltanto all'esito può beneficiare del credito di natura fiscale. In alternativa il conduttore potrà esercitare il diritto potestativo di cui all'art. 27 ultimo comma della legge n. 392/1978 recedendo dal contratto sempre che ricorrano i gravi motivi<sup>6</sup>.

L'insussistenza nell'attuale contesto normativo dell'obbligo a rinegoziare trova conforto, altresì, nel disegno di legge con cui è stato affidato al Governo la revisione del codice civile (DDL Senato 1151) nell'ambito del quale è previsto, inter alia, l'introduzione nei contratti di durata del *"diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede, ovvero in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo tale che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti"*.

Il richiamato disegno di legge per un verso si pone in coerenza con gli interventi compiuti in altri sistemi (è il caso ad esempio del nuovo art. 1195 del codice civile francese che riconosce alla parte onerata dalle sopravvenienze "la peut demander une renégociation du contrat") per altro verso conferma in modo inequivocabile l'insussistenza nell'attuale contesto normativo del diritto alla rinegoziazione<sup>7</sup>.

## **2. La scelta negoziale della rinegoziazione e le sopravvenienze rilevanti.**

In un contesto normativo nel quale non risulta agevole il riconoscimento del diritto alla rinegoziazione particolare attenzione deve essere data alle scelte negoziali compiute dai contraenti volte a prevederla nel regolamento contrattuale.

Occorre segnalare che si assiste sempre di più di frequente, e la pandemia potrà rappresentare un evento che spingerà l'autonomia negoziale ad orientarsi in tal senso, al ricorso alle clausole di rinegoziazione che vengono inserite nei contratti

---

<sup>6</sup> V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; U. A. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, ivi, 2020; G. CAPAREZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza*, in *Comparative Covid Law*; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, ivi.

<sup>7</sup> A. A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, n. 6, 2020, segnala che l'associazione civilisti italiani ha auspicato l'adozione di un decreto delegato che inserisca dopo l'art. 1468 c.c. il 1468-bis che introduca il diritto alla rinegoziazione.

dalle parti nella consapevolezza che nei rapporti di durata possono intervenire sopravvenienze rilevanti e per consentire che l'incidenza di esse sull'assetto di interessi sia rimessa al consenso e non già al caso.

L'analisi del profilo strutturale dei modelli convenzionali che richiedono la concertazione dei contraenti per l'adeguamento delle condizioni contrattuali, consente subito di sottolineare come l'autonomia privata abbia dato prova di fervida fantasia.

Nella prassi contrattuale è agevole, invero, registrare l'inserzione di clausole di rinegoziazione che presentano tra loro sostanziali differenze in ordine ai presupposti ed alle regole previste per la modifica del contratto. Tali differenze se in molte circostanze sono giustificate dalla natura del contratto o dal settore economico in cui è prevista la procedura rinegoziativa, quasi sempre sono determinate, invece, dalle finalità che hanno indotto i contraenti ad inserire nel regolamento contrattuale la clausola di rinegoziazione<sup>8</sup>.

A questo proposito è agevole, ad esempio, sottolineare che la volontà dei contraenti diretta a controllare in modo assoluto l'incidenza delle sopravvenienze sull'assetto negoziale è coincisa sul piano redazionale con la predisposizione di clausole che, per quanto concerne l'individuazione delle sopravvenienze rilevanti e degli effetti che esse devono produrre sulla composizione di interessi, sono contraddistinte da contenuto estremamente generico<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Sulle clausole di rinegoziazione in dottrina si vedano i contributi di E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in M. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Digesto*, sez. civ., 2011, p. 804 e ss.; M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, p. 411; L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I Contratti*, 2016, p. 185; MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 825.

<sup>9</sup> P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento e arbitrato*, *op. cit.*, p. 305; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, *op. cit.*, p. 338, rileva al contrario "che la sanzione della nullità per indeterminabilità dell'oggetto può apparire incongrua rispetto all'interesse delle parti a pianificare la prosecuzione mediante la predisposizione di regole convenzionali che, indipendentemente dalla loro relazione, tendono alla realizzazione di questo risultato. In particolare non può essere nulla per indeterminabilità dell'oggetto una pattuizione che, per l'impossibilità di prevedere e quindi definire a priori i termini del rapporto, intenda rinviare al futuro accordo la determinazione delle condizioni. La soluzione non muta qualora l'intesa su presupposti e termini, in base ai quali dovrà avvenire la modificazione del contratto originario, appaia, *prima facie* generica, per non avere le parti l'interesse a definire compiutamente i termini della rinegoziazione. Quel che rileva è che le parti si rimettono all'evoluzione del rapporto e perciò si impegnano a riconoscere tutte le circostanze rilevanti per la modificazione del loro assetto d'interessi originario. La sanzione di nullità per indeterminabilità delle prestazioni oggetto dell'obbligo, non solo non realizzerebbe alcun interesse



Dalla prassi negoziale sottoposta ad osservazione emerge, in particolare, un numero rilevante di clausole che hanno inteso subordinare l'attività di rinegoziazione al mero verificarsi nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale di "eventi sopravvenuti", prevedibili o imprevedibili, tali da incidere modificandolo sull'equilibrio economico-giuridico originariamente concordato.

L'elaborazione generica della clausola di rinegoziazione consente alle parti di riservare alla propria sfera di controllo la determinazione degli effetti delle sopravvenienze sull'assetto di interessi e di impedire nello stesso tempo, per quelle eccedenti l'alea normale, la risoluzione del rapporto contrattuale; quest'ultimo rimedio è considerato, il più delle volte, fonte di conseguenze svantaggiose, non solo per il fatto che esso vanifica la realizzazione di un risultato per il quale sono stati spesso investiti notevoli mezzi ed energie, ma anche perché costringe la parte che voglia realizzare ad ogni costo l'operazione economico-giuridica ad intraprendere nuove trattative non solo costose ma, talvolta, anche infruttuose per la difficoltà di trovare altro contraente con il quale concludere accordo che riproduca per grandi linee quello risolto a seguito delle sopravvenienze.

L'esigenza di neutralizzare il rischio contrattuale e di impedire lo scioglimento del rapporto non è, comunque, la sola motivazione che ha indotto i contraenti a preferire l'elaborazione di un contenuto estremamente generico della clausola rinegoziativa.

Ad essa va aggiunta quella di ordine meramente pratico, secondo la quale l'eventuale individuazione in via preventiva delle sopravvenienze sulla base delle quali può essere azionato il procedimento di adattamento delle condizioni negoziali, presuppone un'attività non agile, tale da appesantire oltre modo la fase precontrattuale. L'attività negoziale diretta a predeterminare in modo meticoloso ed analitico le sopravvenienze suscettibili di verifica nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale, comporta, infatti, una concertazione tra le parti lenta e complessa, che non solo allunga la fase delle trattative, ma che necessita spesso dell'intervento di terzi.

Al contrario il ricorso a definizioni generiche consente di alleggerire il compito dei contraenti e permette, comunque, nel contesto dei principi di correttezza e buona fede di dar luogo ad una clausola che sia funzionale allo scopo da raggiungere.

A questo punto è doveroso rilevare che il contenuto generico della clausola di

---

tutelato dall'ordinamento, ma vanificherebbe il discorso svolto sulla meritevolezza dell'interesse dei contraenti".

rinegoziazione, se finisce sostanzialmente per ridurre se non addirittura per escludere l'incidenza dell'alea contrattuale sull'economia dell'affare è suscettibile, tuttavia, di far sorgere inconvenienti altrettanto svantaggiosi.

Ed invero, l'elaborazione nei termini sopra indicati della clausola di rinegoziazione impone una valutazione di carattere soggettivo al momento della verifica sulla corrispondenza tra la sopravvenienza realmente accaduta e quella astrattamente identificata in sede di elaborazione della regola convenzionale, che consente spesso di realizzare abusi nell'applicazione della regola negoziale; ciascun contraente può tentare, infatti, di approfittare del contenuto generico della clausola di rinegoziazione per risolvere nel senso a sé più favorevole, la questione della corrispondenza della fattispecie concreta rispetto a quella dedotta contrattualmente.

In particolare è ben possibile per un verso che il contraente avvantaggiato dalle sopravvenienze escluda in modo surrettizio che l'evento verificatosi corrisponda a quello indicato negozialmente, in modo tale da imporre l'esecuzione del contratto secondo il nuovo equilibrio economico-giuridico, e per altro verso che il contraente svantaggiato tenti di approfittare di modificazioni anche irrilevanti dell'assetto di interessi per sostenere il diritto di procedere alla rinegoziazione delle condizioni negoziali.

La clausola di rinegoziazione può rappresentare, per questa ragione, un elemento di fragilità del vincolo negoziale, suscettibile di condurre alla "distruzione" e non già alla conservazione del rapporto, che costituisce il fine ultimo per il quale è predisposta.

Per evitare tali deviazioni del meccanismo negoziale, che hanno agevolato la previsione di un contenuto generico solo nei casi in cui i contraenti appartengano allo stesso ambiente economico o in quelli in cui il vincolo negoziale vada ad inserirsi in una più ampia relazione di affari si assiste, così, ad ipotesi sempre più frequenti in cui le parti introducono un grado di elaborazione molto rimarchevole rinunciando alla neutralizzazione assoluta del rischio economico-giuridico che incombe sull'operazione negoziale. I contraenti nell'elaborazione della clausola rinegoziativa sono, in buona sostanza, sempre più spesso indotti a prevedere indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze rilevanti e delle conseguenze che esse devono produrre sull'assetto di interessi, in modo tale da svolgere in un momento successivo una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata in astratto e quella realizzatasi in concreto.

### **3. L'avvio del procedimento rinegoziativo. Il valore del silenzio in termini di manifestazione tacita di volontà.**

La peculiarità dei modelli oggetto della nostra indagine viene a manifestarsi in termini concreti nel momento in cui, verificatasi la sopravvenienza dedotta nella regola negoziale, la parte interessata manifesti la volontà di procedere alla rinegoziazione.

L'iniziativa può assumere il carattere dell'invito a trattare la modifica del regolamento contrattuale o, invece, quello della proposta nella quale sono indicate le condizioni secondo le quali dovrebbe essere ridisegnato l'assetto di interessi.

A seguito di questa dichiarazione partecipativa, che rappresenta l'esercizio del diritto alla rinegoziazione attribuito convenzionalmente, la controparte, verificata la corrispondenza tra la sopravvenienza e quella tipizzata in sede di elaborazione della regola rinegoziativa, è obbligata ad un comportamento utile alla modificazione dell'originario assetto di interessi.

In questo modo si delinea una vicenda peculiare rispetto a quella tipica del procedimento di formazione del contratto ove si consideri che il principio della libera autodeterminazione nell'attività diretta a "trattare" l'assetto di interessi non si rinviene nella fattispecie qui considerata in relazione alla quale le parti, avendo come parametro di riferimento un contratto già perfetto ed in corso di esecuzione, sono obbligate a svolgere la trattativa sulla nuova regola. In buona sostanza, se nella generalità dei casi la nascita della trattativa è rimessa all'iniziativa di una delle parti, nei confronti della quale l'altra è in una condizione di libertà in ordine all'avvio e prosecuzione, nell'ipotesi qui presa in considerazione l'adesione all'iniziativa diventa vincolante e dovuta.

Senonché, il rilievo che la rinegoziazione rappresenta adempimento di una obbligazione, parte integrante di una più ampia vicenda negoziale, disattende il ruolo di attività prodromica e, comunque, non costitutiva del rapporto che generalmente caratterizza le trattative e consente di "scoprire" che tipiche obbligazioni precontrattuali mutano per natura e conseguente disciplina in obbligazioni contrattuali.

In tal senso, è utile il richiamo alla buona fede, regola di condotta da osservare nello svolgimento della trattativa rinegoziativa, che non va individuata avendo come riferimento l'art. 1337 cod. civ., ma in quella esecutiva di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ, circostanza questa che, come si avrà modo di rilevare di seguito, permette di sottolineare il diverso contenuto e modo di operare della clausola generale. Altrettanto pertinente è il richiamo alla complessa fattispecie dei doveri di informazione, chiarezza e riservatezza, ai quali devono attenersi i contraenti

che trattano le modificazioni del regolamento contrattuale: essi si arricchiscono di valore più pregnante per l'oggetto di riferimento (il contratto già esistente) in modo tale da produrre significativo distacco dagli obblighi di uguale identità, ma di diversa rilevanza e funzionalità, sussistenti a carico delle parti nello svolgimento della trattativa precontrattuale<sup>10</sup>.

Particolare interesse merita allo stesso modo il comportamento della parte che, ricevuta l'altrui proposta rinegoziativa contenente i termini secondo i quali si intende modificare il regolamento contrattuale, non manifesti alcuna volontà, né di adesione né tanto meno di dissenso.

In questo caso il compito dell'interprete si risolve nel verificare la possibilità di attribuire significato giuridico al "silenzio" della parte destinataria della dichiarazione rinegoziativa e deve essere adempiuto prendendo l'avvio dal principio, consolidato in dottrina e in giurisprudenza, secondo il quale l'assenza di dichiarazione o di altro comportamento non costituisce di regola manifestazione giuridicamente rilevante, a meno che il silenzio, in quanto "circostanziato", sia idoneo a esteriorizzare l'intento contrattuale<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 360, fa rilevare che "l'obbligo di informazione si configura anche come obbligo di ricerca delle notizie e di comunicazione delle stesse alla controparte". In tal caso dovrà essere descritto dagli accordi tra i contraenti l'ambito delle informazioni rilevanti rispetto alle quali non potrà essere trascurato l'obbligo di ricerca. Per questa tipologia di obblighi informativi si rende necessaria la concessione di un certo tempo che consenta al debitore di compiere quanto necessario per acquistare quelle informazioni che dovranno poi essere a disposizione del creditore (termine che in astratto potrebbe essere stabilito dal giudice ex art. 1183).

<sup>11</sup> Occorre qui segnalare l'intervento dei giudici di legittimità, del 22.7.1993, n. 8191, in *Il corriere giur.*, 1993, p. 1181, che dopo aver ribadito il principio secondo il quale il silenzio, in sé per sé, non costituisce manifestazione negoziale, almeno che non concorrano circostanze soggettive od oggettive tali da renderlo significativo affermano che esso può valere come consenso ed acquistare efficacia giuridica non solo nei casi di conclusione o rinnovazione del contratto previsti dall'ordinamento, ma anche nel caso di modifiche di un contratto in corso tra le parti quando, tuttavia, sia accompagnato dall'esecuzione della prestazione. Orbene attraverso l'interpretazione non proprio fedele della pronuncia, autorevole giurista (F. CARBONE, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione e modifica dello stesso*, in *Il corriere giur.*, 1993, p. 1181 e ss.) ritiene che essa si pone in stridente contrasto con il principio generale della forza obbligatoria del contratto e della sua immodificabilità su iniziativa unilaterale. Si rileva, infatti, che "il silenzio sotto il profilo non conclusivo della fattispecie contrattuale, ma modificativo della stessa, non può giovare della disposizione dell'art. 1327 cod. civ., che rappresenta soltanto uno dei modi di formazione dell'accordo contrattuale, in deroga al principio del consenso bilaterale dell'art. 1326 c.c.". Viene, in questo modo, ad essere condiviso l'indirizzo giurisprudenziale meno recente (Cass., 27.10.1977, n. 4633, in *Mass. giust. civ.*, 1973, 1851; App. Bologna, 13.4.1950, in *Foro it.*, 1950, I, c. 582, con nota di E. DE MARTINI, *In tema di "silenzio" nella conclusione dei contratti*) che in un'ottica restrittiva preferisce escludere la possibilità di riconoscere al silenzio un valore modificativo del

Il silenzio assume, in particolare, rilevanza giuridica nei casi in cui il soggetto che abbia tenuto il comportamento omissivo, sulla base di un precetto legale o negoziale o in virtù della regola della buona fede aveva, invece, l'onere di esprimersi. In questi casi segnale rivelatore dell'intento della parte può anche essere la condotta di astensione, che sulla base delle suddette circostanze oggettive acquista rilevanza giuridica al pari di una manifestazione tacita del consenso<sup>12</sup>.

Da questa premessa di carattere generale è possibile trarre la conclusione secondo la quale significato giuridicamente rilevante deve essere riconosciuto al comportamento della parte che, ricevuta la proposta modificativa del regolamento contrattuale, non manifesti alcuna volontà, né positiva né negativa. Ed invero, proprio la previsione negoziale dell'obbligo rinegoziativo non consente alla parte destinataria della proposta modificativa di tenere un comportamento omissivo e di non esprimere in termini chiari la propria volontà al riguardo. L'onere di prendere posizione sulla vicenda rinegoziativa trova, infatti, giustificazione nella regola della buona fede *in executivis* che rappresenta, come più volte sottolineato, il criterio alla stregua del quale deve essere informato il comportamento delle parti nella attuazione dell'obbligo rinegoziativo.

In buona sostanza, il contraente che non sia d'accordo sul diritto della controparte di procedere alla rinegoziazione o sulle condizioni economico-giuridiche secondo le quali si intende ridisegnare il rapporto contrattuale, è tenuto sulla base della regola generale di buona fede a manifestare in modo espresso il proprio dissenso e nel caso in cui ciò non avvenga il comportamento omissivo assume significato rilevante e dignità eguale a una tacita manifestazione della volontà<sup>13</sup>.

---

contratto in corso di esecuzione. Un esame più attento della vicenda e, soprattutto, della distinzione tra silenzio quale contegno omissivo e inizio di esecuzione di cui all'art. 1321 è stato, in realtà, compiuto da G. BELLANTUONO, *Sulla conclusione del contratto mediante esecuzione*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1848; A. M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526; PEIRAINS, *Il silenzio seguito da esecuzione ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo con modifiche di un contratto esistente*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1561; F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1997, p. 257. Sul valore del silenzio si veda: Cass., 14.05.2014 n. 10533, in *Foro It.*, 2014, I, p. 3207; Cass., 4.12.2007 n. 25290, in *Giust. Civ.*, 2008, I, p. 89.

<sup>12</sup> Sul silenzio circostanziato si veda in dottrina F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999.

<sup>13</sup> È ovvio che il silenzio acquista rilevanza giuridica, al pari di una manifestazione tacita della volontà negoziale, nei soli casi in cui la proposta modificativa contenga esattamente le condizioni sulla base delle quali si intende ridisegnare il contenuto contrattuale e non anche quando essa si risolve in un mero invito a trattare.

#### **4.- I criteri che devono informare il comportamento delle parti nella trattativa rinegoziativa. Il ruolo della buona fede *in executivis*. L'obbligo di ricostruire l'originario equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni.**

Le considerazioni sin qui svolte introducono l'indagine che attiene alla identificazione dei criteri sulla base dei quali deve essere improntato il percorso della trattativa modificativa.

Nel caso in cui le parti abbiano scelto e determinato i criteri, la questione si manifesta con rilievo meramente ermeneutico e si risolve nel verificare soprattutto se la previsione negoziale sia idonea a regolare la fattispecie concreta, oppure debba procedersi alla eterointegrazione legale.

Assume, invece, particolare interesse l'ipotesi in cui le parti non abbiano disposto alcuna indicazione, perché in tal caso occorre procedere alla identificazione dei criteri ed alla determinazione dei valori sulla base dei quali l'attività è da svolgere. Ed invero, il carattere obbligatorio della trattativa rinegoziativa e la circostanza che essa si inserisce in un più ampio contesto negoziale, consentono di fare emergere precisi limiti alla discrezionalità delle parti nella conduzione della stessa.

Queste limitazioni si giustificano per il fatto che nella fattispecie in esame trova applicazione la clausola generale di buona fede, la quale non soltanto rappresenta la regola che deve governare il comportamento delle parti nella fase esecutiva del rapporto contrattuale ma assume soprattutto un ruolo decisivo nei casi in cui alcune scelte relative al momento esecutivo sembrerebbe essere lasciate alla discrezionalità dei contraenti<sup>14</sup>.

In questi casi, come del resto nella nostra fattispecie nella quale le parti possono aver previsto la rinegoziazione delle condizioni negoziali ma non anche criteri analitici e concreti sulla base dei quali deve essere condotta la trattativa modificativa, la buona fede costituisce la regola di governo della discrezionalità dei contraenti, attraverso la previsione di doveri e regole, la cui osservanza è necessaria per la corretta attuazione del rapporto contrattuale; la buona fede

---

<sup>14</sup> Sulla buona fede quale fonte di integrazione del contratto e regola di governo della discrezionalità dei contraenti si vedano i contributi di M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, Torino, 2013; FRANZONI, commento sub art. 1374 e sub art. 1375, in degli effetti del contratto, in *Il Codice Civile*, Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2013; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006.

consente di contenere la libertà di autodeterminazione delle parti e di prevenire possibili comportamenti ostruzionistici, che nella fattispecie rinegoziativa possono manifestarsi attraverso l'elaborazione di proposte modificative di contenuto tale da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto della accettazione, o in rifiuti di proposte negoziali che invece sembrerebbero essere meritevoli di valutazione positiva.

Ci si deve, a questo punto, chiedere come agisce nella fattispecie in esame la regola della buona fede e più precisamente in che modo viene ad essere limitata la discrezionalità dei contraenti nello svolgimento della trattativa rinegoziativa.

Anche in tal caso riportarsi sul piano più generale in modo tale da verificare quali sono per la dottrina e la giurisprudenza gli elementi che consentono l'effettiva operatività della regola generale di buona fede nella fase di attuazione dell'assetto di interessi. Da questo punto di vista conviene subito rappresentare che l'obiettivo da raggiungere non è tanto quello di ricostruire in modo preciso ed analitico il contenuto del precetto normativo, che costituirebbe tentativo non solo inutile ma destinato anche a vanificare il carattere elastico e duttile della clausola generale, quanto di individuare e scegliere i parametri di riferimento ai quali la buona fede, come regola di condotta, deve oggettivamente relazionarsi per indirizzare la condotta delle parti<sup>15</sup>. Ed infatti, se è senz'altro poco corretto l'eventuale tentativo interpretativo diretto ad elencare e tipizzare gli obblighi attraverso i quali si realizza il canone generale di buona fede appare, invece, doveroso precisare le linee guida ed i criteri che devono informare il comportamento esecutivo dei contraenti.

L'individuazione di questi parametri non solo consente di avere a disposizione gli elementi di indirizzo della condotta esecutiva dei contraenti, soprattutto quando essi agiscono nelle c.d. zone franche di discrezionalità e di verificare, quindi, la

---

<sup>15</sup> Le diverse nozioni di buona fede elaborate in termini di "rispetto della parola data" e di "protezione degli affidamenti suscitati" (U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, Milano, 1968, p. 6), "fedeltà ad un accordo già concluso ed impegno all'adempimento dell'altrui aspettativa" (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 77), "onestà" (G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 176), "salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio" (C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1984, p. 476) non descrivono la clausola generale più di quanto non faccia il puro e semplice impiego della formula "buona fede". Critiche pregnanti ai tentativi definitori sono state mosse in particolare da: A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Torino, 1992, p. 257; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di V. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1988, p. 306; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 179; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1933, p. 129; C. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 618.

meritevolezza degli interessi attuati dai comportamenti concreti, ma anche di fissare i limiti entro i quali può spiegarsi l'intervento del giudice, il quale nell'attuazione del precetto generale potrebbe dar luogo a pronuncia arbitraria non sorretta, comunque, da motivazioni coerenti con gli interessi sottintesi nel rapporto contrattuale.

Sul tema merita di essere segnalata, in via del tutto preliminare, l'indicazione di autorevole dottrina secondo la quale la regola di buona fede consente l'effettivo controllo del comportamento dei contraenti nella fase esecutiva del contratto attraverso la valorizzazione di indici che, sia pur non esteriorizzati nel regolamento, sono espressione di istanze superiori desumibili dall'ordinamento<sup>16</sup>. Secondo questa tesi ruolo decisivo assumono nell'attività determinativa del contenuto della clausola generale l'ordine sociale garantito dall'ordinamento e le norme costituzionali emergenti in materia di diritti e doveri dei soggetti. Da esse nascono, infatti, obblighi a contenuto positivo o negativo, attraverso i quali è consentito dare concreta operatività alla regola codicistica e, nello stesso tempo, realizzare il processo di armonizzazione del contratto con i valori superiori. In definitiva, secondo questa indicazione il regolamento contrattuale viene ad essere punto di confluenza di diversi ordini di valutazioni anche confliggenti con quelli tenuti presenti dalle parti tali, comunque, da consentire la piena coerenza tra l'operazione negoziale ed i principi generali.

Senza necessariamente svalutare i suddetti parametri extracontrattuali, vale la pena osservare che la regola di buona fede deve esser posta necessariamente in stretta correlazione con l'assetto di interessi, che rappresenta la fonte e nello stesso tempo il criterio di riferimento primario per la concretizzazione della clausola generale.

Per garantire operatività alla buona fede non è necessario utilizzare sempre dati extracontrattuali quanto piuttosto valorizzare ed avere quale punto di riferimento costante ed imprescindibile il contesto contrattuale in cui essa viene ad inserirsi, dal quale emergono in molti casi i valori per la soluzione dei conflitti relativi a vicende non espressamente regolate dalle parti. Ruolo decisivo assumono, pertanto, le scelte negoziali di ordine economico-giuridico operate dai contraenti in sede di elaborazione del regolamento contrattuale che riguardano il tipo

---

<sup>16</sup> Ai valori costituzionali fanno espresso riferimento: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 143; ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 277; ed in giurisprudenza, Cass., 13.1.1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 2130 con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*; ed in giurisprudenza Trib. Milano, 30.3.1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1572; Cass., 18.7.1989, n. 3362, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 7.



contrattuale adottato, le concrete finalità a cui è destinata l'operazione negoziale, nonché l'equilibrio tra le prestazioni<sup>17</sup>. Orbene, è proprio in stretta relazione con siffatti valori "intrinseci" al contratto che la regola di buona fede deve operare nel limitare la discrezionalità dei contraenti nell'esecuzione del rapporto negoziale e nell'individuazione di regole ulteriori rispetto a quelle espressamente contenute nell'accordo. La buona fede costituisce la fonte di obblighi contrattuali (positivi o negativi) funzionali alla puntuale realizzazione del programma contrattuale e la condotta delle parti può essere giudicata conforme alla regola generale soltanto quando abbia rispettato i valori di ordine economico-giuridico espressi dal regolamento contrattuale.

La valorizzazione degli elementi intrinseci del regolamento consente, a questo punto, un facile raccordo con le premesse e i principi già esposti prima di questa digressione sulla buona fede; ed invero, ove si consideri che l'attività rinegoziativa rappresenta adempimento dell'obbligazione a rivedere le condizioni di un rapporto contrattuale in corso di esecuzione è possibile ritenere che il contesto nel quale la ricerca di questi valori deve essere compiuta è rappresentato dal regolamento contrattuale nel quale è contenuta la clausola di rinegoziazione

Il riferimento ai valori di natura contrattuale, di provenienza endogena consente di rilevare che per poter considerare corrispondente a buona fede la conduzione della trattativa rinegoziativa è necessario che le parti abbiano sempre quale punto di riferimento il rapporto negoziale nel quale è contenuta la clausola di rinegoziazione e più precisamente gli interessi economico-giuridici in esso

---

<sup>17</sup> Così A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, op. cit., p. 271; G. M. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 365. ID., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, op. cit., 1992, II, p. 185; C. ROSSELLO, *Cooperazione del creditore all'adempimento, doveri di correttezza e rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 380. Lo stesso RODOTÀ, *Le clausole generali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Biagivi, Torino, 1991, p. 407, pur ritenendo necessario far riferimento, nell'opera di concretizzazione della regola di buona fede, a valori e principi desumibili dall'ordinamento, espressioni di tendenze e di posizioni esistenti nella società, osserva che la clausola generale deve consentire la piena coerenza tra il piano delineato dalle parti e l'effettivo compimento dell'operazione economica. La clausola generale di buona fede si risolve, dunque, in uno strumento volto ad assicurare la complessiva razionalità della contrattazione, sia per quanto riguarda il piano relativo alle valutazioni e agli interessi di parte, sia per quanto riguarda l'interferenza di questo con il piano delle valutazioni dell'ordinamento. La valorizzazione dei parametri contrattuali ai fini della concretizzazione della regola della buona fede, è sostenuta in giurisprudenza da: Cass., 9.4.1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c.1609; Cass., 10.4.1986, n. 2500, *ivi*, 1987, I, 1, c. 501; Cass., 22.6.1967, n.1481, in *Giust. civ.* 1967, I, p. 782; Cass., 21.5.1997, n. 4538, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 648; Trib. Milano, 30.3.1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1572.

espressi. Solo attraverso il necessario collegamento dell'attività rinegoziativa con il piano di interessi delineato al tempo della stipula del contratto, poi superato dalle sopravvenienze, è consentito contenere e limitare la discrezionalità, impedendo ai contraenti di tenere comportamenti surrettizi ed ostruzionistici diretti in ultima analisi a non conseguire il risultato dell'adeguamento delle condizioni negoziali.

La regola di buona fede impone, infatti, di tenere un comportamento coerente e solidale con l'originario programma negoziale, che le parti medesime si sono impegnate a rivedere nel caso in cui si fossero realizzate circostanze modificative, costituendo in questo modo lo strumento normativo attraverso il quale può essere risolto il contrasto sulle modalità di adattamento delle condizioni negoziali. Esso deve essere composto sul piano della ragionevolezza e coerenza dell'attività rinegoziativa con il piano di costi e benefici risultanti dall'assetto di interessi su cui occorre intervenire, il quale rappresenta il limite oggettivo alle scelte delle parti.

In buona sostanza, nella conduzione della trattativa rinegoziativa le parti non possono essere motivate, come nella fase prenegoziale, dalla volontà di "conquistare posizioni", di spuntare l'accordo negoziale più conveniente. Sono al contrario tenute a trattare con il massimo spirito di collaborazione per trovare una soluzione al problema delle sopravvenienze, tenendo conto che essa deve essere idonea ad attuare i valori del contratto in cui è contenuto l'obbligo rinegoziativo.

Tra i parametri di riferimento per la materializzazione dell'obbligo di rinegoziare secondo buona fede, ruolo decisivo deve essere a questo punto attribuito all'equilibrio economico-giuridico originariamente concordato: l'originario assetto economico-giuridico ed, in particolare, il piano di ripartizione dei costi e benefici costituisce, a nostro avviso, il principale criterio di riferimento nello svolgimento dell'attività di rinegoziazione. Essa può costituire seria espressione di autonomia privata solo quando, governata dalla buona fede, ricerchi, in un quadro di interessi diverso, un equilibrio tra le prestazioni proporzionato, coerente ed armonioso con quello superato dalle sopravvenienze.

L'attività di rinegoziazione deve condurre le parti, in esecuzione della regola della buona fede, e sempre che le stesse non abbiano previsto altri criteri attuativi dell'obbligo dedotto contrattualmente o scelgano di adottarne altri di natura diversa nel corso della trattativa modificativa, a ricostruire il rapporto di equilibrio tra le prestazioni modificato dalla sopravvenuta onerosità dell'una o per lo svilimento di valore dell'altra.

## **5. L'intervento del terzo nella procedura di rinegoziazione.**

La previsione della clausola di rinegoziazione nel regolamento contrattuale esprime la volontà delle parti di "controllare" le sopravvenienze che possono nel tempo manifestarsi ed incidere sull'assetto di interessi da esse predisposto, e l'obiettivo comune è di garantire, nonostante l'accadimento di questi fatti, la conservazione del rapporto secondo l'originario equilibrio economico - giuridico. La regola convenzionale transita, tuttavia, attraverso la ricerca di un accordo e può presentare nella sua applicazione margini di incertezza in ordine al conseguimento dell'obiettivo, come avviene, ad esempio, quando le parti non riescono a trovare l'intesa sul contenuto del negozio modificativo o quando addirittura sono di diverso avviso in ordine alla corrispondenza della sopravvenienza realmente accaduta rispetto a quella astrattamente identificata in sede di elaborazione della regola negoziale.

Questa difficoltà costituisce uno dei rischi più significativi della fragilità che può derivare dalla previsione della clausola di rinegoziazione, meritevole di tutela per gli interessi che esprime, ma incapace di funzionare per il fatto impeditivo del mancato accordo tra le parti.

La sensibilità su questo tema è stata avvertita soprattutto dagli operatori internazionali che hanno preso consapevolezza del rischio e per superarlo hanno previsto l'intervento del terzo nel procedimento rinegoziativo.

E' opportuno subito segnalare che l'intervento del terzo non è schematizzato in termini di contenuto, ma si presenta in modo articolato e vario; ed invero, in qualche caso si risolve nel verificare la corrispondenza tra la sopravvenienza realizzatasi e quella dedotta contrattualmente, al fine di rimuovere i profili di incertezza dai quali possa derivare il freno all'attività negoziale delle parti<sup>18</sup>. In

---

<sup>18</sup> In tal caso, vi è da chiedersi se l'attività del terzo rientri tra le figure delineate dal legislatore o, invece, presenti i caratteri distintivi della figura di stampo giurisprudenziale (per tutte: Cass. 30.1.1992, n. 955, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1094; Cass., 18.2.1998, n. 1721, in *Gius.*, 1998, p. 1392; Cass., 30.3.1995, n. 3791, in *Rep. Giust. civ.*, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 103) e alla quale, viene assegnato il nomen iuris di perizia contrattuale ed abbia, quindi, una propria autonomia. A tal riguardo occorre tener conto che la dottrina più autorevole ritiene che l'attività svolta da un terzo e diretta al mero accertamento di un fatto non costituisca un *tertium genus* distinto dall'arbitraggio e dall'arbitrato libero (In tal senso ELIA, *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, p. 280; ID., Ancora in tema di perizia contrattuale, *ivi*, 1949, I, p. 67; E. FAZZALARI, voce *Arbitraggio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 405; A. P. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, *op. cit.*, p. 184; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, *op. cit.*, p. 385; BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, *op. cit.*, p. 330; G. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 107; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 280; allo stesso modo, in giurisprudenza: Cass., 14.6.1978, n. 2941, in *Mass. Foro it.*, 1978; Cass., 5.7.1948, n. 1056, in *Rep. giur. it.*, 1948, voce *arbitrato*, 169; Cass., 29.10.1968, n. 3618,

altri casi - che sono poi quelli più significativi - esso si presenta in termini di potere di determinazione del nuovo assetto negoziale e, cioè, di modificazione di quello originario e di costituzione del nuovo.

Nel soffermare la nostra attenzione su questa seconda ipotesi in cui l'intervento del terzo è programmato allo scopo di adeguare le condizioni negoziali al mutato contesto fattuale e di ridisegnare il regolamento di interessi nel caso di esito infruttuoso della trattativa rinegoziativa, va detto subito che questa previsione

---

*ivi*, 1968). Questa conclusione viene ad essere confortata, sia dal fatto che ogni qual volta si richiede l'intervento di un terzo è da presumere l'esistenza di un contrasto tra le parti, sia della circostanza che l'accertamento tecnico presuppone, in ogni caso, un'attività discrezionale. Senonché, queste premesse dalle quali si trae la conclusione sopra riferita non sono condivisibili ove si consideri che le categorie codicistiche in discussione possono presentare presupposti applicativi sostanzialmente diversi da quelli qui richiesti (l'autonomia della perizia è sostenuta da: Cass., 22.12.1970, n. 2738, in *Mass. Foro it.*, 1970, 830; Cass., 6.6.1975, n. 2273, *ivi*, 1975, 538; Cass., 22.8.1966, n. 2268, *ivi*, 1966, 793; ed in dottrina: F. BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, p. 953; MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 522. È pacifico, ad esempio, che l'attività dell'arbitratore si concreta nella determinazione di un elemento contrattuale sul quale la volontà negoziale non si è manifestata, salvo poi a vedere se quest'attività integrativa possa essere riferita a qualsiasi elemento del regolamento di interessi. Orbene, nessuna funzione integrativa realizza l'intervento del terzo che stiamo esaminando avendo ad oggetto un mero accertamento di un fatto. L'autonomia del procedimento peritale dall'arbitraggio è sostenibile, peraltro, in virtù della considerazione che essa non richieda un giudizio di natura discrezionale ma la semplice constatazione di un fatto: essa presuppone, infatti, la mera utilizzazione di cognizioni tecniche e preclude al terzo l'esercizio di qualsiasi potere discrezionale. La rilevata autonomia del procedimento peritale consente, a questo punto, di osservare che essa si riflette sul piano della disciplina applicabile, non solo nel senso che il terzo può essere nominato anche da una sola delle parti, ma soprattutto nel riconoscere contro la determinazione del terzo mezzi di impugnazione diversi da quelli previsti dall'arbitraggio. È evidente, infatti, che la natura strettamente tecnica dell'attività svolta dal terzo preclude ai contraenti la possibilità di impugnare per iniquità la determinazione, rimedio concesso solo in presenza di attività discrezionale (Cass., 15.9.1970, in *Rep. Giust. civ.*, 1970, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 68). Allo stesso modo la perizia contrattuale deve essere tenuta distinta dall'arbitrato irrituale, strumento attraverso il quale le parti deferiscono ad un terzo la soluzione di controversie giuridiche tra loro insorte. La previsione della tecnica peritale presuppone, infatti, la mera ignoranza o, comunque, la non adeguata preparazione tecnica su determinate situazioni fattuali e non necessariamente che su di essi sia in atto una controversia. Significativo in questo senso può essere proprio l'esempio della fattispecie rinegoziativa in cui l'intervento del terzo nella procedura di adattamento, al fine di constatare il verificarsi della sopravvenienza dedotta contrattualmente viene, il più delle volte, previsto dalle parti al solo scopo di agevolare la nascita della trattativa rinegoziativa. Le parti possono, infatti, considerare che qualora tale accertamento sia rimesso alla loro valutazione, indipendentemente dalla conoscenza tecnica della situazione fattuale, una ulteriore concertazione possa essere di intralcio alla celerità della procedura di adattamento. Alcune clausole, conferiscono, peraltro, alle parti un determinato termine per accordarsi, alla scadenza del quale è previsto l'intervento del terzo.

costituisce la massima espressione della volontà negoziale di assicurare stabilità e certezza al rapporto contrattuale e di prevenire nello stesso tempo i possibili abusi nell'attuazione del congegno negoziale.

L'intervento del terzo con compiti di revisione del contenuto contrattuale rappresenta, infatti, il freno, anche di natura psicologica, all'eventuale comportamento surrettizio delle parti che nell'attività di rinegoziazione potrebbe manifestarsi attraverso proposte elaborate in termini tali da non consentire sul piano della ragionevolezza la formazione dell'accordo.

In virtù di questa previsione deve ritenersi verosimile che le parti siano indotte a trattare con la più ampia disponibilità e reale collaborazione l'adeguamento delle condizioni negoziali e ciò anche per evitare la sopportazione dei costi, spesso non trascurabili, che comporta il deferimento dell'operazione a terzi.

A questo punto occorre prendere atto che la qualificazione giuridica dell'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato a svolgere costituisce spesso motivo di contrasto e di conseguenza ostacolo alla realizzazione della funzione di garanzia e stabilità del rapporto contrattuale.

Le difficoltà al riguardo non sono esclusivamente di carattere dogmatico ma si riflettono sul piano concreto quando si tratta di individuare ed al tempo stesso circoscrivere i poteri del terzo nella procedura di modificazione delle condizioni negoziali.

Le probabilità di questi inconvenienti aumentano, del resto, nel caso in cui l'intervento del terzo venga previsto nell'ambito di una relazione internazionale ove si pongono problemi di non poco conto in ordine alla compatibilità tra sistemi giuridici diversi e dove ad accentuare queste difficoltà contribuisce la stessa terminologia adottata convenzionalmente per qualificare l'intervento nella procedura di adattamento delle condizioni negoziali. È possibile, infatti, rintracciare nella prassi negoziale sottoposta ad osservazione, indicazioni negoziali non uniformi che non agevolano il compito dell'interprete impegnato a comprendere la natura dell'intervento<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> «À défaut d'accord, il est prévu que chacune des parties désignera un expert économique assisté éventuellement d'un expert financier qui se réuniront pour examiner si les avantages de la présente convention ont été bouleversés ...»;

«... les parties s'en remettraient à la décision d'un conciliateur ...»;

«The matter shall be referred for decision to three referees ... All such referees shall be deemed to be acting as experts and not as arbitrators ...».

In altre si abbandona, invece, il criterio della qualità professionale del soggetto (economica, finanziaria o altra) per privilegiare quello della funzione, ritenendosi in tal caso opportuno ed utile convenire che egli sia «arbitro», cioè abbia funzione risolutiva del contrasto; in tali ipotesi sono frequenti formule come queste:

Ed invero, se in molte circostanze rinvenute sulla base di una attività di ricognizione delle formule consuete nella prassi, la clausola di rinegoziazione fa riferimento ad un terzo "esperto" o "conciliatore", in altre si abbandona il criterio della qualità professionale del soggetto (economica, finanziaria o altra) per privilegiare quello della funzione, ritenendosi, in tal caso, opportuno prevedere che egli sia "arbitro".

Nel ritornare nell'alveo della nostra esperienza, occorre dar conto che in essa è in corso un vivace dibattito dottrinale in ordine alla qualificazione giuridica dell'attività di revisione delle condizioni negoziali svolta dal terzo.

Le difficoltà sono giustificate dal fatto che il nostro ordinamento conosce oltre alla figura dell'arbitrato anche quella dell'arbitraggio, circostanza che se in linea teorica non dovrebbe sollevare particolari incertezze, avendo ciascuno di questi soggetti poteri ben definiti, in concreto costituisce spesso motivo di contrasto tra gli autori che si occupano di questa materia.

In un contributo<sup>20</sup> si è escluso, ad esempio, che l'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato a svolgere nel caso di esito negativo della trattativa rinegoziativa possa essere qualificata in termini di arbitrato.

Per sostenere questa tesi il suo sostenitore parte dalla premessa secondo la quale il giudizio arbitrale può avere ad oggetto esclusivamente la risoluzione di controversie giuridiche e non anche conflitti di altra natura.

Sulla base di questa premessa si fa notare che nella fattispecie rinegoziativa al terzo è deferito il compito di comporre non già una controversia giuridica ma il mero conflitto di interessi esistente tra le parti sul contenuto che deve presentare il negozio modificativo. Se le parti non riescono a trovare un punto d'incontro sul come procedere nell'adattamento delle condizioni negoziali, esse sarebbero, infatti, "en désaccord certes ne mais sans être en litige, proceduralment parlant". Dall'attività di revisione delle condizioni negoziali esulerebbe, quindi, qualsiasi contenuto decisorio, avendo il terzo la funzione esclusiva di trovare il punto di equilibrio del contrasto relativo alla distribuzione dei vantaggi e delle perdite derivanti dalle sopravvenienze accadute nel corso del rapporto contrattuale. In definitiva, secondo questa tesi viene a mancare nella fattispecie rinegoziativa il

---

«à défaut d'accord des parties sur les modifications à apporter, la question est ... soumise à l'arbitrage conformément à l'article suivant. Les arbitres ... peuvent, soit modifier d'autorité les clauses litigieuses ..., soit résoudre la convention».

«Si elles (les parties) ne pouvaient se mettre d'accord sur les modifications à y apporter, celles-ci seraient arrêtées par l'arbitre ou les arbitres dont la désignation est prévue à l'article 10 ...»;

«Elles (les parties) feraient appel à l'arbitrage prévu au contrat ...».

<sup>20</sup> S. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, op. cit., p. 65.

presupposto necessario, costituito dall'esistenza di una controversia giuridica, per qualificare l'attività del terzo in termini di arbitrato.

Per converso, l'attività svolta dal terzo presenterebbe indiscutibili analogie con le funzioni istituzionalmente affidate alla figura dell'arbitratore dall'art. 1349 cod. civ., che si risolvono nel determinare l'elemento contrattuale sul quale le parti non sono riuscite a raggiungere l'accordo. Ed invero, sostanziosamente il compito dell'arbitratore non già nel risolvere una controversia giuridica ma nel determinare, attraverso l'attività di carattere volitivo ed autonomo, un profilo del contenuto contrattuale non determinato dalle parti, si fa notare che analoga funzione viene svolta nella procedura rinegoziativa, nella quale il terzo determina il contenuto del negozio modificativo.

Il sostenitore di questa tesi non omette di darsi carico del rilievo secondo il quale una certa differenza esiste tra la fattispecie codicistica dell'arbitraggio, nella quale viene deferito al terzo il compito di colmare iniziali lacune del regolamento contrattuale, e quella presa in considerazione in cui l'attività del terzo non si consuma nel procedimento di formazione dell'accordo ma nella fase della esecuzione<sup>21</sup>.

Nonostante l'apprezzamento di questa differenza l'Autore, che ne sottolinea nello svolgimento del suo ragionamento l'esistenza, non ne dà rilievo negativo, ritenendo che essa abbia solo valenza quantitativa e non impedisce, comunque, la qualificazione giuridica nei termini sopra indicati.

Sostanzialmente diversa è la ricostruzione compiuta da altro giurista secondo il quale l'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato a svolgere nella procedura rinegoziativa deve essere inquadrata nella figura dell'arbitrato irrituale<sup>22</sup>.

Nel procedere a questa qualificazione l'Autore avverte l'esigenza di precisare che nella fattispecie rinegoziativa gli arbitri sono chiamati a svolgere funzioni ulteriori e diverse rispetto a quella canonica di risoluzione delle controversie giuridiche.

Questi compiti ulteriori possono sostanzialmente consistere nel colmare lacune contrattuali (*supervening gaps*), nell'accertare l'effettiva corrispondenza della sopravvenienza con quella prevista nella clausola di rinegoziazione ed, appunto, nel modificare le condizioni negoziali in caso di disaccordo tra le parti.

L'esposizione, sia pur sintetica, delle scelte compiute dalla dottrina per qualificare l'attività di revisione delle condizioni negoziali che il terzo è chiamato

---

<sup>21</sup> Allo stesso modo nella nostra esperienza: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 350.

<sup>22</sup> G. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, op. cit., p. 360.

ad adempiere, consente a questo punto di rilevare che le due tesi, pur contrapposte nelle loro conclusioni, muovono dalla identica premessa di configurare il disaccordo tra le parti sul contenuto del regolamento contrattuale modificativo di quello turbato dalle sopravvenienze, non già quale controversia giuridica ma come conflitto di interessi.

A nostro avviso questa base comune di indagine deve essere sottoposta ad attenta verifica che prenda spunto dall'individuazione del concetto di "conflitto di interessi", per poi accertare se il contrasto tra le parti possa essere così qualificato o, invece, integri una controversia giuridica.

L'esigenza di procedere ad una precisa delimitazione di questa situazione giuridica acquista, in realtà, rilevanza alla luce della premessa di ordine generale, che riteniamo di dover condividere, secondo la quale la contrapposizione tra arbitraggio ed arbitrato, in ambedue le sue forme, è fondata sulla natura del contrasto che il terzo è incaricato a risolvere: "mentre, infatti, il contrasto la cui soluzione è affidata all'arbitro, rituale o irrituale, nasce dall'incompatibilità di diritti di cui ciascuno dei soggetti sostiene di essere titolare, il contrasto a dirimere il quale sono chiamati uno o più arbitratori è semplicemente tra interessi"<sup>23</sup>.

Nella materia contrattuale la nozione di conflitto di interessi esprime la situazione giuridica dei soggetti che, in una posizione di assoluta ed incondizionata libertà di autodeterminazione, non riescono nella fase prenegoziale a comporre le rispettive aspettative alle quali intendono condizionare la conclusione dell'accordo negoziale. In questa fase il comportamento dei soggetti deve essere motivato dalla mera disponibilità a trattare l'affare e non anche da un definitivo ed irrevocabile impegno a concludere il contratto ben potendo ciascuna delle parti decidere liberamente se ed in che modo addivenire ad esso. Ne consegue che il conflitto di interessi può essere composto esclusivamente dall'incontro delle volontà dei contraenti, i quali sono gli arbitri esclusivi delle risultanze della fase prenegoziale, e non anche in sede di procedimento giurisdizionale.

A questo punto occorre ribadire che analoga libertà di autodeterminazione non

---

<sup>23</sup> In questi termini letterali: E. GABRIELLI, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.*, 1993, 2, p. 664. F. CARNELUTTI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 124; ID., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 400, preferisce, invece, distinguere tra controversia giuridica e controversia economica. Secondo l'illustre giurista vi sono, infatti, conflitti di interessi la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente all'accordo delle parti ed altri che, invece, possono risolversi anche senza questo accordo; le prime, sono le controversie economiche, le altre controversie giuridiche, non perché vengano già risolte dal diritto (mediante norme materiali), ma solo perché il diritto dà modo di risolverle anche se le parti non si mettano d'accordo.



può essere riconosciuta alle parti nell'esecuzione del precetto negoziale della rinegoziazione.

Ed invero, proprio la circostanza che la trattativa diretta a modificare l'assetto negoziale o una regola di esso costituisce esecuzione di un obbligo contrattuale ha consentito di individuare precise regole limitatrici della libertà di autodeterminazione delle parti.

Queste limitazioni sono giustificate dal fatto che nella fattispecie rinegoziativa trova applicazione la regola della buona fede *in executivis*, la quale non solo riveste funzione e portata operativa diversa rispetto alla buona fede che disciplina le trattative relative alla fase prenegoziale, ma acquista valore pregnante soprattutto nel caso in cui alcune scelte relative al momento esecutivo sembrerebbero essere lasciate alla discrezionalità dei contraenti; ipotesi che coincide in modo perfetto con quella in cui le parti prevedono la rinegoziazione ma non anche i criteri che devono informarla.

L'operatività della regola della buona fede nella fattispecie rinegoziativa non si risolve, peraltro, nell'introdurre un limite generico alla libertà di autodeterminazione delle parti, ma essa stessa offre parametri ben precisi verso i quali deve essere indirizzata l'attività modificativa. Questi criteri sono rappresentati non tanto da valori esterni quanto dalle scelte economico-giuridiche risultanti dal contratto, di guisa che i contraenti, nell'esecuzione dell'obbligo rinegoziativo, non possono essere motivati, come nella fase prenegoziale, dalla volontà di "conquistare posizioni", ma sono tenuti, alla luce della regola di buona fede, ad elaborare proposte modificative che si pongano in termini coerenti ed armoniosi con l'equilibrio contrattuale originariamente pattuito e poi superato dalle sopravvenienze. La ricostruzione dell'originario equilibrio tra le prestazioni rappresenta la naturale composizione del potenziale "contrasto" sulle modalità di adeguamento del rapporto contrattuale e più precisamente il risultato "fisiologico" della trattativa rinegoziativa condotta in piena osservanza della regola della buona fede.

Ne consegue che tutte le volte in cui l'esito della trattativa sia negativo, non trovando le parti un punto di incontro sul modo attraverso il quale procedere all'adattamento delle condizioni negoziali, sarà in linea di massima possibile ravvisare nella condotta di una di esse un comportamento contrario alla regola della buona fede, perché impeditivo della ricostruzione dell'equilibrio contrattuale. Più precisamente, la mancata ricostruzione dell'equilibrio contrattuale, consentirà generalmente di riconoscere nell'attività esecutiva di uno dei contraenti una condotta speculativa, non informata dalla volontà di trattare con la massima e reale collaborazione il problema della sopravvenienza.

Questa condotta, costituendo violazione di un obbligo contrattuale, ben può essere oggetto di una controversia giuridica come tale deferibile al giudizio dell'arbitro, sia rituale che irrituale, il cui compito è, appunto, quello di individuare il soggetto inadempiente per poi procedere alla revisione delle condizioni negoziali.

## **6. L'inadempimento dell'obbligo a rinegoziare e la possibilità di riconoscere l'intervento determinativo del giudice.**

L'obbligo a rinegoziare può essere inadempito dalla parte non soltanto con un atto di rifiuto a trattare le modificazioni del regolamento contrattuale, ma anche con la esecuzione di un comportamento non improntato e governato dalla regola oggettiva della buona fede.

Il contraente adempiente, di fronte ad una prestazione non eseguita affatto o eseguita in modo non corretto, può essere garantito dalla tutela risolutoria che trova applicazione quando ne ricorrano i fatti costitutivi, nonché dalla autonoma o accessoria tutela risarcitoria.

Si deve, però, subito riconoscere che questa tutela può lasciare qualche ragione di insoddisfazione, tenuto conto che il procedimento rinegoziativo è previsto dalle parti per risolvere con la soluzione positiva della conservazione del rapporto e del suo equilibrio il problema delle "sopravvenienze"; questo interesse non viene a realizzarsi se il contratto giunga, comunque, alla sua estinzione per il comportamento di una di esse.

Il motivo di insoddisfazione verrebbe meno se, in alternativa alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, fosse riconosciuta una tutela diversa che garantisca, seppur per via giudiziaria, la conservazione del rapporto. Per entrare subito nel merito di questa ipotesi, conviene verificare se il giudice, su iniziativa della parte adempiente, possa intervenire nella vicenda rinegoziativa con una pronuncia attraverso la quale, compiuto l'accertamento dei fatti costitutivi e constatato che il potere di adeguamento non risulta attribuito ad arbitri, proceda alla determinazione delle nuove condizioni negoziali; in tal caso il giudice sarebbe chiamato ad emettere una sentenza determinativa delle condizioni del negozio modificativo che le parti attraverso lo strumento del consenso non sono riuscite a fissare.

Nel tentativo di verificare la concreta realizzabilità di questo intervento occorre prendere atto, in via preliminare, che se da un lato il nostro ordinamento offre un quadro ampio e ricco di esempi nei quali il giudice attraverso una propria pronuncia costituisce nuovi rapporti, non altrettanto emerge in relazione ai provvedimenti per effetto dei quali il giudice non si limiti alla costituzione del

rapporto, ma interviene direttamente sul contenuto di esso enunciando le regole secondo le quali la vicenda deve essere disciplinata.

Per questa ragione autorevole dottrina è giunta alla conclusione secondo la quale tra i compiti e le funzioni deferibili all'autorità giudiziaria, non rientra anche quella di pronunciare sentenze determinative<sup>24</sup>.

Le difficoltà a concedere ai giudici poteri determinativi possono trovare conferma in via esemplificativa nelle scelte giurisprudenziali assunte in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, con particolare riferimento al potere del giudice di completare o correggere l'offerta attraverso la quale la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze tenta di ricondurre ad equità le condizioni negoziali, paralizzando

---

<sup>24</sup> In questo senso: A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cd costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, I, p. 84 e ss., secondo il quale la categoria delle sentenze determinative come ipotesi in cui il giudice, in assenza di integrazioni determinate consensualmente tra le parti, è chiamato a determinare e specificare in via equitativa l'oggetto di obbligazioni individuate dalla legge e dal contratto, costituisce un inutile eccesso di qualificazione che rischia di complicare fenomeni già di per se complessi. Le uniche ipotesi in cui tale categoria potrebbe trovare giustificazione sul piano della realtà sarebbero, invero, quelle che si situano nell'ambito della giurisdizione non contenziosa o comunque ai margini della giurisdizione contenziosa, come, ad esempio, l'ipotesi in cui sia deferito ai giudici la tutela degli interessi dei minori.

La categoria delle sentenze costitutiva - determinative, che avrebbero luogo quando la modificazione sostanziale *ope iudicis* si presenta come alternativa ad un assetto stragiudiziale rimesso ad una cooperazione delle parti, che non ha in se struttura di obbligazione e di altro dovere giuridico è, invece, riconosciuta da: L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1994, p. 152 e ss.; ID., voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 508 e ss. L'autorevole giurista osserva, in particolare, che l'autonomia della categoria in discussione viene ad essere proposta non per il "gusto di eleganze teoriche" ma per l'esigenza di superare l'orientamento giurisprudenziale che, in ragione della tipicità delle sentenze costitutive e della costante interpretazione restrittiva dell'art. 2932 cod. civ., esclude la possibilità di sanzionare in modo adeguato gli obblighi di contrattare. Nello stesso senso, per l'ammissibilità della categoria delle sentenze costitutive determinative, si pone: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 345, il quale offre in osservazione alcune ipotesi in cui l'intervento determinativo del giudice si colloca in una prospettiva sostitutiva dell'autonomia privata. Emblematica al riguardo è la fattispecie in cui dovendosi rendere comune un muro che si trova su un confine, sia necessario stabilire le modalità ed i termini della comunione o quella della servitù avente titolo nella legge per la cui costituzione sia necessario precisare la parte di bene su cui essa deve insistere e le stesse modalità di esercizio. In queste ipotesi, come in altre rappresentate dall'illustre giurista, l'opera di determinazione e completamento non è riservata alla competenza esclusiva dei giudici, nel senso della preventiva esclusione di altra via o strumento. Al contrario tale determinazione rientra nei tradizionali poteri dell'autonomia privata e le parti possono, quindi, provvedervi da sole. Nel caso in cui, tuttavia, le parti non siano riuscite ad addivenire ad un accordo, l'ordinamento appresta un rimedio sostitutivo, rappresentato dall'intervento costitutivo determinativo del giudice.

la domanda di risoluzione di controparte<sup>25</sup>.

E' consolidata l'opinione che l'offerta prevista dall'art. 1467 cod. civ. deve essere modulata in termini precisi e concreti e rappresenta, in ogni caso, una scelta discrezionale della parte avvantaggiata dalla eccessiva onerosità in relazione alla quale non è consentito alcun intervento integrativo del giudice.

Secondo questa tesi i giudici hanno, pertanto, il compito esclusivo di valutare l'effettiva idoneità dell'offerta e delle modificazioni enunciate dalla parte a ristabilire il rapporto di equilibrio tra le prestazioni, ma non anche quello di determinare o modificarne il contenuto per renderlo adeguato e funzionale al nuovo contesto, cosicché se la parte non esercita il potere riconosciuto dal legislatore nel modo corretto il rapporto è destinato a risolversi.

Una indicazione di segno contrario è stata data in dottrina da un Autore il quale, dopo aver sottoposto a revisione critica le ragioni impeditive della configurabilità di un'offerta dal contenuto generico, propone una soluzione meno rigida<sup>26</sup>: l'atto di parte, denominato "offerta", trova sollecitazione nel fatto che è stata promossa dall'altra parte azione di risoluzione del contratto e che è stato aperto il processo, ma questo è un giudizio nel quale la lite vuole essere superata e composta dalla parte convenuta in giudizio che ha interesse ad una soluzione, identificata nella proposta introdotta nel processo e, pertanto, destinata per il conseguenziale giudizio non alla controparte ma al giudice. La mediazione processuale di quest'ultimo appare necessaria e, pertanto, il suo intervento non può mancare anche nel caso in cui l'offerta abbia contenuto generico.

L'Autore conforta la sua tesi non solo con il rilievo che il compito della parte (non

---

<sup>25</sup> In questo senso: Cass., 18.9.1972, n. 2748, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1, p. 1866; Cass., 14.10.1947, n. 1607, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 337; Cass., 30.4.1953, n. 1299, in *Foro it.*, 1954, I, c. 208; Cass., 27.1.1959, n. 224, in *Mass. giust. civ.*, 1959; M. BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 331; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, op. cit., p. 136; BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, op. cit., p. 47; PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, op. cit., p. 84; A. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 155; A. DI MAJO, *Art. 1467, terzo comma, e facoltà del convenuto*, in *Il Corriere giuridico*, 1992, p. 664.

<sup>26</sup> O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 194. Allo stesso modo di recente, L. MARES, *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1996, II, p. 63; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 684; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 286. Secondo quest'ultimo Autore «l'intervento integrativo determinativo del giudice trova riscontro nello spirito della disposizione normativa la quale intende offrire al contraente convenuto in giudizio un mezzo giuridico di tutela effettiva per evitare lo scioglimento del contratto e non soltanto una «chance» (con un maggiore o minore grado di elasticità) di salvare il contratto nell'ipotesi in cui la valutazione dell'equità del regolamento modificato o adeguato coincida perfettamente con quella del giudice».

onerata) di precisare le esatte modificazioni necessarie per ricondurre ad equità il contratto non è sempre agevole perché incontra, talvolta, difficoltà di carattere pratico, nello svolgimento di questa attività, ove manchi, ad esempio, il confronto con altri interessi, ma soprattutto valorizzando il dato di fatto secondo il quale il sistema generale dei contratti contiene indici significativi sulla base dei quali giustificare l'intervento del giudice.

Dal sistema generale dei contratti e dalla stessa disciplina in materia di sopravvenienze emergono, infatti, fattispecie negoziali in relazione alle quali il giudice è chiamato ad esercitare le suddette funzioni determinative; a titolo meramente semplificativo vengono ricordate le ipotesi in cui il giudice è tenuto a determinare il corrispettivo del contratto di appalto, a procedere alla revisione del canone enfiteutico, a modificare il canone di affitto nel caso di modificazione normativa.

Questa tesi trova conforto in alcune pronunce giurisprudenziali che riconoscono al giudice, investito dalla domanda di determinazione dell'equo prezzo il potere - dovere di integrare l'offerta formulata in termini generici sulla base degli elementi acquisiti agli atti del processo e che sottolineano come a conforto di questa conclusione concorre il rigore della sanzione, secondo la quale si incorre nel vizio di omessa pronuncia se è stata compiuta questa valutazione<sup>27</sup>.

Nella stessa prospettiva rivalutativa dei poteri determinativi del giudice, può esser utile a questo punto riferire del vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale svoltosi su un tema apparentemente analogo al nostro, cioè quello in cui le parti rinviino ad accordi futuri la determinazione di uno degli elementi del rapporto contrattuale.

Questa fattispecie acquista rilevanza nel caso in cui le parti, attraverso lo strumento del consenso, non riescono a fissare la parte del regolamento sulla quale era prevista la riserva a trattare, non essendo chiaro in tal caso quali poteri di intervento sono riconoscibili al giudice.

A tal riguardo occorre prendere atto che il disaccordo tra le parti dovrebbe far ritenere, in linea di principio, non ancora esaurita la fase delle trattative ed inammissibile di conseguenza l'intervento determinativo del giudice, ma la

---

<sup>27</sup> Cass., 18.7.1989 n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564; Cass., 25.5.1991, n. 5922, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto*, n. 359. In più occasioni, la giurisprudenza (da ultimo Cass., 11.1.1992, n. 247, *cit.*, p. 662) ha, invece, ribadito che nel caso in cui l'offerta sia specifica il giudice, ai sensi dell'art. 112 cod. proc. civ., può pronunciarsi solo sull'efficacia di questa ad impedire l'accoglimento della contrapposta domanda risolutoria e non deve andare oltre; così facendo cadrebbe nel vizio della pronuncia ultra petita, invadendo la sfera dispositiva delle parti. In buona sostanza il giudice può procedere alle modifiche dell'originaria pattuizione solo qualora l'attore faccia espressa richiesta.

questione è solo apparentemente così semplice e lineare, tant'è che conclusioni differenti sono state offerte in dottrina ed in giurisprudenza<sup>28</sup>.

Significativa è, ad esempio, la soluzione data dalla giurisprudenza meno recente, secondo la quale nel caso in cui le parti abbiano riservato al comune accordo successivo la definizione di un elemento del rapporto sia ragionevole, in mancanza di altre indicazioni negoziali, far uso del principio dell'equo apprezzamento<sup>29</sup>, come criterio informatore l'attività determinativa; più precisamente la riserva a trattare la determinazione della prestazione in relazione ad altra già stabilita, deve far ritenere scontato il riferimento implicito al valore e al carattere della prestazione "giusta".

Questo principio è ricavato analogicamente dalla disposizione di cui all'art. 1349 cod. civ. che, nel riconoscere la possibilità di deferire al terzo arbitratore la determinazione di una delle prestazioni, prevede che egli è tenuto a procedere secondo il criterio dell'equo apprezzamento almeno che non risulti, in modo espresso, la volontà di rimettersi al suo mero arbitrio. Da questa premessa si fa discendere, pertanto, che nel caso di disaccordo tra le parti sulla determinazione delle condizioni negoziali, è compito del giudice, nell'esercizio delle funzioni di interprete ed esecutore della volontà contrattuale, di determinare sulla base del

---

<sup>28</sup> Parte della dottrina (F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 375; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 137; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 192) e la stessa giurisprudenza (Cass., 12.4.1988, n. 2891, in *Mass. giust. civ.*, 1988, 4; Cass., 14.2.1986, n. 873, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1672) ritengono che il semplice rinvio ad una successiva determinazione convenzionale esprime una regola negoziale in itinere non ancora completa, suscettibile, così, di essere qualificata in termini di fattispecie a formazione progressiva. Si rileva, infatti, che il futuro accordo costituisce solo un'ipotesi, di guisa che se esso non viene concluso, il regolamento rimane definitivamente incompleto, e non è più suscettibile, anche attraverso l'intervento giudiziale, di acquistare rilevanza giuridica. Merita, peraltro, di essere segnalato l'orientamento giurisprudenziale che ritiene ravvisabile, in questi casi, una ipotesi di nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto (Cass., 29.9.1975, n. 3677, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1489; Cass., 12.12.1967, n. 2934, in *Mass. giust. civ.*, 1967, 1530; Cass., 11.8.1966, n. 2201, ivi, 1966, 265; Cass., 10.11.1924, in *Rep. foro it.*, 1925, 149; Trib. Milano, 23.9.1968, in *Mon. Trib.*, 1968, p. 1202). Di recente, F. GUERRERA, *Opzione e determinazione successiva dell'oggetto negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 493, ha osservato che nel caso in cui i contraenti abbiano rinviato al successivo accordo la determinazione di un profilo del contenuto negoziale, il requisito della determinabilità non pare riscontrabile. In queste situazioni si avrebbe una invalidità «provvisoria» destinata a divenire definitiva nel caso di disaccordo o inerzia delle parti.

<sup>29</sup> Così: Cass., 26.3.1965, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 1371; Cass., 23.5.1985, n. 3109, in *Mass. Giust. civ.*, 1985; Cass., 11.8.1947, n. 1492, in *Foro it.*, 1948, I, c. 958; Cass., 20.5.1966, n. 1288, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, 735; Cass., 19.6.1962, in *Rep. foro it.*, 1962, voce *Obbligazione e contratti*, 159; Cass., 14.12.1960, n. 3247, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 853; Cass., 21.10.1958, in *Giust. civ. Rep.*, 1968, voce *Vendita*, 262

criterio suindicato il nuovo assetto negoziale.

Parzialmente diversa è l'indicazione offerta da autorevole dottrina che preferisce differenziare l'ipotesi in cui le parti rimettono la determinazione dell'elemento contrattuale al libero incontro delle volontà negoziali, da quella in cui sono predeterminati i criteri secondo i quali deve essere informata l'attività dei contraenti.

In relazione alla prima fattispecie considerata questa dottrina non condivide la riferita interpretazione alla quale è addivenuta la giurisprudenza ritenendo inammissibile ed ingiustificato che la determinazione sia effettuata dal giudice secondo l'equo apprezzamento; si ritiene, infatti, che in questo caso la determinazione, in quanto affidata al mero incontro delle volontà dei contraenti, riveste natura negoziale e come tale non consente surrogazioni giudiziali.

Una soluzione diversa è offerta, invece, per il caso in cui il contratto contiene l'indicazione dei criteri e dei parametri sulla base dei quali i contraenti devono procedere nella determinazione dell'elemento contrattuale. In relazione a questa ipotesi si è osservato, infatti, che l'attività delle parti non riveste natura negoziale ed autonoma, ma costituisce atto esecutivo, atto iniziale di adempimento dell'impegno negoziale e consente, comunque, l'intervento determinativo del giudice<sup>30</sup>. L'azione di ciascun contraente, diretta ad ottenere per via giudiziale la determinazione dell'elemento contrattuale, viene ad essere riconosciuta per la ragione che il giudice, nell'adempimento di questa attività, è egli stesso vincolato ai criteri fissati negozialmente o, comunque, a quelli legali.

Nel prendere atto di quest'ultima ricostruzione e riprese le considerazioni precedentemente svolte secondo le quali il disaccordo tra le parti sul contenuto che deve presentare il negozio modificativo consente, in linea di massima, di riconoscere nella condotta di una di esse la violazione della regola della buona fede esecutiva, si potrebbe a questo punto ritenere che vi sia spazio per l'intervento del giudice nella procedura rinegoziativa.

L'intervento di fonte giudiziale, con compiti determinativi della parte del regolamento contrattuale sulla quale i contraenti non sono riusciti ad addivenire ad un accordo, non avrebbe ragion d'essere sostenuta nel solo caso in cui fosse

---

<sup>30</sup> In questo senso: A. P. MIRABELLI, *Dei contratti in generale, op. cit.*, p. 123. Merita di essere segnalata la tesi di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti, op. cit.*, p. 362, che dopo aver riconosciuto la doverosità e strumentalità dell'attività posta in essere dai contraenti, si fa carico, comunque, di rilevare che a suo avviso lo stesso atto dovuto può rivestire natura negoziale, in quanto esso può costituire espressione di una pur limitata libertà di autodeterminazione. È il caso questo dell'attività rinegoziativa che, sebbene costituisca attuazione di un obbligo contrattuale, non presenta contenuto attuativo delineato.

possibile riconoscere alle parti assoluta libertà di autodeterminazione nella conduzione della trattativa posta in essere in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo e diretta a modificare l'assetto negoziale superato dalle sopravvenienze.

È evidente che la libertà delle parti di elaborare qualsiasi proposta modificativa, anche di contenuto tale da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto dell'accettazione o di rifiutare senza giustificato motivo la proposta di controparte, non giustificherebbe alcuna ingerenza nel rapporto contrattuale da parte dell'autorità giudiziaria con funzioni di adeguamento delle condizioni negoziali; l'intervento eteronomo di fonte giudiziale "mortificherebbe" la libertà negoziale alla quale dovrebbe essere riconosciuto il monopolio nella costruzione del nuovo assetto negoziale modificativo di quello alterato dalle sopravvenienze. In senso contrario è, tuttavia, opportuno ribadire che pur non scaturendo dalla clausola di rinegoziazione un vero e proprio obbligo a "contrarre", a sottoporsi, cioè, ad un assetto negoziale già definitivamente fissato, esiste per le parti un obbligo di "contrattare" che si risolve non solo nel dover avviare la trattativa modificativa, ma anche nel condurla secondo la regola della buona fede *in executivis*. Le parti sono tenute ad eseguire l'obbligo rinegoziativo secondo uno spirito di massima e reale collaborazione in modo tale da trovare una soluzione positiva al problema della sopravvenienza che garantisca la conservazione del rapporto contrattuale.

Come più volte sottolineato, l'operatività della clausola generale di buona fede nella fattispecie rinegoziativa non si risolve nell'introdurre limiti generici alla libertà di autodeterminazione delle parti nell'esecuzione dell'attività diretta a costituire la nuova composizione di interessi, sostitutiva di quella superata dalle sopravvenienze. Al contrario essa offre parametri analitici e concreti verso i quali deve essere indirizzata la trattativa rinegoziativa e, più precisamente, impone alle parti di elaborare proposte modificative, armoniose e coerenti con l'originario equilibrio contrattuale e tali, quindi, da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto del rifiuto<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Va segnalata, a tal riguardo, la tesi di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 425, secondo il quale la trattativa condotta dalle parti, in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo, non è diretta, come nella fase prenegoziale, a far maturare il consenso in base alla valutazione di convenienza dell'affare e delle sue condizioni, ma bensì al raggiungimento dell'accordo circa le modificazioni da apportare al regolamento di interessi. L'autonomia e discrezionalità dei contraenti nella decisione relativa all'*an*, ovvero se concludere o meno il contratto modificativo, deve considerarsi perciò esaurita nel momento della conclusione del contratto originario ed in particolare nella stipulazione della clausola di rinegoziazione. Ne consegue che la clausola di rinegoziazione va considerata quale fonte di un vero e proprio obbligo



Ne consegue che ogni qualvolta non si riesce a perfezionare l'accordo modificativo per il comportamento ostruzionistico di una delle parti, non corrispondente, comunque, alla regola della buona fede, potrebbe riconoscersi alla parte adempiente il potere di adire l'autorità giudiziaria al fine non solo di ottenere sul piano risarcitorio la condanna della controparte ma anche per vedere modificate le condizioni negoziali.

Questo intervento deve essere riconosciuto ed ammesso non solo per il fatto che il giudice con la propria determinazione non provvede da solo a creare il nuovo rapporto contrattuale, completando un regolamento il cui contenuto è in buona sostanza già definito, ma soprattutto valorizzando il dato di fatto secondo il quale egli stesso è vincolato ai criteri predeterminati dalle parti nella clausola di rinegoziazione o in via suppletiva dalla regola normativa della buona fede; la pronuncia giudiziale, determinativa del nuovo assetto di interessi, non costituisce, cioè, il risultato di una scelta arbitraria rimessa al mero senso di giustizia, ma trova nella previsione negoziale o comunque nella buona fede il parametro a cui fare necessario riferimento. Attraverso il suo intervento il giudice non si sostituisce alla autonomia privata ma, al contrario, attua i criteri negoziali o legali sulla base dei quali le parti erano tenute ad improntare il percorso rinegoziativo.

Ne consegue alla stregua di quanto detto nel riferire i criteri di operatività della regola di buona fede nella procedura rinegoziativa, che la pronuncia giudiziale, in assenza di una espressa previsione negoziale, dovrà essere necessariamente coerente con le leggi che regolano il rapporto, con la sua concreta disciplina ed in particolare con l'originario equilibrio economico giuridico tra le prestazioni alterate dalle sopravvenienze intervenute nel corso dell'esecuzione dello stesso. Il giudice dovrà provvedere, in buona sostanza, ad una distribuzione degli oneri e dei vantaggi derivanti dalle sopravvenienze che sia coerente con le scelte di

---

di contrarre per modificare una o più condizioni del contratto originario, e come tale eseguibile in forma specifica nel caso di recesso ingiustificato dalla trattativa o conduzione scorretta della stessa. Nel pronunciare la sentenza costitutiva della regola contrattuale, sostitutiva di quella non più vincolante, il giudice potrà avvalersi di tutti gli elementi utili alla valutazione degli interessi dei contraenti a realizzare il risultato contrattuale e tra questi dovrà, in particolare, tener conto delle trattative svolte e dello stato di avanzamento, nonché dei criteri dell'equità integrativa e della buona fede nella interpretazione del contratto. In questo senso anche, M. COSTANZA, *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 316, secondo la quale le clausole di rinegoziazione possono configurarsi come patti preliminari dai quali sorge, in capo ai stipulanti, un obbligo di rivedere i termini dell'assetto di interessi, di guisa che, nel caso di mancato adempimento dell'impegno assunto, alla parte adempiente, non è assegnata solo la tutela risarcitoria, ma anche quella costitutiva di cui all'art. 2932 cod. civ.

ordine sia economico che giuridico adottate dalle parti in sede di elaborazione dell'assetto di interessi.