

ENRICO GABRIELLI

*RIMEDI GIUDIZIALI E ADEGUAMENTO
DEL CONTENUTO DEL CONTRATTO
ALLE MUTATE CIRCOSTANZE DI FATTO**

1. Il tema dei rimedi giudiziali per l'adeguamento del contratto alle mutate circostanze di fatto, come è noto, comprende numerosi e molteplici profili che vanno: dal problema della presupposizione a quello della sopravvenienza; a quello dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione a quello di più ampia portata del rischio contrattuale, e così via dicendo; e quindi dev'essere in primo luogo necessariamente circoscritto, al fine di una sua più precisa individuazione.

2. Nel diritto dei contratti disciplinato nel sistema italiano si afferma ad opera della dottrina l'esistenza e la legittimità di un «principio giuridico della revisione del rapporto, desunto da inequivoche disposizioni del nostro diritto positivo»¹.

L'affermazione sembra peraltro trovare ulteriore fondamento anche nella tendenza, espressa dal nostro sistema in una pluralità di luoghi normativi, alla conservazione del contratto e quindi del sottostante rapporto.

Nella prospettiva di un discorso ordinato la revisione del contratto e le conseguenti sue tecniche di adeguamento si possono rappresentare secondo diversi piani di valutazione: **a)** quello degli ambiti concreti di applicazione, e quindi distinguendo secondo che agiscono nel quadro del diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali ovvero in quello del diritto dei singoli contratti; **b)** quello delle forme mediante le quali tali tecniche possono presentarsi, e quindi distinguendo tra tecniche di revisione e di adeguamento del contratto legali, convenzionali e giudiziali.

* Relazione presentata al convegno internazionale «*Il contratto nel sistema giuridico latinoamericano. Basi per un codice latinoamericano tipo*», svoltosi a Bogotà dal 3 al 6 settembre 2001». Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Ugo Majello*.

¹ TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 110.

La diversità degli ambiti di collocazione delle singole fattispecie comporta significative conseguenze sistematiche ed interpretative.

2.1. Sul primo piano di valutazione occorre fin d'ora segnalare che la dottrina italiana negli ultimi tempi ha discusso con notevole impegno il tema della distinzione tra parte generale e parte speciale dei contratti, i cui termini generali meritano di essere, seppur sinteticamente, richiamati per una miglior definizione del quadro generale di riferimento del discorso che si sta svolgendo.

La distinzione tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti ha conosciuto una prima sistemazione in epoca immediatamente successiva alla codificazione del 1942, nel senso che tra i due gruppi di norme si individuava un rapporto sistematico, secondo cui le norme generali acquistavano il loro significato come «di cornice alle norme particolari (secondo gruppo), che sono esclusive a ciascuna figura di contratto in specie; il che spiega (in concorso con altre ragioni) come e perché quel primo gruppo precede l'altro, nella distribuzione della materia». La coesistenza di tali norme veniva giustificata e spiegata nel senso della combinazione (e non della reciproca esclusione) fra esse: il primo gruppo costituisce, secondo quella dottrina, un «indispensabile, anche se non sempre avvertito, presupposto, o addentellato per il secondo gruppo»².

La classificazione, e la conseguente distinzione, così costruita³, negli

² La sistemazione all'epoca proposta da MESSINEO nella *Dottrina generale del contratto*, del 1944, si ritrova ora in ID., *Il contratto in generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1973, t. I, p. 11.

³ Secondo MESSINEO, (*op. loc. ult. cit.*) la portata della locuzione “norme generali” può significare, in primo luogo, norme che preludono alle “norme particolari”, le quali ultime sarebbero quelle che costituiscono la disciplina peculiare di ogni singolo tipo di contratto; sicché in tal senso la locuzione “norme generali” denoterebbe una schema generico, di per sé compiuto, che si contrappone, collocandosi su un piano normativo sopraordinato, ai numerosi schemi corrispondenti ai singoli tipi, ed in tal guisa non sarebbe soggetto a confondersi con questi.

In un secondo senso la locuzione “norme generali” potrebbe significare norme “comuni”, cioè tali da apparire “suscettibili di essere applicate ad ogni singolo contratto in concreto: epperò, *in concorso* (e non in antitesi) con le norme particolari, che sono, invece, dettate *ratione materiae*; e, in tale ulteriore significato, quella locuzione sta sul *medesimo piano* normativo di queste ultime. Ora, sembra che sia il secondo, il significato preminente della locuzione in esame”.

ultimi tempi, è stata sottoposta a revisione critica, sull'idea che il rapporto sistematico in tal modo disegnato «non esisteva ieri, nel confronto tra norme generali e norme particolari sui contratti nel codice civile. Tanto meno esiste oggi, nel confronto tra norme del codice civile e norme delle leggi speciali» ed ancor meno condivisibile sarebbe la concezione, alla quale si ispirava «di una parte generale del contratto quale disciplina idonea a regolare il contratto come figura unitaria»⁴.

Si è sostenuto infatti che le tendenze presenti in dottrina al fine di spiegare il rapporto tra norme di parte generale e norme di parte speciale testimoniano che la parte generale sul contratto non è più considerata centrale. Sarebbe viceversa rinvenibile un “fenomeno centrifugo” ascrivibile a più circostanze, fra le quali: l'intervento del legislatore, attuato mediante leggi organiche di settore a contratti da sempre oggetto di interventi episodici; la fioritura di nuovi contratti, affidati all'analitica disciplina delle parti, con vocazione dell'auto sufficienza⁵.

La parte generale sul contratto non potrebbe più essere considerata come la disciplina di una figura unitaria, dato che «si è riaperta la forbice tra contratti tra privati e contratti di impresa», «si è aperta la forbice tra contratti tra imprese e contratti con il consumatore. Si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali», sicché «il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale»⁶.

L'idea del declino del contratto come categoria generale, unitamente ad una tendenziale sfiducia verso l'attuale persistenza ed utilità delle cate-

⁴ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 328

⁵ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., p. 333. Segnala la “perdita di centralità” e la “perdita di unitarietà” della figura del contratto in generale, anche ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 12.

⁶ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., p. 333, il quale osserva come il legislatore, in questo contesto sia stato assente, non intervenendo a disciplinare, ad esempio, né le condizioni generali di contratto, né i singoli contratti, quali sembrano affidati per la loro disciplina più agli usi o ai codici deontologici.

gorie generali, viene comunque respinta con fermezza da una importante parte della dottrina⁷.

In particolare si rileva che la centralità delle norme generali sui contratti trova il suo fondamento sia nella storia delle codificazione, la quale avrebbe dimostrato «un movimento centripeto: istituti “particolari” divenuti figure “generali” e comunque un arricchimento della disciplina generale», sia nella storia delle idee e della prassi⁸.

Il discorso critico verso la parte generale del contratto non sarebbe condivisibile neppure «quando sembra svolgersi sul piano tecnico: se riesce ad evitare le secche del nominalismo, non giunge tuttavia a soluzioni convincenti»⁹; sicché, respinta la logica della frantumazione, «parte speciale e parte generale costituiscono gli ineliminabili poli di una dialettica feconda»¹⁰.

L'utilità ed il valore di uno schema unitario astratto, che si risolve nella categoria generale del contratto, risulta dunque riaffermata¹¹ e ribadita¹², poiché la categoria generale del contratto non sembra aver perso il suo ruolo centrale nel quadro degli atti di autonomia privata, quale cate-

⁷ Cfr. G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, spec., p. 428; VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 805 ss.; BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 669; in *Il contratto. Silloge* in on. di G. Oppo, Padova, vol. I, 1992, p. 51 ss., ed ora anche in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 2a ed., 1996, p. 31 ss.; cfr. anche IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 560.

⁸ BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 670.

⁹ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 673. La critica è direttamente rivolta a CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, p. 62 ss.

¹⁰ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 674. Sul punto cfr. però la garbata replica critica di DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 2a ed., p. 11.

¹¹ Ancor di recente da RESCIGNO, voce *Contratto*. In generale, cit, p. 2, e da G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Pietro Rescigno, Torino, 1999, t. I, p. 12 ss.; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 ss.

¹² A sostegno della tesi esposta nel testo, BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., p. 675, indica un “esempio sintomatico del valore della parte generale del contratto, ma che svela anche certi sottintesi della dottrina sulla c.d. fuga dalla parte generale”. Si tratta del compito, che il legislatore avrebbe assegnato alla parte generale del contratto, consistente nel “governare lo sviluppo dei nuovi tipi contrattuali ad opera della attività creatrice dei privati, al di fuori dei rigidi schemi precostituiti della legge”.

Anche GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, 2° ed., vol. II, t. 1, dopo aver ricordato che «nella realtà fattuale il contratto in generale non è neppure pensabile; pensabili sono solo i tipi contrattuali, siano essi tipi legali o tipi sociali (i cosiddetti

goria logica, formale, ovvero, secondo altra formulazione, quale «referente gnoseologico comune»¹³.

Da qui l'ulteriore opportunità di distinguere tra tecniche di revisione e rimedi di adeguamento del contratto che operano nella parte generale e tecniche e rimedi che operano nella parte speciale del diritto dei contratti.

2.2. Nel quadro generale in modo così approssimativo delineato, si può dunque osservare che i rimedi per la revisione e l'adeguamento del contratto presenti nella parte speciale risultano peraltro distribuiti e articolati in modo disordinato e non omogeneo, anche se, come anticipato, si presentano caratterizzati da un elemento in comune: essi operano all'interno del singolo tipo legale e quindi risentono della connotazione e della caratterizzazione strutturale di ciascuna singola fattispecie.

Il tipo contrattuale infatti rappresenta, se non l'unico, certamente il migliore criterio di selezione del rischio contrattuale, e quindi rappresenta un punto di riferimento affidabile da cui prendere le mosse per operare la revisione del contratto mediante l'adeguamento del contenuto dello stesso alle mutate circostanze di fatto.

Il tema, ovviamente, ripropone anche l'antica *querelle* su quale sia l'elemento (o gli elementi) idoneo ad individuare il tipo: se la causa (come sostiene da tempo la dottrina prevalente) ovvero se, accogliendo la tendenza al ripudio di tale strumento, si debba far riferimento (mediante l'applicazione del metodo cd. tipologico) ad una pluralità di dati individuanti, in tal modo, rinunciando ad individuare un unico elemento tipizzante dotato di operatività generale, e facendo ricorso ad una serie di tratti distintivi¹⁴, classificati a seconda che attengano: al contenuto del contratto, alla qualità delle parti, alla natura del bene oggetto del contratto, al fattore tempo, al modo di perfezionarsi del contratto¹⁵.

contratti atipici o innominati)», riafferma l'opportunità di una "parte generale" sui contratti.

¹³ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 683, ed ivi p. 684 sul *valore euristico* della categoria generale del contratto; cfr., anche dell'A., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 8 ss.

¹⁴ DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. p. 70.

¹⁵ Si tratta in ogni caso – avverte DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 111 – di un elenco da non considerare esauriente, «perché si è avuto cura di mettere in evidenza le differenze fra i tipi solo quando l'affinità induceva all'analisi differenziale, mentre si sono trascurati i tratti distintivi che potevano risultare dal confronto fra tipi tra loro lontani.

Dal punto di vista logico, con riferimento ad un dato ordinamento positivo, e quindi

Il riferimento alla causa, quale elemento di individuazione del tipo – e quindi, secondo il linguaggio del codice anche alla “natura del contratto” o “alla natura dell’affare”, cioè dell’operazione economica – rimane in realtà l’unico criterio in materia ancora affidante, e come tale può servire da base per la valutazione dei criteri di revisione e delle tecniche di adeguamento del singolo contratto, sia quando esso sia riguardato nella dimensione offerta dalla parte generale, sia quando sia riguardato in quella offerta dalla parte speciale, del diritto dei contratti.

Nel quadro dei dati di riferimento offerti dal sistema potrebbe in realtà sembrare che anche l’oggetto del contratto – (segnatamente se inteso quale elemento esterno allo stesso e compreso nel contenuto del contratto mediante la sua rappresentazione descrittiva) e quindi identificato, secondo il linguaggio del codice, nella prestazione¹⁶ – ad una prima ed approssimativa lettura potrebbe porgere uno spunto di riflessione al fine di assumere tale elemento come criterio di riferimento per un’indagine sul tema dell’adeguamento contrattuale.

In tal senso potrebbe infatti risultare utile la considerazione delle vicende a cui l’oggetto, nel senso sopra inteso, potrebbe andare incontro tra il momento della conclusione e quello della esecuzione del contratto, come avviene nel caso della disciplina dei vizi e delle difformità nella vendita, quale paradigma normativo delle ipotesi di alterazione tra quanto pattuito nel programma negoziale e quanto consegnato in esecuzione dell’assetto di interessi, particolarmente quando la modificazione dell’oggetto sia il risultato di fatti o di circostanze verificatisi in un tempo successivo alla conclusione del contratto.

Indagini recenti, intese proprio a valorizzare l’adeguamento come principio generale nei contratti a lungo termine, hanno posto in evidenza, per quello che qui interessa, che la figura dell’oggetto del contratto, in qualunque accezione essa si intenda, non si presta ad offrire un utile ambito per operare l’inquadramento sistematico del tema dell’adeguamento¹⁷.

ad un dato catalogo di tipi legali, potrebbe ben essere formulato un elenco di tratti distintivi dotato di completezza».

¹⁶ E. GABRIELLI, *L’oggetto del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* dir. da Schlesinger, Milano, 2001, p. 28 ss

¹⁷ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 93 ss.

Al contrario anche da tali indagini – seppure risulta pressoché impossibile, o comunque ardua, una rassegna esaustiva delle singole ipotesi di disciplina legislativa della modificazione dell’originario contenuto del contratto, a seguito del mutamento di circostanze di fatto, o al sopravvenire di circostanze diverse – sembrerebbe trovare conferma l’idea che nei contratti tipici l’adeguamento legale del contratto, quale espressione sia dell’interesse dei contraenti a mantenere in vita il contratto, sia del carattere flessibile del regolamento contrattuale, è la manifestazione di un principio generale di disciplina dei rapporti di durata¹⁸.

Se ne deve dunque dedurre che le tecniche “legali” di revisione e di adeguamento del contratto non sembrano poter fare a meno quale referente principale del tipo contrattuale, poiché esse operano sempre all’interno del tipo legale, secondo modelli e paradigmi che è lo stesso ordinamento a prevedere nella definizione della disciplina del singolo tipo.

3. Le tecniche di revisione e di adeguamento rimesse all’autonomia dei privati operano invece in via preventiva rispetto al verificarsi di un evento che possa realizzare un effetto traumatico sull’assetto di interessi dettato dalle parti, e si esprimono, già nella fase di conclusione del medesimo, mediante l’inserimento di apposite clausole di adeguamento automatico del contenuto del contratto.

Tali clausole producono l’effetto di far sorgere un vero e proprio obbligo di rinegoziazione del contenuto in capo alle parti del contratto.

Si tratta di clausole che ovviamente assumono vesti e connotazioni delle più varie, coerentemente con la variabilità e mutevolezza degli interessi di volta in volta concretamente dedotti in contratto¹⁹.

¹⁸ MACARIO, *op.cit.*, p. 103 ss., cui si rinvia per la rassegna e l’esame di alcune di tali disposizioni.

¹⁹ Cfr. al riguardo i contributi raccolti nel volume, AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, e segnatamente il contributo di RESCIGNO, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, p. 299 ss., il quale ribadisce che nel sistema italiano non è rimesso al giudice un potere di adeguamento del contratto alle mutate circostanze di fatto, e che il potere accordato al contraente convenuto in giudizio per la risoluzione per eccessiva onerosità è un potere «che non può estendersi al giudice, pertanto non abilitato a proporre e ancor meno a imporre una modificazione riduttiva del contratto ad equità».

4. Un diverso discorso deve svolgersi per le tecniche giudiziali di revisione e di adeguamento; segnatamente quando tali tecniche si muovano nel quadro del diritto comune dei contratti.

Una recente indagine comparatistica ha posto in luce che, al pari di altre esperienze giuridiche, la nostra giurisprudenza, pur in presenza nel sistema di casi in cui è consentito giungere a revisione del contratto, ha costantemente respinto tale tentativo, soprattutto quando esso operi attraverso l'intervento del giudice²⁰.

Nell'ordinamento italiano il paradigma normativo che per la sua connotazione sembra meglio presentarsi per progettare *de iure condendo* tale estensione è quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

4.1. L'introduzione dell'art. 1467, nel codice civile del 1942²¹, ha co-

²⁰ GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 378 ss., il quale assume un atteggiamento critico nei confronti di questa tendenza.

²¹ Nella Relazione al codice civile si afferma che «In parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali per disciplinare l'influenza di eventi straordinari sui contratti in corso; ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione: la nostra pratica mercantile e gli usi da essa creati sono già nel senso di riconoscere efficacia risolutiva alla sopravvenuta onerosità della prestazione, per effetto degli avvenimenti di cui si è fatto cenno».

«La rigorosa limitazione dell'efficacia della clausola ad eventi che non possono assolutamente farsi rientrare nelle rappresentazioni che ebbero le parti al tempo del contratto, esclude il pericolo di eccessi; ma garantisce contro tal pericolo anche la rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità, che per il nuovo codice non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma) o quando il contratto è essenzialmente o convenzionalmente aleatorio (art. 1469: vendita a termine di titoli di credito, rivendita)» (sul pensiero di Filippo Vassalli, in merito all'opportunità di introdurre nel codice tale norma v. G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, 1990, p. 37; v. anche DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 44).

L'esperienza maturata sotto il precedente codice aveva infatti dimostrato che né le direttive di amministrazione del rischio contrattuale elaborate dalla giurisprudenza, né le configurazioni prospettate dalla dottrina riuscivano a supplire alla mancanza di un principio generale e codificato; sul punto v. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 14 ss.

dificato la regola – conforme ad un principio generale²² rinvenibile anche in altri ordinamenti²³ – secondo cui, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, l'imprevedibilità e straordinarietà dell'evento, quando sia in grado di determinare l'eccessiva onerosità²⁴ di una delle prestazioni, rappresenta una causa

²² Così Cass. 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, 2177; in *Giust. civ.*, 1987, I, 1499, con nota di COSTANZA, *Oneri reali e adeguatezza del corrispettivo*.

Il principio risponderebbe alla tutela «del debitore contro il rischio di un eccezionale e imprevedibile aggravio della sua prestazione» (così BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 385).

Osserva GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1988, p. 468 ss., che nella risoluzione del contratto per eccessiva onerosità si manifesta con tutta evidenza il principio di proporzionalità tra le prestazioni.

²³ Per alcuni riferimenti, cfr. di recente, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 19 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 56 ss.

²⁴ Il concetto di eccessiva onerosità è un concetto elastico, sicché il dibattito sulla sua delimitazione è ancora oggi assai acceso: cfr., fra gli altri, BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946, p. 67; AULETTA, *Risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 170; OSILIA, *Sul fondamento delle risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 15; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; OSTI, voce «*Clausola rebus sic stantibus*», in *Nuoviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 353; REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 344; BOSELLI, voce «*Eccessiva onerosità*», in *Noviss. dig. it.* IV, Torino, 1960, p. 331; GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 415; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 7 e ss.; ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1239; TURNATURI, *Sacrificio economico del debitore e risoluzione per eccessiva onerosità*, *ivi*, 1973, p. 125; E. QUADRI, *Questioni giuridiche sull'inflazione*, Bari, 1981, p. 148 e ss.; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979, p. 152 e ss.; TARTAGLIA, voce «*Onerosità eccessiva*», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 155; ID., *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 19 e ss.; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 721; ID., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1986, I, 573 (ora in: ID., *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997, *passim*); CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, Milano, 1987, t. II, p. 836; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimeste*, 1988, p. 54 ss.; F. BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dir. comm. intern.*, 1988, p. 1 ss.; TOMMASINI, voce *Revisione*

di giustificazione della risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c.c.²⁵.

La disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità – sul cui fondamento esistono ancora gravi incertezze – non si esaurisce comunque nell'art. 1467, ma prosegue nell'art. 1468 con la regola secondo cui «nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità», e, finalmente, si chiude con la previsione dell'art. 1469 nel senso che le norme dei precedenti articoli «non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti».

Le regole richiamate sono tuttavia soltanto quelle che il codice enuncia nella parte dedicata al diritto comune dei contratti: la disciplina dell'istituto trova viceversa ulteriori e significative applicazioni nella parte speciale del diritto dei contratti (v. ad es. art. 1664 c.c., in tema di appalto;

del rapporto (diritto privato), cit., p. 114 ss.; VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in ALPA – BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1991, vol. IV, t. II, p. 980; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto Disc. priv. sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 235 ss.; ID., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 182; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1993, t. II, p. 677 ss.; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario dir. da SCHLESINGER*, Milano, 1995, p. 109 ss.; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 399 ss.; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., t. II., p. 1559 ss.

²⁵ L'eccessiva onerosità ovviamente non deve essere confusa con l'impossibilità sopravvenuta, che può derivare anche da un eccessivo sacrificio economico del debitore, ma unicamente se il sacrificio sia tale da superare «lo sforzo diligente dovuto in quanto del tutto anormale rispetto al risultato dovuto»; con la conseguenza che l'eccessiva onerosità non vale di per sé ad esonerare il debitore dalla responsabilità per inadempimento. Il debitore potrà evitare di incorrere in tale responsabilità, ottenendo l'estinzione del rapporto obbligatorio, mediante la proposizione della domanda di risoluzione nei contratti a titolo oneroso, ovvero, in quelli a titolo gratuito, proponendo la domanda di riduzione della prestazione; poiché la domanda costituisce esercizio del diritto del debitore alla determinazione giudiziale della prestazione, rendendo così il debito illiquido durante il processo, l'adempimento potrà essere sospeso dal momento della domanda.

L'eccessiva onerosità – intervenuta successivamente al ritardo nell'adempimento, o che abbia dato causa al suo verificarsi – non può essere fatta valere dal debitore (BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., p. 386-387; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1993, 2a ed., vol. II, t. I, p. 468, n. 51).

nonché la disciplina degli appalti di opere pubbliche; artt. 1897 e 1898 c.c., in tema di contratto di assicurazione).

4.2. La disciplina sulla risoluzione o sulla modificazione del contratto eccessivamente oneroso può dunque applicarsi se il contratto è a prestazioni corrispettive; se il contratto è viceversa con obbligazioni di una sola parte l'unica via da seguire è quella della modifica.

La spiegazione di tale differenza di trattamento andrebbe ricercata nella circostanza che la categoria cui appartiene il contratto di cui all'art. 1468 c.c. coinciderebbe con la categoria menzionata nell'art. 1333 c.c., e quindi se il legislatore consentisse la risoluzione dei contratti di cui all'art. 1333, questo rimedio eliminerebbe l'obbligo di una parte, senza che l'altra possa ottenere un corrispondente trattamento²⁶.

La delimitazione dell'ambito di applicazione dei rimedi contro l'eccessiva onerosità investe quindi anzitutto la definizione dei confini della categoria dei contratti a prestazioni corrispettive²⁷, per la quale, peraltro, sorgono notevoli dubbi e contrastanti opinioni sia sulla stessa nozione, sia sulla delimitazione in riferimento al contratto bilaterale ed a quello oneroso.

In realtà, se a fondamento della categoria si accoglie non il principio

²⁶ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 633; SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 16. Occorre ricordare che in dottrina si discute sulla applicabilità della risoluzione per eccessiva onerosità ai contratti di cui all'art. 1333 cod. civ. (sul punto v. CARRESI, *Il contratto*, cit., t. II, p. 840; in senso negativo v. da ultimo, BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile. 1. Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 884).

²⁷ Per la delimitazione della categoria e l'esame dei suoi profili e problemi, cfr., BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 262; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 8ª ediz., p. 234; ID., *Il contratto in generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO Milano, 1972, p. 915; OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 490; D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, p. 68; MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, p. 184; DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 48; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 6 ss.; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 455; PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, *passim*; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966 (rist. 1974), p. 307 ss.; ID., *Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto*, in *Studi senesi*, 1968, p. 144; e in *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, p. 225; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 339; BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei*

della proporzione oggettiva tra i sacrifici affrontati dai contraenti, ma quello della libera determinazione da parte degli stessi della fissazione della misura dello scambio²⁸, appare chiara la funzione che il legislatore ha voluto attribuire alla risoluzione e alla modificazione del contratto colpito dall'eccessiva onerosità.

Essa, infatti, interviene, al di fuori delle ipotesi normali nelle quali il contratto tende a realizzare il reciproco scambio delle prestazioni, quando la fissazione del metro di scambio risulti viziata e debba essere sottoposta agli effetti dell'azione di risoluzione ovvero, in senso alternativo, debba essere rivalutata ad opera dell'interprete.

4.3. Il dibattito sul fondamento dell'istituto ha largamente impegnato – e ancora oggi impegna – la dottrina²⁹. Il pensiero degli interpreti può sostanzialmente ricondursi ad una concezione di carattere soggettivo ed una concezione di carattere oggettivo.

La teoria soggettiva fa leva sul momento volontaristico per spiegare la disciplina del contratto e si ricollega alla rilevanza di una clausola tacita (*clausola rebus sic stantibus*), ovvero a valutazioni in chiave di presupposto o di fondamento dell'affare o di presupposto comune; quella oggettiva, viceversa, muove prevalentemente dalla considerazione della causa del negozio e quindi si fonda su un difetto funzionale dello scambio, ovvero sulla equivalenza economica delle prestazioni³⁰.

La teoria soggettiva troverebbe un grave ostacolo nelle obiezioni che

contratti. Il problema della donazione mista, Napoli, 1984, p. 12 ss.; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 50 ss.

²⁸ Le parti del contratto a prestazioni corrispettive non fanno riferimento all'uguaglianza dei valori delle prestazioni scambiate (tesi dell'equivalenza oggettiva), o all'uguaglianza dei valori di mercato delle prestazioni, così come sono valutate dalle parti (tesi dell'equivalenza soggettiva), ma alla circostanza che ciascuna parte offre la propria prestazione per riceverne un'altra, così che ciascuna è causa dell'altra (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, 9ª ediz., p. 224; DE SIMONE, *o.c.*, p. 48; MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 90; SCALFI, *o.ult.c.*, p. 57; PINO, *o.c.*, p. 159; CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 319; ID., *Bilateralità*, cit., p. 336), e l'intento è di dare e ricevere le prestazioni in scambio (A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 320; sul tema v. anche LANZILLO, *Il problema dell'equivalenza tra le prestazioni*, in *Studi Parmensi*, Milano, 1983, p. 161 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, p. 471 ss.).

²⁹ Sul punto v. ora C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 25 ss.

³⁰ Per un esame critico delle varie configurazioni (teoria soggettiva, oggettiva, teoria della presupposizione, della sopravvenienza, ecc.) v., di recente, G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 64 ss.; SCALFI, voce

incontra la nozione di clausola tacita presunta, con cui «si può mascherare a piacimento qualsiasi intervento legale nel settore degli effetti del contratto»³¹. Per quanto, invece, riguarda la rilevanza della presupposizione o del fondamento negoziale, essa, per un verso, rischierebbe di confondere l'eccessiva onerosità della prestazione con l'errore di previsione comune ad entrambi i contraenti, per un altro, quando non creasse confusione con la teoria della sopravvenienza, introdurrebbe comunque un problema di interpretazione, mentre sopravvenienza e presupposizione inciderebbero su effetti diversi del contratto³².

La teoria causalistica, che sembra quella più seguita, viene a sua volta criticata in quanto sposterebbe il problema del fondamento dell'istituto senza risolverlo³³; mentre quella fondata sull'equilibrio economico delle prestazioni non chiarirebbe che l'equilibrio originario esiste soltanto in

Risoluzione del contratto, cit., p. 12 ss.; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 235 ss.; ID., *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., pp. 103 ss., 182 ss.; VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 972 ss.; SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, cit., t. II, p. 660.

Per BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., p. 389, fondamento della norma sull'eccessiva onerosità è «l'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, e precisamente l'esigenza di salvaguardare la parte contro il rischio di un eccezionale aggravamento economico della prestazione derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici». Se la situazione di mercato pertanto permane invariata, o si evolve secondo criteri di prevedibilità, allora ciascuna parte sopporta l'alea normale del contratto; se, viceversa, l'economia del contratto è sconvolta da eventi straordinari e imprevedibili, la parte può liberarsi dal suo impegno nei contratti a titolo oneroso, ovvero si giustifica, in quelli a titolo gratuito, l'equa riduzione della prestazione dovuta.

³¹ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 661-662.

³² SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit., p. 13.

³³ Per SACCO, *op. ult. cit.*, p. 660, dicendo che, aggravata la situazione del debitore per fatto prevedibile, la causa del contratto è intatta, mentre quella stessa causa sarebbe compromessa da una onerosità determinata da un fatto imprevedibile, si direbbe semplicemente che il legislatore accolla al debitore il maggior onere dipendente da eventi prevedibili, e non gli accolla il maggior onere causato da circostanze imprevedibili. In tal modo si parafraserebbe la legge.

Dicendo, infatti, che, sopravvenuta l'eccessiva onerosità della prestazione, la causa (intesa come funzione economico-sociale) del contratto verrebbe a mancare o a viziarsi si potrebbero dire due cose: «che il contratto non ha più una funzione economico-sociale qualsiasi; che il contratto non ha più la funzione economico-sociale che le parti gli avevano assegnato».

La frase, assunta nel primo significato, sarebbe grossolanamente falsa, perché la fun-

quanto le parti stesse lo hanno sancito sicché un giudizio di sopravvenuta disparità delle prestazioni equivarrebbe ad un'interpretazione di ciò che le parti hanno voluto o avrebbero voluto³⁴.

In alternativa alle indicate teorie, nella ricerca del fondamento dell'istituto, si suggerisce di tener presenti varie circostanze: anzitutto che il legislatore, con gli artt. 1467 ss. «non protegge un contraente, ma un debitore, tale in virtù di contratto; il che è diverso»³⁵. Il legislatore pertanto avrebbe fissato il contenuto e i limiti dell'obbligazione da contratto, e nel fissarli avrebbe dato rilevanza non solo al contenuto, ma anche al valore economico della prestazione; con l'art. 1467 avrebbe distribuito il rischio concernente le variazioni del valore della prestazione dovute tenendo conto dell'entità e del segno di tale variazione, dell'eventuale previsione fatta dalle parti, della prevedibilità della variazione stessa. Il legislatore avrebbe cioè compiuto una normale distribuzione di rischi in modo «equo», vale a dire «integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro valore»³⁶.

zione di scambio, di garanzia, ecc., si conserva anche quando il rapporto tra i valori economici delle prestazioni si altera: tanto che le parti sono libere di concludere, dopo la sopravvenuta onerosità, un nuovo contratto perfettamente identico a quello diventato oneroso.

La frase, assunta nel secondo significato, sta a significare che la funzione economico-sociale che le parti hanno assegnato al negozio si deve individuare in base ai prevedibili valori delle prestazioni, e non solo in base al contenuto giuridico di queste prestazioni.

La nozione di causa diverrebbe così il medio logico attraverso cui acquistano rilevanza oggettiva gli scarti imprevedibili dei valori delle prestazioni. Si noti la tecnica concettuale: si utilizza un medio logico superfluo e fumoso per giustificare – occultandola – una tautologia», SACCO, *op. ult. cit.*, p. 661, nota 2.

³⁴ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 661, per il quale questa dottrina, come quella causalistica, perderebbe mordente quando si constatasse che il rimedio dell'art. 1467 limita il suo ambito al caso in cui il contraente su cui il danno incombe sia debitore, mentre non scatta se egli ha adempiuto ed è, a sua volta, creditore. Se infatti fosse vero che il venir meno dell'equivalenza rende il contratto risolubile, occorrerebbe allora inferirne «che l'equivalenza economica si conserva, quando la prestazione ancora da adempiere si svilisce cento volte; e si perde, quando quella stessa prestazione rincara dieci volte». Il confronto con l'art. 2058 c.c. confermerebbe, per altro verso, la tendenziale ritrosia del legislatore ad imporre a taluno una prestazione che per le sue caratteristiche potrebbe rovinarlo, se viceversa si può regolare con equità il rapporto tra le parti, e ciò anche al di fuori di qualunque problema di equilibrio sinallagmatico.

³⁵ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 662.

³⁶ SACCO, *op. ult. cit.*, p. 662, il quale rileva che, con le norme sull'eccessiva onerosità, il legislatore «ha bilanciato *gli interessi privati* delle parti». Tali regole non sono norme

Il che – si è osservato³⁷ – significherebbe dire che, una volta che il contratto non abbia prodotto i propri effetti, sparisce di scena, cedendo il passo al rapporto corrispettivo che dal contratto ha preso vita. I contraenti assumono il ruolo reciproco di creditori e debitori del sinallagma³⁸. La ricostruzione del fenomeno in termini di causa dell'obbligazione, anziché di causa del contratto andrebbe pertanto respinta.

La regolamentazione d'interessi che il contratto esprime sarebbe infatti in funzione del concreto sinallagma cui dà vita, ovvero, il sinallagma altro non sarebbe che «la proiezione effettuale del contenuto della regola posta dal contratto»³⁹.

4.4. I poteri connessi con l'eccessiva onerosità (risoluzione del contratto e offerta di riduzione ad equità) operano quando la prevedibilità e la normalità degli eventi siano superate sicché non rientrino nel contenuto del singolo e concreto contratto⁴⁰ e nella sua alea normale.

L'interprete pertanto – al fine di valutare se gli eventi esterni abbiano alterato l'originaria economia del contratto, determinando così i presupposti per la sua risoluzione – deve ricostruire ed identificare l'equilibrio economico che le parti hanno voluto assegnare all'assetto degli interessi⁴¹.

In questa prospettiva, è necessario elaborare criteri di giudizio che non sarebbe realistico pensare di poter enucleare una volta per tutte in

di diritto pubblico, sicché le parti possono escluderne pattiziamente l'applicazione; in tal caso, si potrebbe pensare ad una esclusione del rimedio legale, ma la regola riprende il suo corso se la variazione del prezzo in base ai parametri contrattuali non esclude un'ulteriore sopravvenienza.

³⁷ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 66.

³⁸ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 66.

³⁹ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 67. Il sinallagma, secondo l'A., trae la propria fisionomia dal contratto ed è con questo un tutto inscindibile, per cui se il sinallagma non si realizza nei termini previsti dai contraenti, questo starebbe a significare che la regola contrattuale stessa non si realizza e che il fine concreto perseguito dai contraenti, con quella medesima regola, non può essere raggiunto.

⁴⁰ Cfr., per tutti, NICOLÒ, voce «Alea», cit., p. 1026.

⁴¹ Sul punto, v. G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 74-75., C. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 128.

astratto⁴², dato che devono tener conto della varietà e variabilità delle fattispecie che l'esperienza giuridica concreta continuamente presenta⁴³.

Nella ricerca di tali criteri la considerazione del tipo contrattuale fornisce un sicuro strumento di interpretazione, poiché ogni tipo di contratto è al medesimo tempo «un piano di distribuzione di rischi»⁴⁴, sicché la scelta del tipo contrattuale rappresenta una tecnica per distribuire i rischi all'interno del contratto e consente di valutare, rispetto alla sua complessiva economia, la compatibilità tra l'originario assetto di interessi e quello presente al momento dell'adempimento⁴⁵.

La distribuzione del rischio contrattuale segna il limite entro il quale si possono sopportare oscillazioni in grado di incidere sulla misura dello scambio senza, al medesimo tempo, operare modificazioni tali da impedire la realizzazione di tale funzione⁴⁶.

La misura fissata dalle parti per ripartire il rischio contrattuale – dato

⁴² Nella ricerca delle tecniche e dei criteri di amministrazione del rischio contrattuale un ruolo importante riveste il raffronto con le esperienze giurisprudenziali di altri ordinamenti (sul punto, anche per le indicazioni, v. E. GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, cit., p. 637 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 25 ss).

⁴³ Ogni contratto ha infatti l'equilibrio economico che le parti gli conferiscono, di modo che nella sua «economia», intesa come la ripartizione del rischio di sopravvenienza che risulta di volta in volta conforme al regolamento di interessi contrattualmente previsto (ALPA, BESSONE, ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 383 ss.; ALPA (a cura di), *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1983, p. 3), ogni prestazione ha sempre e soltanto il valore del corrispettivo concesso dal contraente interessato al fine di ottenerla e non un astratto e oggettivo valore di mercato (sul punto v. anche le riflessioni di ATIYAH, *An Introduction to the law of contract*, Oxford, 1981, 3rd edn. p. 119 ss.).

⁴⁴ FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, I, KARLSRUHE, 1960, p. 147; ID., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, 2 ed., 507 e ss.

⁴⁵ È certo che l'adozione di un certo tipo di contratto è indice della scelta che i contraenti hanno voluto compiere in merito alla ripartizione dei rischi che possono derivare dal contratto, così che in base al modello negoziale, al quale le parti hanno fatto riferimento, si può desumere quale dei contraenti deve sopportare le conseguenze che inevitabilmente vengono ricollegate allo schema giuridico formale nel quale l'intera operazione economica rientra (sul problema della funzione globale dell'operazione economica, come regola creata da tutti i contraenti, e che, come tale, ha un valore comune per tutti i contraenti, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 387 ss.).

⁴⁶ E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1706.

che l'evento sopravvenuto può incidere sulla misura del metro di scambio, e quindi sulla funzione in concreto di scambio⁴⁷ – può rappresentare dunque un indice di enucleazione e valutazione dei vizi di questa funzione, poiché consente di accertare le eventuali alterazioni della stessa.

Da qui la necessità di un controllo sulla funzione concreta del negozio.

Il controllo dell'ordinamento sulla causa in concreto consente infatti di scoprirne gli eventuali vizi, sulla base del fatto che spetta solo alle parti di fissare e determinare in che misura una prestazione debba essere scambiata.

Si può in questo modo agevolmente comprendere come l'ordinamento possa intervenire sulla causa di scambio, quale fissata dalle determinazioni delle parti, quando questa risulti viziata.

L'interprete deve allora indagare, subordinatamente alla proposizione della domanda di risoluzione ad opera del contraente svantaggiato, se il rapporto di scambio, nonostante i nuovi eventi, sia in grado di permettere ancora in concreto la realizzazione di una funzione di scambio.

L'accertamento circa la risolubilità delle singole fattispecie deve pertanto operare mediante criteri di valutazione qualitativi, quantitativi e temporali⁴⁸, in quanto il superamento dell'alea normale del singolo tipo contrattuale non giustifica ancora l'ammissibilità, sul piano dei presupposti sostanziali, dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità.

L'ordinamento, infatti, prescrive per il suo esperimento (e correlativamente per ricondurre il contratto ad equità), che questo limite non sia ristretto all'imprevedibilità della sopravvenienza, ma sia ampliato a tutto il contenuto del contratto, con particolare riferimento alla causa del tipo contrattuale ed al contratto in concreto⁴⁹.

⁴⁷ In tal senso, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 341; ID., *I contratti, Parte generale*, Torino, 1994, p. 110.

⁴⁸ I due criteri (eccessiva onerosità e superamento dell'alea normale) si collocano su due piani diversi: il primo è un requisito di natura quantitativa e tende a determinare l'eventuale onerosità della prestazione. L'altro è di natura quantitativa e qualitativa, e tende ad accertare, relativamente al programma contrattuale nel suo insieme, se sia stata superata l'alea normale del tipo di contratto posto in essere (cfr. R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1026; GAMBINO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 430; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 181). C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 157.

⁴⁹ Riferiscono l'alea normale al tipo contrattuale e al contratto in concreto, fra i più recenti, CAGNASSO, *op. cit.*, p. 182; MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, cit., p. 46; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 658; E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 724; DI GIANDOMENICO,

Occorre, cioè, esaminare se il tipo (o il sotto-tipo) di contratto posto in essere, per il suo contenuto o per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionarsi vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare necessariamente un certo margine di rischio, collegato all'eventuale verificarsi di avvenimenti e vicende che normalmente incidono sullo svolgimento «di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire»⁵⁰.

La valutazione qualitativa e quantitativa del limite entro il quale opera il rischio normale del contratto⁵¹, va comunque rimessa al prudente apprezzamento del giudice⁵², vista, da un lato, la varietà degli avvenimenti⁵³ che possono incidere attraverso un collegamento esterno sulla re-

Il contratto e l'alea, cit., p. 301; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 70; v. anche BONELLI, *Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 7 ss.; ritiene, invece, che l'alea normale debba giudicarsi «nei confronti del contratto in concreto e non nei confronti del tipo di contratto», ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, cit., p. 488.

⁵⁰ NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1026.

⁵¹ La giurisprudenza tende ad identificare il concetto di eccessiva onerosità con lo squilibrio delle prestazioni dedotte nell'ambito del singolo rapporto contrattuale v. ad es. fra le più recenti Cass. 11 giugno 1991, n. 6616, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2826; Cass. 5 novembre 1992, n. 11992, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Contratto in genere*, n. 412; Cass. 21 febbraio 1994, n. 1649, in *Rep. Foro it.*, 1994, I, voce *Contratto in genere*, n. 504, secondo cui l'eccessiva onerosità è presa in considerazione in quanto produca al debitore della prestazione un sacrificio che altera l'economia del contratto e l'equilibrio originariamente esistente tra le corrispettive prestazioni.

⁵² Cfr., da ultimo, Cass. 9 aprile 1994, n. 3342, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Contratto in genere*, n. 503, secondo cui l'accertamento, da parte del giudice di merito, della sussistenza o meno dei caratteri di straordinarietà ed imprevedibilità adottati dalla parte è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi; Cass. 20 giugno 1996, n. 5690, in *Rep. Giust. civ.*, 1996, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 197.

⁵³ Cfr. Cass., 13 marzo 1970, n. 666, in *Riv. not.*, 1971, II, p. 1062; App. Milano, 23 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 403, «non costituisce un evento straordinario ed imprevedibile la variazione in discesa del prezzo del nichel dovuta ad avvenimenti normali di mercato»; Cass., 18 ottobre 1978, n. 4675, in *Mass. Foro it.*, 1978, 919, che parla di «abnormi cause di natura economica e finanziaria, non importa se di carattere generale o particolare che incidano sui prezzi in maniera straordinaria e imprevedibile ed il cui apprezzamento è riservato al giudice di merito»; ed ancora, Cass., 16 marzo 1981, n. 1465, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, c. 642, n. 345; Trib. Sondrio, 14 gennaio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 554; Trib. Monza 29 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 916, per il quale un incremento del prezzo di mercato della materia prima, oggetto del contratto, pari al 30% del prezzo di vendita pattuito, non dà luogo ad eccessiva onerosità

alizzazione funzionale del negozio, dall'altro, che la valutazione del giudice deve operare mediante una considerazione in termini economici dei parametri di riferimento a cui l'alea deve essere commisurata per rientrare entro limiti di normalità⁵⁴.

della prestazione; Cass., 13 dicembre 1980, n. 6464, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, c. 628, n. 355, che mette in rilievo la connessione tra eccessiva onerosità della prestazione e comportamento colpevole della parte che deve adempiere. Sul problema, fra gli altri, cfr., E. QUADRI, *Il comportamento del debitore nella dinamica della risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 333 ss.; C. ROSSELLO, *Cooperazione del creditore all'adempimento doveri di correttezza e rischio contrattuale*, nota a Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 373; Cass., 6 febbraio 1979, n. 782, in *Mass. Foro it.*, 1979, c. 173; Trib. Siena, 8 novembre 1978, in *Arch. civ.*, 1979, p. 666; Cass., 7 maggio 1976, n. 1598, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, c. 687, n. 320, sui limiti di incidenza temporali dell'avvenimento straordinario ed imprevedibile; Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1343; Cass., 27 maggio 1981, n. 3474, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, c. 643, n. 351; Cass., 4 marzo 1981, n. 1258, *ivi*, 1981, voce cit., c. 643, n. 350.

⁵⁴ Non a caso negli orientamenti della più recente giurisprudenza sembra possibile rinvenire la tendenza a considerare, ai fini dell'ammissibilità dell'azione per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, quegli squilibri che vadano oltre un normale criterio di prevedibilità delle fluttuazioni e delle variazioni dei costi che rientrano nelle normali oscillazioni dei prezzi di mercato, sia riguardo al tipo di contrattazione posto in essere, sia riguardo alla misura dell'incidenza di un avvenimento, quand'anche esso fosse stato in una certa misura prevedibile (cfr., variamente orientati, Cass., 13 marzo 1970, n. 666, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 692; Cass., 14 dicembre 1971, n. 3632, in *Riv. not.*, 1973, II, p. 298; *Coll. arb.*, 26 gennaio 1971, cit.; su cui E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Riv. trim.*, 1973, p. 1239 ss.; *Coll. arb.*, 28 febbraio 1972, in *Dir. maritt.*, 1972, p. 420; Cass., 7 maggio 1976, n. 1598, cit.; Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, c. 587, n. 169; Cass., 8 marzo 1978, n. 1158, *ivi*, 1978, voce cit., c. 571, p. 300; Cass., 18 ottobre 1978, n. 4675, cit.; Cass., 6 febbraio 1979, n. 782, cit.; Cass., 4 novembre 1980, n. 5905, cit.; Cass., 4 marzo 1981, n. 1258, cit.; Cass., 27 maggio 1981, n. 3474, cit.; Cass., 16 marzo 1981, n. 1465, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 345; Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132, con nota di PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6867, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 292; Cass. 5 gennaio 1983, n. 1, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 718; Cass. 16 marzo 1984, n. 1799, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 279; Cass. 9 giugno 1987, n. 5036, in *Foro it.*, 1988, I, 2934; Cass. 7 giugno 1991, n. 6452, in *Rep. Foro it.* 1991, voce *Contratto in genere*, n. 401; App. Milano, 23 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 403; Trib. Monza, 29 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 916, con nota di DI PAOLA, Arbitro unico, 12 agosto 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 481, con nota di CAVANNA, *Mutato contesto normativo e risoluzione per eccessiva onerosità*).

Cfr., di recente, in materia di mutui fondiari in Ecu, Trib. Napoli, 1° marzo 1997, in *Corr. Giur.*, 1997, p. 814, con *Commento* di PETRAGLIA, che ha escluso l'applicabilità del

4.5. L'applicabilità dei rimedi contro l'eccessiva onerosità e la sopravvenienza è limitata dal legislatore ai contratti nei quali almeno una delle prestazioni debba essere eseguita dopo che sia trascorso un intervallo di tempo dalla conclusione del contratto. La prestazione dovuta cioè deve essere differita nel tempo⁵⁵ e soprattutto non ancora eseguita⁵⁶. L'obbligazione già estinta non può diventare onerosa in un momento successivo e quindi il contraente che ha già adempiuto non potrà chiedere l'applicazione dei rimedi contro la sopravvenienza.

In termini speculari vale la regola per cui lo svilimento della prestazione, verificatosi successivamente al suo adempimento, non rende onerosa la controprestazione ancora da eseguire⁵⁷. Mentre, per quanto la legge non lo menzioni esplicitamente, il sopravvenuto svilimento della controprestazione viene equiparato alla sopravvenuta onerosità della prestazione del debitore⁵⁸.

Il legislatore vuole infatti che l'onerosità sia eccessiva con riguardo alla prestazione considerata nella sua oggettività e non con riguardo alla situazione soggettiva in cui versa il debitore. L'ordinamento valuta infatti i valori dello scambio e non la situazione (o il comportamento) dei contraenti (in tal modo, ad es., potrà premiare la previdenza di chi si sia

rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità al mutuo fondiario indicizzato alla valuta estera, in quanto il contratto sarebbe «aleatorio per volontà delle parti».

In senso contrario all'applicabilità ai mutui in Ecu della disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità, v. anche Trib. Torino, 15 ottobre 1996 e Trib. Treviso 26 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 135; Trib. Roma 1 aprile 1997 e Trib. Napoli 10 febbraio 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 446, con nota di MANGANO, *Prestiti in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*. Sul tema in generale cfr. DEL BENE, *Mutuo in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*.

⁵⁵ Cfr., di recente, Cass. 16 maggio 1991, n. 5480, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1021; nel senso che può rilevare il differimento anche di una parte della prestazione, v. Cass. 5 aprile 1974, n. 966, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in genere*, n. 303.

⁵⁶ Cass. 22 novembre 1985, n. 5785, in *Rep. Foro it.* 1985, voce *Contratto in genere*, n. 285.

⁵⁷ La dottrina ha analizzato la questione se, ai fini della definizione del concetto di eccessiva onerosità della prestazione, abbia rilievo esclusivamente «l'aumento di valore o di costo della prestazione, o possa anche avere importanza la diminuzione di valore o di costo della controprestazione». Per la definizione del problema e delle soluzioni prospettate, cfr. O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 156 ss.; TOMMASINI, *op. cit.*, p. 115; BIANCA, *Diritto Civile.V.La responsabilità*, cit., p. 393.

⁵⁸ Sul punto, v. l'acuta analisi di SACCO, *op. ult. cit.*, p. 677 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 69; BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 393.

messo al riparo dal pericolo della sopravvenienza e ciò nonostante potrà invocarne gli effetti sulla prestazione ancora da eseguire).

Il criterio di raffronto per la valutazione dei termini effettivi dell'eccessiva onerosità della prestazione va infatti espresso attraverso una considerazione comparativa tra l'iniziale rapporto tra le prestazioni e quello oggettivamente presente al momento dell'adempimento del contratto, così da avere, in termini chiari e concreti, la visione dell'alterazione dell'originario equilibrio contrattuale.

In questo raffronto tra prestazione e controprestazione, da un lato, e l'alterazione verificatasi e verificabile nel nesso di interdipendenza tra le prestazioni, mediante un aumento dell'onerosità della prima o una diminuzione del valore della seconda, dall'altro lato, risulta con chiarezza se l'intervenuta svalutazione monetaria sia stata tale, nella sua concreta incidenza, da alterare il nesso di corrispettività tra le contrapposte prestazioni⁵⁹.

In effetti, è dal raffronto tra il contratto, così come concretamente si sottopone all'integrale revisione del valore delle contrapposte prestazioni, ed il tipo di rischio, connesso alla causa del contratto posto in essere dalle parti, che il giudice deve trarre gli elementi valutativi per determinare se nella fattispecie il venir meno, ovvero il modificarsi o prodursi *ex novo*, di determinate circostanze non presenti al momento della conclusione del contratto (come nel caso della svalutazione monetaria), intervenute tra la conclusione e l'esecuzione del contratto, siano state tali da superare quella che è la naturale alea del contratto concluso dalle parti.

Tale giudizio, tuttavia, dev'essere mantenuto entro criteri flessibili ed elastici di valutazione ad opera dell'interprete.

Nel caso della svalutazione monetaria, ad esempio, non potrebbe, infatti, essere significativa e rilevante l'incidenza, seppur espressa in termini quantitativamente notevoli, del deprezzamento della moneta in un tipo di contratto in cui tale rischio, per quanto maggiormente elevato rispetto alla generalità dei contratti, rientra nella normale e complessiva considerazione che le parti hanno avuto delle ragioni dello scambio.

Al tempo stesso in periodi storici in cui l'inflazione non costituisce un elemento patologico, ma fisiologico della struttura del mercato degli

⁵⁹ Sul punto v. di recente Cass. 3 agosto 1990, n. 7833, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 163; Cass. 13 gennaio 1995, n. 369, in *Rep. Giust. civ.*, 1995, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 296.

scambi, il giudice, al fine di risolvere il contratto e correlativamente di ricondurlo ad equità, non potrà tenerne conto come di un fattore rilevante, o quanto meno tanto rilevante da giustificare una complessiva ed integrale riconsiderazione dei termini del rapporto di scambio tra le contrapposte prestazioni, in quanto la svalutazione monetaria rientra, in questi casi, entro normali criteri di prevedibilità dei rischi connessi con ogni pattuizione contrattuale.

5. Nel quadro del discorso sulla revisione e sull'adeguamento «giudiziale» del contratto alle mutate circostanze di fatto, la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità offre dunque uno spunto di grande interesse, la cui dimensione normativa – come si è cercato di proporre con la bozza di articolo sopra formulata – potrebbe essere estesa al fine di trarne una regola di più ampia portata.

Tale spunto è dato dalla formula contenuta nell'art. 1467, comma 3, c.c.: «*La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*».

5.1. A favore della possibilità di estendere tale rimedio anche al di fuori dell'ambito riservato alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta milita anche la considerazione che analoga fattispecie è prevista (art. 1450 c.c.) – e con l'identica *ratio legis* di natura, si potrebbe dire, “rimediabile” – per la differente ipotesi della rescissione per lesione⁶⁰, ove fondamento e presupposti dell'istituto sono diversi.

La rescissione presuppone nelle sue due forme di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo e nell'azione generale di rescissione per lesione un turbamento nel processo di determinazione attraverso il quale le parti sono giunte a fissare la misura dello scambio. Il turbamento riguarda tutti i soggetti, sebbene in maniera diversa, poiché lo stato di bisogno o di pericolo esercita un'incidenza psicologica sia sul soggetto che si trova in stato di pericolo, sia sul soggetto che si trova avvantaggiato dallo stato di pericolo. Tale turbamento del processo di determinazione da parte dei contraenti impedisce di poter fare concreto affidamento sulla valutazione da loro operata per stabilire la misura dello scambio; ciò

⁶⁰ Cfr. ora CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da Schlesinger, Milano, 2000, p. 95 ss.

impone un riesame della fattispecie anche sotto questo aspetto per accertare l'esistenza o meno della concreta funzione di scambio⁶¹.

Il riesame va effettuato sulla base di un metro oggettivo⁶², al quale conseguirà la negazione della funzione concreta di scambio qualora la sproporzione tra le prestazioni oltrepassi determinati limiti, e cioè raggiunga proporzioni inique nel caso di contratto concluso in stato di pericolo, ovvero superi la metà, nel caso che sia stata determinata dallo stato di bisogno di uno dei contraenti del quale l'altro abbia approfittato⁶³.

Nell'offerta di riduzione ad equità del contratto rescindibile, pertanto, la determinazione del metro di scambio (cioè del nesso di interdipendenza tra le prestazioni scambiate) va misurato su una base oggettiva⁶⁴.

La determinazione della misura dello scambio stabilita dal giudice è infatti sostitutiva di quella dei contraenti, e sarà fissata sulla base di un criterio flessibile e discrezionale di valutazione che, caso per caso, cercherà di ristabilire l'equa ripartizione delle prestazioni tra le parti, ricostruendo quell'originario metro di scambio venuto a mancare e determinando, in tal modo, l'eliminazione di macroscopiche sproporzioni.

Il fine dell'istituto è di ricostruire in presenza delle condizioni richieste dall'ordinamento (cioè la concreta rescindibilità del contratto impugnato) la conformità, tra funzione astratta e funzione concreta di scambio tutelata dall'ordinamento, sicché la modificazione non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, ma potrà

⁶¹ Per più ampi riferimenti su tale configurazione, cfr. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 332 ss.; in senso critico cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 105.

⁶² E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 718; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 110.

⁶³ La reazione dell'ordinamento si verifica solo nel caso in cui la sproporzione oggettiva tra le prestazioni risulti macroscopica. Accanto a tale requisito quantitativo è necessaria la presenza di un apprezzamento soggettivo da parte del contraente leso, che si manifesta con la presentazione della domanda di rescissione. Tutto ciò è nella logica del nostro sistema, poiché l'interprete non può valutare ed apprezzare in pieno le utilità che i singoli contraenti possono ricavare dallo scambio, poiché dipendono da una valutazione (o meglio da una serie di valutazioni) eminentemente soggettive e, pertanto, rimesse ai contraenti; così che l'interprete non può determinare neppure i confini della misura dello scambio, collegati con la funzione del contratto.

Per tali motivi la reazione dell'ordinamento, concretantesi nel rifiuto di ricollegare alla fattispecie gli effetti propri del contratto di scambio, è subordinata alla proposizione della domanda di rescissione esercitata dal contraente leso.

⁶⁴ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 310; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione*, cit., p. 1240; Cass., 18 settembre 1972, n. 2748, cit.

esplicarsi mediante qualunque variazione della prestazione ovvero delle sue modalità, purché sia idonea a mutare il rapporto dei valori tra le prestazioni⁶⁵.

L'ultimo criterio risulterà, a maggior ragione, adeguato nel caso di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, ove l'eventuale iniquità della stipulazione pur incidendo sul suo contenuto economico potrà non riguardare il prezzo ma le modalità di esecuzione della prestazione⁶⁶.

6. Il legislatore, mediante la previsione dell'offerta di modificazione del contratto, di cui agli artt. 1450 e 1467, comma 3, c.c., ha inteso predisporre – sia pure modulando l'unitarietà dell'istituto in coerenza con la funzione assoluta nel contesto delle differenti ipotesi in cui esso opera –

⁶⁵ MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., 227; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, cit., p. 1236; CARPINO, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁶ Nel caso dell'offerta di modificazione del contratto rescindibile, secondo la giurisprudenza (Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, cit.), si pone il problema se «... sia necessario fare un'offerta tale da eliminare del tutto lo squilibrio tra le prestazioni ovvero se basti ridurre la lesione al di sotto della metà, sempre che il giudice ritenga congrua l'offerta a questi fini. La seconda soluzione non trova fondamento nelle norme di diritto positivo».

La Corte esamina con particolare ampiezza ed analiticità la questione e, dopo aver operato un raffronto con l'art. 1534 c.c. abrogato, osserva che "... il riferimento che l'art. 1450 fa alla equità, a differenza del precedente art. 1534, non sta a significare che è demandato all'apprezzamento discrezionale del giudice determinare l'entità dell'offerta in una somma tale che possa variare da un minimo superiore di qualche frazione alla metà del valore della controprestazione a un massimo che importi la scomparsa totale della sproporzione tra le due prestazioni.

Rilevasi al riguardo che nel codice abrogato l'azione di rescissione per lesione rappresentava un mezzo particolare di impugnazione concesso al venditore nella compravendita di immobili (art. 1529 ss.) – oltre che al condividente (art. 1038 cpv ss.) –, mentre nel nuovo codice l'istituto assume la figura di rimedio di carattere generale applicabile a tutti i contratti con prestazioni corrispettive, esclusi quelli aleatori – con la salvezza delle disposizioni relative alla rescissione della divisione (ex art. 1448 comma 5). Potendo la prestazione ricevuta dalla parte danneggiata essere diversa dal denaro, non avrebbe senso che il legislatore nell'art. 1450, al pari dell'art. 1534, avesse fatto riferimento al giusto prezzo.

Pertanto possono servire alla rilevata modificazione del contratto tanto il supplemento della prestazione, quanto la rinuncia a parte della controprestazione o la variazione di una qualsiasi modalità del negozio che influisce sul sinallagma contrattuale in guisa tale da evitare lo squilibrio economico tra le prestazioni"; nello stesso senso Cass. 8 febbraio 1983, n. 1046, cit. Sul punto, cfr. ora GITTI, *op. cit.*, p. 317.

uno strumento di conservazione del rapporto⁶⁷, per la soluzione dei problemi suscitati, da un lato, dalla particolare posizione di svantaggio nella quale viene a trovarsi una delle parti contraenti, e della quale l'altra o le altre approfittandone traggono vantaggio (art. 1450 c.c.); dall'altra, dalle variazioni dei costi e dei valori negli scambi nel periodo corrente tra la conclusione e l'esecuzione del contratto, sia pure limitatamente al verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrino nell'alea normale del contratto⁶⁸ (art. 1467, comma 3, c.c.).

L'ordinamento richiede, in presenza di tali circostanze, che la parte avvantaggiata, al fine di mantenere in vita il rapporto, si offra di modificare il regolamento contrattuale *ab origine* viziato, o successivamente alterato, in modo da ricondurlo nei giusti termini equitativi, tramite una modificazione del rapporto implicante l'assunzione di nuove e più onerose condizioni da parte dell'offerente.

6.1. La natura dell'offerta, fin dall'apparizione della figura, ha rappresentato nell'analisi della fattispecie uno dei capitoli più ricchi di idee e di discussioni ed un terreno particolarmente felice per il colloquio ed il confronto tra dottrina e giurisprudenza, in ragione del vivace dibattito che si è svolto tra coloro che ne affermavano la natura sostanziale e quelli che, al contrario, ne riconoscevano quella processuale⁶⁹.

La natura sostanziale dell'offerta, e la sua conseguente configurazione

⁶⁷ L'affermazione è costante in dottrina, fra i più recenti, TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 112; CATAUDELLA, *I contratti in generale*, Torino, 2a ed., 2000, p. 273; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 197.

In giurisprudenza, cfr. tra le sentenze che con continuità si richiamano al principio di conservazione, Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, p. 320, con nota di FORTUNATO, *Natura dell'offerta di reductio ad aequitatem e limiti per farla valere nel processo*; Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, in *Giust. civ.*, 1972, I, p. 1886.

⁶⁸ Sul profilo del rapporto tra offerta di riduzione ad equità e alea normale del contratto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 710 ss. (ora in E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto. Studi*, Napoli, 1997).

⁶⁹ Sul problema, anche per una rassegna delle varie opinioni fornite in materia, v. da ultimo, E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 710 ss.; PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, p. 144 ss.; E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 479 ss.; SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. dir. da Sacco*, Torino, 1993, t. II, p. 684; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 181 ss.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 264 ss.; MARES, *L'offer-*

negoziale, venne avanzata, in epoca immediatamente successiva alla sua introduzione nel nostro sistema, da un'autorevole dottrina⁷⁰ alla quale sembrava indubitabile che l'offerta «debba consistere fondamentalmente in una dichiarazione di volontà di carattere negoziale diretta all'altra parte, anche se formalmente inserita in un atto processuale destinato in pari tempo al giudice. L'altra parte, infatti, può dichiarare a sua volta di accettarla; e, se, concorrano *hinc et inde* i requisiti di legge, potrà, nascerne un accordo contrattuale perfetto a norma dell'art. 1326. Se, l'altra parte non accetti, dissenta o resista, l'offerente potrà ottenere dal giudice *causa cognita* una sentenza che «produca gli effetti» dell'accordo non concluso, analogamente a quanto disposto nell'art. 2932. In ogni caso egli (offerente) ne resterà in definitiva «vincolato», come da una clausola contrattuale che lo obbliga a prestazioni maggiori o diverse da quelle di cui al contratto originario. E ciò non può farsi risalire, secondo i principi, se non alla volontà dispositiva da lui manifestata».

Le prime decisioni della Suprema Corte sembrano suggestionate da tale opinione quando affermano che l'istituto deve considerarsi «... come un mezzo concesso al convenuto per evitare rispettivamente la rescissione del contratto per lesione o la risoluzione di esso per eccessiva onerosità. Detta offerta, come autorevolmente è stato rilevato in dottrina, ha il carattere di una dichiarazione di volontà negoziale diretta all'altra parte, che può essere accettata da questa ovvero imposta dal giudice, in quanto riconosciuta rispondente ad equità»⁷¹.

ta di riduzione ad equità del contratto eccessivamente oneroso, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 53 ss.; DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, in *Giur. mer.*, 1997, p. 205; E. MINERVINI, *La rescissione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit. t. II, 1999, p. 1462; CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 95 ss.

⁷⁰ Cfr. E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 576 ss.

Affermano la natura negoziale fra gli altri R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*³, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1977, p. 267; M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 1241; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 126; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, p. 913; COSTANZA, *Sulla reductio ad aequitatem del contratto rescindibile*, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1091; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 70; BIANCA, *Diritto civile.3. Il contratto*, Milano, 2a ed., 2000, p. 694; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 89 ss.

⁷¹ Cass. 16 aprile 1951, n. 431, cit., secondo cui l'offerta «non può considerarsi come una eccezione, ma deve configurarsi invece come una contro-domanda, non equiparabile neppure alla riconvenzionale, giacché non si basa sulla situazione giuridica preesistente, bensì sull'assunzione di nuove condizioni contrattuali e, in caso di rifiuto, si chie-

La soluzione in quei termini accolta dalla Cassazione⁷² venne tuttavia sottoposta, proprio sotto il profilo dell'incidenza processuale dell'offerta,

de al giudice di fungere da arbitratore per ristabilire l'equilibrio economico delle prestazioni. Questa funzione viene esercitata o con l'accertamento dell'idoneità dell'offerta a ricondurre il contratto ad equità, qualora essa sia del tutto determinata nel suo contenuto, ovvero con la precisa determinazione delle nuove condizioni del contratto, qualora l'offerta sia formulata in termini tali da richiedere un adeguamento alla specie o comunque un'opera di concretizzazione.

È ovvio, infatti, che l'offerta, se non può essere puramente generica, ben può riferirsi ad altri elementi che ne consentano agevolmente la determinazione.

Ciò posto, devesi ritenere che una siffatta contro-domanda, che presuppone il fondamento di quella avversaria di risoluzione o di rescissione e che tende solo a paralizzarne gli effetti in virtù della creazione di un rapporto sostanziale nuovo, sia sottratta alle regole processuali sulle preclusioni. Queste riguardano le eccezioni o le riconvenzionali, le quali mirano al rigetto della domanda o alla condanna dell'attore, non possono riguardare, invece, una figura *sui generis* di istanza con la quale si vuole porre in essere un'obbligazione nuova con diverso oggetto, la quale importi l'estinzione per novazione di quella originaria su cui verte la lite. L'offerta, come può essere fatta stragiudizialmente, così è sempre ammissibile nel corso del giudizio, anche in grado di appello, fino a che non sia formato il giudicato sulla rescissione e la risoluzione (esclusa, s'intende, la proponibilità della Cassazione per il particolare carattere del relativo procedimento).

Né ha rilievo in contrario la circostanza che verrebbe a mancare il doppio grado di giurisdizione su detta istanza; l'esigenza del doppio grado non sussiste in quanto il giudice esercita una funzione di arbitratore, come non sussiste in genere per le decisioni emesse secondo equità (art. 114 e 339 c.p.c.).

Può aggiungersi che un'altra ragione milita a sostegno della esposta tesi, e cioè quella che la valutazione delle modificazioni del contratto per la *reductio ad aequitatem* deve essere fatta con riferimento alla situazione esistente al momento della pronuncia, poiché solo in tal modo è possibile raggiungere il fine cui l'istituto è preordinato. Pertanto, se sia mutata la situazione nel corso del giudizio ed anche successivamente alla sentenza di primo grado, deve esser sempre consentito di modificare le nuove condizioni proposte per adeguarle alla mutata situazione ovvero di apprezzarle diversamente in relazione alla situazione medesima. Il che postula l'inapplicabilità alla materia delle ordinarie preclusioni processuali.

Sulla proponibilità in appello dell'offerta di modificazione del contratto, si è del resto ripetutamente pronunciata questa suprema Corte per l'ipotesi di rescissione per lesione con le sent. 20.5.1947, n. 830 e 31.1.1949, n. 150. Il principio non può non applicarsi nell'ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità che è perfettamente analoga per la sua struttura e per la regolamentazione⁷³.

Cass. 5 gennaio 2000, n. 46, in *Gius*, 2000, p. 752, ribadisce che la modifica delle condizioni del contratto può essere proposta soltanto dalla parte convenuta in giudizio.

⁷² Cfr. anche Cass. 13 febbraio 1951, n. 351, in *Foro it.*, 1952, I, c. 1405; in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, t. 1, p. 217, con nota di PIETRANGELI, *Dell'azione generale di rescissione per lesione*; in *Riv. dir. proc.* 1953, II, p. 108, con nota di CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*.

alle critiche di altro autorevole studioso⁷³, secondo il quale «è manifesto, in primo luogo, l'errore in cui è caduta la Corte Suprema ammettendo che l'offerta possa farsi in appello; se essa, infatti, determina un mutamento della lite, chi non vede che così si viola il principio del doppio grado? Quanto al primo grado è altrettanto manifesto che l'offerta è preclusa nel momento in cui sono fissati irrevocabilmente i termini della lite, che è il momento della rimessione al Collegio».

Negli svolgimenti della giurisprudenza successiva, l'offerta mantiene in ogni caso «il carattere di una dichiarazione di volontà negoziale diretta alla controparte, e, ove questa non l'accetti, al giudice».⁷⁴

La sottrazione dell'offerta dalle segnalate preclusioni processuali – quale diretta conseguenza della sua natura sostanziale – viene ribadita fino a quando la Corte Suprema⁷⁵, ancora una volta riprendendo l'opinione di autorevole dottrina⁷⁶, afferma che “... lo svincolo dalle preclu-

⁷³ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁴ Cass. 24 marzo 1954, n. 837, in *Foro it.*, 1954, I, c. 755. La Corte di Cassazione respingendo dunque le critiche di Carnelutti tende a ribadire che l'offerta “... appunto per il suo contenuto negoziale, è sottratta alle preclusioni processuali stabilite dagli artt. 183, 184, 354 cod. proc. civ., e alla decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ., e trova limite alla sua proponibilità solamente nel passaggio in giudicato della sentenza. Lo scopo dell'offerta è infatti quello di evitare la rescissione; è quindi chiaro che esso può essere raggiunto fin quando, con il passaggio in giudicato, la sentenza che ha pronunciato la rescissione operi definitivamente gli effetti costitutivi che le sono propri.

La natura negoziale dell'offerta comporta, secondo le regole generali sulla conclusione dei contratti, che, una volta formulata, resti salva e operante sino a quando sia espressamente rinunciata dall'offerente, allo stesso modo che la rinuncia è inammissibile quando sia stata accettata dalla controparte o definitivamente accolta dal giudice, salvi ovviamente gli effetti del mutuo dissenso di entrambe le parti” (Cass. 24 marzo 1954, n. 837, *cit.*, e già prima Cass. 28 maggio 1953, n. 1594, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 1771).

⁷⁵ Cass. 6 febbraio 1970, n. 257, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 562, secondo la quale “rimangono irrilevanti i profili processuali che hanno portato a qualificare processualmente l'offerta come controdomanda proprio in quanto diretta a fare assumere alle parti una nuova situazione giuridica di diritto sostanziale, dopo le varie opinioni che portarono a classificarla come istanza processuale, eccezione sostanziale e semplice strumento di difesa, domanda riconvenzionale costitutiva. Certo il termine controdomanda meglio mette il rilievo il carattere sostanziale della fattispecie”.

⁷⁶ REDENTI (*op. cit.*, p. 580) – alla quale si era uniformato anche CARNELUTTI (*op. cit.*, p. 111) – secondo il quale «la legge consente anche un'offerta di contenuto in tutto o in parte indeterminato, purché determinabile dal giudice», il cui intervento, «si ridurrà in questo caso a funzione di *arbitrator*» (cfr., con particolare riferimento a tale funzione, anche Cass., 16 aprile 1951, n. 431, *cit.*).

sioni deriva dal carattere negoziale della proposta e dalla sua natura sostanziale che rimane anche se essa sia formulata in un processo, perché resta sempre assoggettata alle regole proprie del diritto sostanziale con assoluta prevalenza su quelle di diritto processuale. È una dichiarazione di volontà diretta all'altro contraente per la modifica del contratto con assunzione di nuove obbligazioni ed al giudice, nel caso che quello non l'accetti. Solo accidentalmente è formulata nel processo, ma potrebbe utilmente avanzarsi ed operare anche stragiudizialmente ed ottenere successo anche indipendentemente dal provvedimento del giudice. La sua effettuazione rimane nel piano negoziale e non contrasta con l'interesse dello stesso attore che ha agito in giudizio, di cui può importare la realizzazione e la soddisfazione mantenendo in vita il contratto in attuazione del ben noto principio della conservazione del contratto.

E il giudice funge piuttosto da arbitratore, sempre che si debba continuare ad operare, perché determina le condizioni per l'accoglimento della proposta con equità piuttosto che con la applicazione di norme giuridiche”.

I profili processuali dell'offerta continuavano ad influenzare la considerazione della natura dell'istituto, poiché parte della dottrina da tempo aveva segnalato che uno dei problemi più rilevanti consisteva nel chiedersi in che modo, e per quale ragione, si producesse mediante la proposizione dell'offerta l'effetto di evitare la rescissione o la risoluzione del contratto.

In tale prospettiva si sosteneva⁷⁷ che se l'attore (in rescissione o in risoluzione) accetta l'offerta il contratto ne esce modificato, poiché un nuovo contratto è sostituito al precedente, ma anche se non l'accetta la legge dispone che il giudice non può più pronunciare la rescissione purché l'offerta sia sufficiente a ricondurre il contratto ad equità. Vale a dire che il giudice, al fine di pronunciare la rescissione, non può più giudicare dell'equità del contratto secondo il contenuto originario, ma secondo il contratto come risulta modificato dall'offerta. Pertanto se l'offerta è equa basta da sola a modificare il contratto, di modo che se il giudice riconosce l'equità deve respingere la domanda dell'attore.

In senso contrario, tuttavia, si osservava che il preventivo accertamento della rescindibilità del contratto è senz'altro necessario e rilevante quale presupposto logico dell'accertamento dell'equità dell'offerta, anche se

⁷⁷ CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 110.

non può mai culminare in una pronuncia di rescissione, perché in tal modo renderebbe definitivamente impossibile una successiva riduzione ad equità del contratto⁷⁸.

Il problema era stato affrontato anche dai giudici, ma soltanto di riflesso, sul piano della forma processuale di manifestazione dell'offerta, intesa come "... un mezzo concesso alla parte per evitare la rescissione, con una controdomanda che presuppone il fondamento dell'azione avversaria e tende a paralizzarne gli effetti con la creazione di un rapporto implicante l'assunzione di nuove e più onerose condizioni da parte dell'offerente"⁷⁹.

6.2. Alla tesi negoziale parte della dottrina contrappose, fin dall'inizio del dibattito in materia, l'opinione secondo la quale la *reductio* consisterebbe in una variazione del rapporto contrattuale operata, subordinatamente all'esito favorevole per l'attore della lite principale relativa all'esistenza o meno della rescissione o risoluzione, d'accordo tra le parti, se l'attore accetta l'offerta del convenuto, oppure a mezzo della sentenza del giudice – che in tal modo si sovrappone alla volontà contraria dell'attore che non l'accetti – ma sempre fondandosi sulla proposta del convenuto di cui sia stata accertata la legittimità.

In tal caso, la sentenza ha una portata costitutiva e adempie la funzione di attuare il diritto del convenuto a introdurre la modifica considerata sufficiente a ricondurre ad equità il contratto, evitandone la rescissione o la risoluzione; l'iniziativa della revisione è dunque sempre rimessa alla

⁷⁸ M. PROSPERETTI, *Sulla riduzione ad equità del contratto rescindibile*, cit., p. 1243; sul punto cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁹ Cass. 24 marzo 1954, n. 837, cit.; sul punto la giurisprudenza è costante, cfr.: Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, cit.; Cass. 9 dicembre 1958, n. 3854, cit.; Cass. 12 marzo 1965, n. 407, cit.; Cass. 6 marzo 1969, n. 711, cit.; Cass., 18 settembre 1972, n. 2748, cit., in cui si parla di "condizione di rescindibilità"; Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1493; Cass., 24 marzo 1976, n. 1037, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 271, ove si fa riferimento alla «accertata rescindibilità del contratto»; Cass., 30 marzo 1979, n. 1850, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, n. 289, nella quale il richiamo è alla «concreta rescindibilità del contratto impugnato» e si ribadisce che l'offerta "... opera soltanto nel caso di verificata ricorrenza di tutti gli estremi per la pronuncia di rescissione, che mira ad impedire"; sul tema cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 99, per il quale l'offerta «è idonea ad incidere immediatamente ed unilateralmente sul contenuto del contratto; la singolarità è che tale efficacia ha carattere provvisorio».

parte ed il giudice interviene solo per attuarla come risultato dell'esercizio di un diritto⁸⁰.

L'incidenza della teoria processualistica sugli orientamenti della Corte Suprema in ordine alla definizione della natura dell'offerta cominciò a manifestarsi nei primi anni settanta, quando nell'opinione dei giudici si affermò l'idea della natura processuale dell'offerta di modificazione.

Il percorso interpretativo, suscitato da una fattispecie in tema di rescissione, si muove da una considerazione della lettura e della formula impiegata dalla norma (art. 1450 c.c.): "può evitare la rescissione", per dedurre che la legge conferisce alla parte "il potere di evitare la rescissione del contratto attraverso una modificazione sufficiente per ricondurlo ad equità. E se si tratta di un potere, la controparte si trova, di fronte ad esso, in situazione di soggezione, nella situazione di dover subire la modificazione del contratto, con il conseguente impedimento della rescissione.

Nell'interpretazione della norma dell'art. 1450 c.c., deve darsi rilievo essenziale alla proporzione principale della frase, al «può evitare la rescissione», e cioè al potere; mentre l'altra proposizione connessa e subordinata – «offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità» – viene a significare il modo in cui il potere deve essere esercitato, viene a significare, cioè, che la parte deve esercitare il potere dichiarando di essere disposta ad addossarsi quelle prestazioni più onerose che siano sufficienti per ricondurre il contratto ad equità"⁸¹.

⁸⁰ A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 139; per la prospettiva processuale v. anche MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2^a ed., Napoli, 1962, p. 353 ss.

⁸¹ Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, cit., secondo cui "sembra inconcepibile che il legislatore abbia inteso ricollegare l'effetto sostanziale, anziché alla sola iniziativa della parte (ricollegamento indiretto, come si vedrà in seguito), anche alla cooperazione discrezionale della controparte (accettazione di una proposta di contratto modificativo di quello rescindibile), e solo subordinatamente alla mancanza di questa cooperazione discrezionale abbia inteso valorizzare l'iniziativa della parte". Da qui l'ulteriore argomento (tratto dal raffronto con l'art. 1534 c.c. abrogato – ove si attribuiva al compratore una *facultas solutionis*, valorizzando così soltanto la sua iniziativa) secondo cui "...non si vede per quale motivo il nuovo legislatore, istituendo il diverso sistema dell'art. 1450 c.c., vigente, invece di continuare a valorizzare soltanto l'iniziativa della parte che si è avvantaggiata dello stato di necessità o dello stato di bisogno della controparte, abbia richiesto quel macchinoso *iter*: macchinoso perché, anche in mancanza della cooperazione discrezionale (accettazione) della controparte, l'effetto sostanziale si verificherebbe ugualmente, ricollegato (indirettamente) alla sola iniziativa della parte;

Il nuovo indirizzo acquista rapidamente consensi⁸² e apre la via anche alla soluzione, in senso affermativo, del problema della costitutività del provvedimento giudiziale e quindi a consolidare la convinzione⁸³ dell'ammissibilità di un'offerta generica, in quanto formulata come domanda proposta in via subordinata, per cui il giudice, ove richiesto dalle parti, può determinare giudizialmente l'entità dell'offerta sulla base di elementi oggettivi accertabili in giudizio.

L'ammissibilità di un'offerta generica, in contrapposizione all'opinione

per cui, in base al principio dell'economia e della semplificazione degli strumenti giuridici, si dimostra più opportuna la valorizzazione di questa sola iniziativa.

Data questa interpretazione della norma dell'art. 1450 c.c., deve escludersi la configurabilità dell'offerta di *reductio ad aequitatem* come proposta di contratto modificativo di quello rescindibile, e, perciò, deve escludersi che sia necessaria un'accettazione della controparte”.

Il ragionamento dei giudici prosegue nel senso che il potere conferito dalla legge al soggetto, che si è avvantaggiato dello stato di necessità o dello stato di bisogno della controparte, una volta che sia stato esercitato, non ha immediata incidenza nella realtà giuridica sostanziale, poiché “... la parte esercita, bensì, un potere, ma dichiarando di essere disposta ad addossarsi («offrendo») quelle prestazioni più onerose che siano sufficienti per ricondurre il contratto ad equità: dichiarazione, questa, che, consistendo in una semplice disposizione della parte ad addossarsi quelle prestazioni più onerose che siano sufficienti per ricondurre il contratto ad equità, non è di per sé idonea ad incidere nella realtà giuridica sostanziale”.

Muovendo dal presupposto che il potere si esercita nel processo, e che l'effetto del suo esercizio è esclusivamente processuale, ne deriva, secondo la Corte, che “...l'esercizio del potere si traduce, allora, in proporzione di una domanda giudiziale: negozio processuale e con effetti processuali. Domanda giudiziale la cui *causa petendi* è, insieme alla condizione di rescindibilità, la dichiarata disponibilità («offerta») della parte ad una modificazione del contratto, ad opera del giudice, sufficiente per ristabilire l'equità nel sinallagma, ed il *petitum* è, appunto, la richiesta di un provvedimento del giudice che ha soltanto esso incidenza nella realtà giuridica sostanziale, che soltanto esso produce l'effetto di modificare il contratto rescindibile riconducendolo ad equità: dunque un provvedimento costitutivo”.

I giudici, nella motivazione della sentenza, escludono che si abbia violazione del principio dispositivo, e precisano che “... non si oltrepassano i limiti del potere del giudice, quando la parte chiede che sia modificata una determinata clausola del contratto rescindibile e si rimette al giudice perché, in base ad elementi oggettivi accertabili in giudizio, sia stabilita l'entità della proposta modificazione sufficiente per ricondurre il contratto ad equità”.

⁸² Cfr. Cass. 24 marzo 1976, n. 1067, cit.; Cass. 24 marzo 1976, n. 1037, cit.; e, seppur non esplicitamente, Cass., 22 novembre 1978, n. 5458, cit.

⁸³ Sul punto cfr. già Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, in *Rep. Foro it.* 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 446; Cass. 12 marzo 1965, *ivi*, 1965, voce *cit.*, n. 459.

che la richiedeva concreta in tutti i suoi elementi⁸⁴ venne puntualmente riproposta, sostenendo che "... solo se il contraente offre una determinata somma, senza altra richiesta, il giudice – come esattamente deduce per tal verso la ricorrente – non ha alternative: deve cioè valutare l'offerta e, a seconda che la ritiene sufficiente o non, deve accogliere o rigettare la domanda relativa. Se invece il contraente, anche se indica una somma a suo giudizio congrua, chiede la determinazione del giudice (il che deve riconoscersi legittimo, trattandosi di un'offerta fatta non già come proposta contrattuale in via stragiudiziale – che se accettata dalla controparte dà luogo al contratto modificativo – ma in via stragiudiziale, sotto forma di domanda giudiziale, onde la possibilità di determinazione anche da parte del giudice), allora il giudice può, qualora la ritenga inadeguata, integrarla"⁸⁵.

Questa linea interpretativa si è successivamente consolidata nell'orientamento della Corte Suprema⁸⁶.

⁸⁴ Cass. 14 ottobre 1947, n. 1607, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 337; Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, 820; Cass. 24 ottobre 1958, n. 3470, *ivi*, 1958, 245; Cass. 29 gennaio 1959, n. 224, in *Foro it.*, 1960, I, c. 453; in dottrina, A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, cit., p. 136; Id., *L'offerta di riduzione, ad equità del contratto divenuto eccessivamente oneroso*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, I, p. 351; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 108.

⁸⁵ Cass. 24 marzo 1976, n. 1067, cit., nella quale la Corte Suprema ha ammesso che correttamente la Corte di merito "in base ai dati obiettivi acquisiti nel giudizio a mezzo della consulenza tecnica di ufficio, ha determinato in una somma maggiore di quella indicata il maggior prezzo per la compravendita in oggetto, accogliendo così la domanda di modificazione del contratto proposta dall'acquirente".

⁸⁶ Cfr. Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564, con nota di MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*; in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2564, secondo cui "... Con il terzo motivo si denunciano ancora violazione e falsa applicazione degli artt. 1450 e 1467 c.c. per avere la corte del merito rigettato la domanda di riduzione ad equità sul rilievo che l'offerta del nuovo prezzo era manifestamente inadeguata e senza considerare che i proponenti si erano in ipotesi rimessi alla determinazione giudiziale, il che imponeva alla Corte d'Appello di integrare l'offerta secondo equità.

Anche questo motivo merita accoglimento. La Corte del merito ha invero correttamente rilevato, in conformità alla natura e alla funzione della domanda di riduzione ad equità delle condizioni di contratto, ed in aderenza, altresì ai canoni fondamentali del processo stabiliti dagli artt. 99 e 112 c.p.c., che l'offerta è necessariamente rimessa all'iniziativa della parte e deve essere concreta nei suoi elementi, così che il giudice cui non è dato di integrare con una propria determinazione le eventuali deficienze della proposta né di superarne la portata, deve limitarsi a stabilire se le modificazioni offerte siano idonee a normalizzare il rapporto contrattuale.

Dopo tale corretta premessa, la Corte d'Appello, nel rigettare l'offerta come palese-

6.3. Nelle linee dell'evoluzione giurisprudenziale, con il passaggio ad una configurazione in chiave processuale dell'offerta di modificazione, sembra di poter intravedere un costante e progressivo riconoscimento al giudice di un più penetrante potere di incidenza nella riduzione ad equità del contratto.

In tal senso trova fondamento l'ammissibilità di un'offerta generica; ed è altresì possibile formulare un'ipotesi di ricostruzione della fattispecie in chiave procedimentale, quale struttura più adeguata alla funzione perseguita.

Nel procedere all'esame del problema è in ogni caso opportuno sottolineare che: altro è l'offerta di modificazione del contratto, proposta dal convenuto nel giudizio di rescissione o di risoluzione, la quale presuppone l'interesse del medesimo al mantenimento del contratto, seppur modificato nei suoi termini; altro, è la riduzione ad equità del rapporto operata dal giudice, la quale, per un verso, presuppone la richiesta di caducazione degli effetti del contratto proposta dall'attore con la domanda giudiziale, per un altro, risponde anche al suo interesse alla produzione degli effetti divisati con il contratto, seppur modificati.

La distinzione tra i due momenti dell'istituto è infatti fondamentale per comprenderne la struttura formale.

L'affermazione della natura processuale dell'offerta conduce infatti a sostenere la costitutività del provvedimento giudiziale conseguente e quindi ad affermare la possibilità, da una parte degli interpreti tuttavia negata, di un'offerta generica, in quanto formulata come domanda proposta in via subordinata, la cui concreta determinazione verrebbe così rimessa al potere discrezionale del giudice. Egli infatti qualora richiesto dalla parte offerente può determinare l'entità dell'offerta sulla base di

mente esigua, ha, tuttavia, mancato di considerare che l'appellato Valentini, nelle sue conclusioni, aveva chiesto dichiararsi che la residua somma da lui dovuta alla controparte a saldo del prezzo rivalutato ammontava a lire 97.246.520 o, nella peggiore delle ipotesi, a lire 138.000.000 «o quella somma minore o maggiore» che la corte avesse ritenuto «equa», somma che egli offriva agli appellanti».

Con il che, osserva la Corte, doveva intendersi proposta una domanda subordinata di determinazione giudiziale dell'equo prezzo dovuto ai promittenti la vendita ed in forza della quale domanda il giudice era legittimamente investito del potere-dovere di integrazione dell'offerta sulla base degli elementi di giudizio già acquisiti al processo.

Per la discussione critica degli orientamenti della giurisprudenza, cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 97.

elementi oggettivi accertabili in giudizio⁸⁷, senza per questo violare il principio dispositivo⁸⁸, né dar corso ad un intervento del giudice negli atti di autonomia privata.

L'ammissibilità di un'offerta generica⁸⁹ induce, per altro verso, a prospettare quale struttura adeguata alla funzione perseguita con l'offerta quella procedimentale, articolata mediante una sequenza di atti finalisticamente e strutturalmente collegati fra loro e dotati di un differente potere determinante nei confronti degli effetti finali.

Sequenza che sul piano descrittivo si è scandita in tre fasi: preliminare, costitutiva, determinativa dell'efficacia⁹⁰.

La fase preliminare – ove si inquadra la proporzione, ad opera di uno dei contraenti, di una domanda di rescissione o di risoluzione – è destinata a produrre l'effetto della nascita a favore del convenuto di un potere di azione al fine di contrastare la richiesta di caducazione del contratto.

Tale fase determina un presupposto sostanziale per l'esercizio dell'offerta. Il contesto degli artt. 1450 e 1467 c.c. prospetta, infatti, l'offerta come atto o attività del convenuto per opporsi alla domanda altrui e per evitarne l'accoglimento, quindi come fenomeno o episodio che si attua nel processo⁹¹.

La possibilità di un'offerta effettuata al di fuori del processo non tocca peraltro il problema della configurazione della fattispecie, poiché rientra comunque nell'autonomia delle parti il potere di modificare in qualunque momento, e quindi anche nel corso del giudizio, l'assetto dato ai loro rapporti economici⁹².

⁸⁷ E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, cit., p. 494; Cass. 24 marzo 1976, n. 1067, cit.

⁸⁸ Cass., 9 dicembre 1958, n. 3854, cit.; Cass., 7 giugno 1957, n. 2109, cit.; Cass., 14 ottobre 1947, n. 1607, cit.; Cass., 18 settembre 1972, n. 2748, cit.; Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, cit.; Cass., 24 marzo 1976, n. 1037, cit.; Cass., 12 marzo 1965, n. 407, in *Mass. Giust. civ.*, 1965, p. 192.

⁸⁹ Sulla quale v. da ultimo, C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 190 ss.; sul punto cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁰ E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, cit., p. 494 ss.

⁹¹ Rileva SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., t. II, p. 684, che, al pari di quanto è avvenuto in materia di rettifica di contratto viziato da errore anche in tal caso ha prevalso l'idea dell'offerta come negozio civilistico.

⁹² Sul punto, cfr. da ultimo GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 315 ss.; MONTICELLI, *Rescissione per lesione e transazione*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 960.

Sostiene al riguardo la Cassazione (Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, cit.) che «... se

L'offerta indirizzata al giudice, e pertanto inserita nel processo, assume la forma della controdomanda.

È questo il momento della sequenza procedimentale che può definirsi costitutivo: il giudice deve previamente accertare l'effettiva presenza di un contratto rescindibile o risolubile.

La correlazione processuale, fra giudizio sulla rescissione – risoluzione e giudizio sulla congruità dell'offerta a produrre la riduzione ad equità del rapporto, opera del resto nel senso che la proposizione dell'offerta si può avanzare fino a quando non si sia formato il giudicato sulla rescissione – risoluzione⁹³.

Se il contratto non è rescindibile o risolubile il giudice respinge la domanda attrice; in caso contrario non emette la relativa pronuncia, poiché l'offerta, se ritenuta adeguata al riequilibrio delle prestazioni, si pone come fatto impeditivo della pronuncia di caducazione del contratto, determinando l'assunzione di un maggior onere per la parte offerente⁹⁴.

L'offerta, in quanto dà luogo ad una situazione per la quale non sono più ravvisabili gli estremi per la pronuncia, impedisce che il giudice pronunci immediatamente la rescissione o la risoluzione, che potrà semmai essere oggetto di un provvedimento successivo al negativo accertamento dell'idoneità dell'offerta.

A questa fase segue un ulteriore accertamento dell'organo giudicante, che valuta l'adeguatezza dell'offerta al fine del riequilibrio delle prestazioni.

Quest'accertamento è senza dubbio un raffronto tra l'equilibrio delle prestazioni com'era originariamente strutturato e come invece risulterebbe a seguito della modifica proposta.

fatta in via stragiudiziale, l'offerta è una proposta contrattuale, e precisamente una proposta di contratto modificativo di quello rescindibile, che la parte avvantaggiatasi dallo stato di necessità o dallo stato di bisogno della controparte rivolge a quest'ultima. Quale proposta contrattuale, è dichiarazione di volontà nell'ambito sostanziale, che se interviene l'accettazione della controparte, coordinatasi con questa, dà luogo alla formazione di un contratto modificativo di quello rescindibile in modo da ristabilire l'equità nel sinallagma. Si tratta di proposta contrattuale e non di un negozio giuridico unilaterale, perché il vigente ordinamento non concede alla parte avvantaggiatasi dello stato di necessità o di bisogno della controparte di modificare il contratto direttamente con una propria dichiarazione precettiva, cioè, appunto, con un negozio unilaterale avente incidenza nella realtà giuridica sostanziale».

⁹³ Cass., 16 aprile 1951, n. 931, cit.; Cass. 9 giugno 1952, n. 1653, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 450; Cass., 24 marzo 1954, n. 837, cit.; sul punto cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 102.

⁹⁴ Cfr. Cass. 24 marzo 1954, n. 837, cit.

L'intervento giudiziale rende pertanto operanti gli effetti che erano maturati a seguito della proposizione dell'offerta e immette il procedimento nella fase dell'efficacia.

Nella prospettiva così delineata il giudice sembra abbandonare quel ruolo di arbitratore, che dottrina e giurisprudenza come si è visto gli avevano assegnato, per assumerne uno più diretto ad incidere sul contenuto del contratto. L'effetto modificativo, conseguente alla proposizione dell'offerta, si ricollega infatti all'iniziativa della parte avvantaggiata, in quanto veicolo privilegiato di trasmissione al giudice di un potere di valutazione del contenuto del rapporto.

L'intervento del giudice in questo caso non assume in effetti un valore in senso proprio integrativo, né contrasta con i principi del sistema, in quanto la discrezionalità che in materia l'ordinamento gli riconosce deve essere esercitata con esclusivo riferimento all'equo temperamento degli interessi in gioco. Si tratta di un intervento solidale, e non antagonistico, con l'autonomia contrattuale⁹⁵.

Sul piano della valutazione e soluzione del conflitto degli interessi contrapposti il legislatore, a tutela dell'interesse del convenuto a non perdere la controprestazione, ha voluto attribuire al giudice il potere di modificare il contratto attraverso il procedimento della *reductio*.

Il convenuto formulerà pertanto un'offerta concreta e specifica se il suo interesse alla conservazione del rapporto sarà quantificabile nella misura rappresentata dal contenuto dell'offerta, con il rischio che – qualora il giudice non la ritenga equa – pronunci la rescissione o risoluzione del contratto. L'interessato proporrà, viceversa, un'offerta generica, rimettendone la determinazione al giudice, se valuterà comunque per lui opportuna la conservazione dell'affare, qualunque sia la misura fissata dal giudice.

Se è vero infatti che l'offerta generica «previene il rischio di veder respinta l'offerta perché troppo bassa, e previene il rischio di offrire inutilmente più di ciò che il giudice avrà considerato come la soglia minima del supplemento sufficiente. Ma sottopone la parte al pericolo di una fis-

⁹⁵ CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Torino, 1979, cit., p. 198; precisa GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 467, n. 49, che non sarebbe sufficiente la generica domanda della parte rivolta alla determinazione della sua prestazione secondo equità, poichè in questo caso il giudice deve decidere se la prestazione offerta sia tale da ripristinare l'equilibrio di cui parla l'art. 1467, 3° comma c.c. e quindi l'equità «è criterio di valutazione di una dichiarazione della parte, non criterio per adeguare giudizialmente il contenuto del contratto all'evento sopravvenuto».

sazione giudiziale imprevedibilmente ed inaccettabilmente alta»⁹⁶, è altrettanto vero che un'eventuale determinazione esorbitante ad opera del giudice potrà sempre essere impugnata successivamente dal convenuto.

Del resto, se si ammette che nel caso di offerta specifica sia il giudice a doverne valutare la congruità, non si comprende per quale motivo al medesimo tempo – in presenza di un'offerta generica, che in via subordinata lo richieda – non sia consentito alla parte legittimata di rimettere all'organo giudicante anche il potere di determinarne l'entità.

In presenza di un'offerta generica, il giudice diviene quindi un mediatore di interessi particolarmente qualificato, in quanto non interviene *sul* contratto, integrandone il contenuto, ma interviene per la salvezza e composizione del conflitto degli interessi regolati *nel* contratto.

La sua determinazione, pertanto, quando è costitutiva di quella del contraente legittimato, trova fondamento nell'autonomia della parte e «rientra nel contenuto della decisione che definisce il giudizio»⁹⁷.

6.4. Un diverso problema concerne i criteri ai quali ci si deve attenere nella riduzione ad equità del rapporto nella fattispecie della risoluzione per eccessiva onerosità, nella quale manca un oggettivo metro di riferimento quantitativo fissato dal legislatore⁹⁸.

L'eccessiva onerosità rileva infatti in quanto dovuta ad un evento straordinario ed imprevedibile; così che per la presenza del fenomeno della sopravvenienza si determina nei contraenti un apprezzamento incompleto della situazione, perché essi non prevedono il verificarsi di determinati eventi e l'omissione che ne consegue, incidendo sul processo di determinazione, comporta una fissazione del metro di scambio viziata da un'inesatta rappresentazione, che produce un'incompleta visione della realtà⁹⁹.

Il problema che si pone all'interprete è nell'indagare, subordinatamente alla proporzione della domanda di risoluzione ad opera del contraente leso, se il rapporto di scambio, nonostante i nuovi eventi sia in grado di permettere ancora in concreto la realizzazione di una funzione di scambio¹⁰⁰.

⁹⁶ SACCO, *op. cit.*, p. 915.

⁹⁷ BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 695.

⁹⁸ E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., t. II, p. 1571.

⁹⁹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 341.

¹⁰⁰ A. CATAUDELLA, *o.l.u.c.*

Nell'offerta di riduzione ad equità del contratto risolubile, pertanto, mancando un oggettivo metro di riferimento quantitativo, l'interprete dovrà valutare, con prudente ed elastico apprezzamento, se l'equilibrio tra le prestazioni sia stato alterato oltre il segno dell'alea normale del contratto fissato dalla legge quale limite per l'eccessiva onerosità¹⁰¹.

In questo senso l'indagine dell'interprete se, per un verso, presuppone la soluzione del problema del significato da attribuire al termine equità, per un altro verso, finisce per segnare i confini dell'ambito di intervento del giudice.

Il termine equità impiegato dalla norma potrebbe infatti indurre a pensare che in questo caso il giudice operi mediante il ricorso all'equità integrativa; sicché occorre precisare quale sia il regolamento dei poteri che il legislatore ha voluto attribuire all'interprete con il richiamo a tale concetto.

L'art. 1467 (al pari dell'analoga disposizione di cui all'art. 1450) c.c. si riferisce all'equità come ad un criterio tecnico¹⁰² e non attribuisce all'organo giudicante alcun tipo di discrezionalità¹⁰³, di modo che nella fattispecie non è possibile rinvenire un vero e proprio giudizio di equità¹⁰⁴, né tanto meno un'ipotesi di equità integrativa, poiché il termine in questo caso non significa «giustizia in rapporto al caso singolo, ma equilibrio fra le prestazioni»¹⁰⁵.

In tal senso, una volta accertato in quale accezione il legislatore abbia inteso il richiamo all'equità nell'art. 1467 c.c., appare agevole rinvenire i criteri ai quali deve ispirarsi il contenuto dell'offerta di modificazione, dato che, nel procedimento di riduzione, l'interesse del convenuto se da un lato costituisce il presupposto per poter attivare il meccanismo con-

¹⁰¹ E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 719; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 111-112.

¹⁰² CARPINO, *op. cit.*, p. 103.

Nella lettura della Corte Suprema le condizioni del contratto devono essere riportate ad un «giusto rapporto di scambio, con la conseguenza che il corrispettivo dev'essere uniformato, in quanto possibile, ai valori di mercato, così che venga eliminato lo squilibrio economico e le prestazioni siano ricondotte ad una piena equivalenza obiettiva» (Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 994, con nota di SICA).

¹⁰³ GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 102; in senso critico, cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 104, nota 16.

¹⁰⁴ Così, Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, cit.

¹⁰⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2^a ed., Napoli, 1975, p. 60; cfr., anche COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 139 ss.

servativo, per l'altro ne indica i limiti: soltanto al convenuto in risoluzione spetta infatti il potere di offrire la modificazione¹⁰⁶.

L'offerta dovrà essere pertanto di tale natura da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico ovvero – secondo il linguaggio delle Corti – «da ricondurre ad equità l'economia del rapporto»¹⁰⁷.

Nella fattispecie del contratto risolubile per eccessiva onerosità, l'offerta rappresenta infatti uno strumento di amministrazione del rischio contrattuale, in quanto, mediante il recupero della misura della funzione di scambio, è diretta a ripristinare l'originaria economia del contratto, riconducendolo entro i confini segnati dall'alea normale¹⁰⁸.

Tale riconduzione opera mediante il ricorso, ad opera del giudice, a criteri che non possono essere unicamente oggettivi¹⁰⁹, poiché in questa fattispecie si tende a ricreare la proporzione originariamente fissata dalle parti¹¹⁰ e quindi esiste un metro soggettivo attendibile cui va ricondotta la proporzione tra le prestazioni, a meno che gli eventi imprevedibili sopravvenuti siano stati tali da alterare non solo l'originario rapporto tra le prestazioni, ma addirittura da modificare le stesse ragioni dello scambio. In quest'ultimo caso, in relazione alla nuova situazione, il riferimento do-

¹⁰⁶ In tal senso, nel segno dell'uniformità dell'impostazione, v., Cass. 30 aprile 1953, n. 1199, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 1467; Cass. 27 gennaio 1959, n. 224, cit.; Cass. 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 296; Cass., 11 luglio 1978, n. 3492, *ivi*, 1978, voce cit., n. 299; Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, cit.

¹⁰⁷ Cass., 24 marzo 1976, n. 1067, cit.

¹⁰⁸ E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 724; nello stesso senso BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 399; PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 114 -115.

Rileva COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, p. 155, che anche nella definizione dell'alea normale del contratto emergerebbe un problema interpretativo che implicherebbe, anche se in modo non esclusivo, il ricorso al canone dell'art. 1366 c.c.

SACCO, *op.ult.cit.*, p. 684, considera equo «il parametro che erode la sola sproporzione eccedente la normale tollerabilità. La sproporzione tollerabile dipende da un'alea normale che non ha connotati di anti-giuridicità, e cui le parti si sono liberamente sottoposte concludendo il contratto».

Per Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita not.*, 1992, 548; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2018 con nota di MAGNI, *Ancora sull'offerta di riduzione ad equità*; in *Corr. Giur.*, 1992, 662 nota DI MAJO, ... «l'offerta deve essere tale da riportare il contratto esattamente all'equilibrio *quo ante*».

¹⁰⁹ Nel senso che l'indagine del giudice deve essere condotta attenendosi a «criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico», v. Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, cit.

¹¹⁰ In tal senso, da ultimo, BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 399, nota 48.

vrà necessariamente essere rivolto alla considerazione di criteri oggettivi¹¹¹.

Un diverso profilo di analisi della fattispecie riguarda la valutazione del momento al quale va commisurata la congruità dell'offerta, al fine di produrre la modificazione del rapporto.

Tale problema si pone in particolare quando si tratti di considerare l'incidenza della svalutazione monetaria ai fini della risoluzione del contratto ovvero della sua riduzione ad equità: ci si deve chiedere, infatti, se il momento da prendere in considerazione sia quello in cui il contratto fu stipulato (per cui l'attore si accolla il rischio della svalutazione), oppure quello in cui l'offerta viene effettuata dal convenuto (così che è il convenuto ad assumere l'incidenza del rischio della svalutazione), oppure, da ultimo, quello in cui il giudice opera la rivalutazione del rapporto.

Il dilemma, di antica origine, ha dato luogo ad un cospicuo ed assai articolato dibattito. Superato l'ostacolo opposto dal preteso contrasto tra rilevanza della svalutazione monetaria e vigenza del principio nominalistico¹¹² la Corte Suprema, con indirizzo costante sostiene che " ... le modificazioni del contratto divenuto eccessivamente oneroso, e come tale, da ridurre ad equità, vanno valutate con riferimento alla situazione esistente al momento della pronuncia.

Pertanto, qualora muti la situazione nel corso del giudizio ed anche successivamente alla sentenza di primo grado, il giudice deve anche d'ufficio valutare se le modificazioni offerte dalla parte interessata appaiono eque con riferimento alla normalizzazione del rapporto, tenuto ovviamente conto anche dell'intervenuta svalutazione monetaria, la quale – siccome si riferisce ad un debito di valore (quale il supplemento del prezzo) – è rilevabile anche d'ufficio: la questione può quindi essere oggetto di discussione per la prima volta anche in sede di rinvio"¹¹³.

L'offerta deve dunque essere commisurata al valore assunto dai beni al momento della pronuncia giudiziale, poiché è a quel tempo che si opera la normalizzazione del rapporto e quindi l'offerta di modificazione

¹¹¹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 310 ss.

¹¹² Per la ricostruzione degli itinerari argomentativi percorsi dalla giurisprudenza mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 725 ss., cui ora adde PANUCCIO DATTOLA, *op. cit.*, p. 116 ss. spec. p. 130.

¹¹³ Cass., 13 gennaio 1984, n. 275, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 362, con nota di MARINO, *Preliminare, eccessiva onerosità sopravvenuta, offerta di riduzione ad equità*; Cass. 9 ottobre 1989, n. 1989, cit.; cfr. ora CARPINO, *op. cit.*, p. 104.

deve tenere conto di quel parametro di riferimento per risultare adeguata. Di conseguenza, qualora al momento della stipulazione del contratto fosse stato previsto il versamento in un tempo successivo di un prezzo residuo, l'offerta per essere congrua va considerata anche con riferimento all'ammontare della rimanente parte di prezzo dovuta¹¹⁴.

7. L'offerta di modificazione del contratto, sulla cui struttura e funzione, ricostruita in termini procedurali e quindi con una caratterizzazione fortemente segnata dall'intervento del giudice, è parso opportuno, proprio in chiave di comparazione, soffermarsi, rappresenta dunque un modello di rimedio giudiziale per l'adeguamento del contratto e quindi, in definitiva, per la sua conservazione.

Si tratta di uno strumento che è peraltro già presente in alcuni codici dell'area culturale latino – americana. Segno evidente della sua duttilità e della sua capacità di operare anche in esperienze giuridiche diverse da quella italiana.

8. Il raffronto comparatistico mostra infatti una differente capacità di adattamento e di ampliamento dell'istituto, proprio in chiave di strumento di revisione e di adeguamento del contratto, in relazione alle singole esperienze giuridiche latino – americane.

In alcuni ordinamenti infatti l'ipotesi del rimedio nei termini esposti non è contemplata (cfr. codice civile colombiano, messicano, brasiliano, i quali sembrano seguire l'impostazione del codice civile spagnolo, ove è prevista nel titolo II (*De los contratos*) unicamente l'ipotesi della rescissione, e non quella della risoluzione per eccessiva onerosità), al pari, altresì, di quanto prevedeva anche il codice civile cubano del 1889; in altri la figura è presente ma con modulazioni differenti (cfr. ad esempio l'art. 1890 del codice civile del Cile, per l'ipotesi del versamento del supplemento del prezzo in tema di rescissione del contratto di vendita per lesione enorme), ovvero con formulazioni di chiara ispirazione dal codice civile italiano (cfr. art. 1198 del codice civile dell'Argentina, ove, peraltro, il riferimento al rimedio impeditivo della pronuncia di risoluzione viene indicato con riguardo a «*los efectos del contrato*»); in altri ancora, l'istituto si presenta con un ambito di applicazione più ampio di quello riservatogli dal legislatore italiano.

¹¹⁴ L'indicazione in tal senso è confermata anche dalla giurisprudenza: Cass., 18 luglio 1989, n. 3348, cit.; sul punto v. comunque ora CARPINO, *op. cit.*, p. 105.

Esemplare in tal senso è la posizione del codice civile peruviano del 1984, che si colloca in una posizione particolarmente avanzata nel tentativo di elaborare tecniche di adeguamento giudiziale: nel titolo VIII “*Excesiva onerosidad de la prestación*” all’art. 1440 in tema di contratti commutativi ad esecuzione continuata, periodica o differita, nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per avvenimenti straordinari e imprevedibili espressamente previsto l’intervento del giudice: «*la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la controprestacion, a fin de que cese la excesiva onerosidad*». Nel caso in cui tale riduzione non sia possibile per la natura della prestazione o per le circostanze, o «*si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato*».

Nello stesso codice va segnalata l’analoga previsione per l’ipotesi della rescissione per lesione (cfr. artt. 1450 e 1451).

9. L’idea di uno strumento giudiziale di amministrazione del rischio contrattuale, quale ipotesi legislativa per la creazione di un codice latino-americano dei contratti, appare dunque diretta ad ampliare – su esplicita richiesta della parte legittimata ad offrire la modificazione del contratto per recuperare l’economia dello scambio – il potere di intervento del giudice sul contenuto del contratto, e si propone come un modello generale di revisione e di adeguamento dell’assetto di interessi fissato nel contratto.

L’efficacia dello strumento non dovrebbe infatti rimanere limitato o circoscritto soltanto all’ipotesi della risoluzione per eccessiva onerosità, ma dovrebbe essere esteso anche alle ipotesi di inefficacia del contratto derivanti dall’alterazione della sua originaria economia, a causa del venir meno di quelle circostanze di fatto, o a causa della modificazione delle medesime, che erano state poste a fondamento della costruzione dell’operazione economica e tali da incidere sull’esecuzione del contratto.

Una moderna teoria del contratto, del resto, dovrebbe tentare di superare la concezione del contratto, come atto isolato, per muovere la propria riflessione verso l’idea del contratto come operazione economica¹¹⁵.

9.1. Nella prospettiva indicata, l’ordinamento italiano ha introdotto nella recente disciplina sui contratti dei consumatori un’importante novità –

¹¹⁵ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., t. I, p. 48 ss.

che rappresenta una vera e propria “*spia normativa*” della rilevanza dell’operazione economica quale unità logica e formale – offerta dall’inserimento nella disciplina generale dei contratti di una nuova categoria: i contratti dei consumatori (capo XIV-bis – artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies*), ed in particolare dell’art. 1469-*ter* (accertamento della vessatorietà delle clausole).

La vessatorietà di una clausola, afferma l’art. 1469-*quater*, è valutata, fra l’altro, “facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende”.

La norma segna un superamento del tradizionale ambito delineato dai limiti dello schema e della funzione tipica, e rappresenta un anello di passaggio verso la considerazione normativa del contratto come operazione economica. La logica che ormai presiede le scelte dell’ordinamento sembra essere quella diretta a favorire la dimensione del contratto come operazione economica.

Nel precetto che, in termini di disciplina, assegna valore all’apprezzamento delle “circostanze” ed al nesso di collegamento o di dipendenza tra i vari segmenti dell’operazione economica, c’è infatti il riconoscimento dell’inegabile rilievo che nella costruzione del regolamento contrattuale assume la causa in concreto.

La dottrina più attenta e sensibile del resto, aveva già prefigurato il fenomeno indicando, per un verso, che “è lo stesso proiettarsi nel tempo dell’operazione economica che, impedendo l’identificazione della stessa con un singolo atto, rende necessaria una disciplina del collegamento fra i diversi atti (...) che concorrono a costituirla”¹¹⁶, e, per un altro, la necessaria rilevanza che nel sistema deve essere accordata alle “circostanze”, le quali “senza entrare a far parte del negozio, in sé considerato, sono state tenute presenti dalle parti e che dunque attengono non già all’atto in sé, ma alla complessiva situazione di fatto in cui questo si inserisce”¹¹⁷.

Nella prospettiva di una corretta disciplina del contratto risulta dunque contrario a qualunque criterio di gestione e di amministrazione del

¹¹⁶ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 290.

¹¹⁷ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 78; cfr. anche PALERMO, *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l’interesse perseguito*, cit., p. 659 ss.; IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell’art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, p. 28 ss.

rapporto contrattuale che alcuni contraenti sopportino, in ragione del non prevedibile modificarsi delle originarie circostanze dell'operazione economica o del venir meno, in tutto o in parte, delle stesse, un danno e una perdita per eventi di cui essi, rispetto all'originaria economia del contratto, non sono in alcun modo né artefici, né responsabili.