



MUTAMENTO DELLE CIRCOSTANZE ED ECCESSIVA ONOROSITÀ SOPRAVVENUTA NELLE PROPOSTE DI RIFORMA DEL DIRITTO DEI CONTRATTI IN FRANCIA E NEL DIRITTO LUSO-BRASILIANO.

Alfredo Calderale

SOMMARIO 1. Revisione e risoluzione dei contratti per mutamento delle circostanze nei progetti di riforma del diritto dei contratti in Francia.- 2. La disciplina delle sopravvenienze onerose nei codici civili dell'America latina.- 3. *Pacta sunt servanda* e *alteração das circunstâncias* nel diritto comune luso-brasiliano dei secoli XVIII, nel *código civil* portoghese del 1867 e nel *código civil* brasiliano del 1916.- 4. La erosione del principio *pacta sunt servanda* negli ordinamenti portoghese e brasiliano tra legislazione speciale e intervento dei giudici - 5. La *resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias* nel codice civile portoghese del 1966 e nell'esperienza giurisprudenziale. - 6. La *resolução por onerosidade excessiva* nel *código civil* brasiliano del 2002 e le proposte di riforma della disciplina.

1. In un'atmosfera di irresistibile “*fascination codificatrice*”¹, che ha già prodotto la riforma del diritto delle garanzie nel 2006², in Francia sono stati elaborati, negli ultimi anni, anche tre progetti di riforma del diritto delle obbligazioni. Predisposto dal gruppo di lavoro patrocinato dall' *Association Capitant* e diretto dal prof. Pierre Catala, l' *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* è stato presentato il 22 settembre 2005³. Discusso nella comunità accademica e apprezzato dagli operatori economici, il testo è stato tradotto in più lingue e ha conosciuto una vasta diffusione fuori dai confini nazionali. A sua volta, la *Chancellerie* ha pubblicato, nel luglio del 2008, un progetto di riforma del diritto dei contratti. Esso non costituisce una ripetizione della riforma Catala essenzialmente perché ha tenuto in maggior considerazione i Principi di diritto europeo dei contratti e i Principi Unidroit relativi ai contratti del commercio internazionale⁴. Infine, nel dicembre 2008, l' *Académie des Sciences morales et politiques* sotto la direzione del prof. François Terré ha reso pubblica una proposta *pour une réforme du droit des contrats*⁵.

¹ OPPETTI, *Essai sur la codification*, PUF, coll. *Droit, éthique, société*, 1998, 67-69

² *Ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006.

³ CASSON/MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, in *Rev. dr. unif.*, 2006, 103 ss.

⁴ GHOZI, LEQUETTE, *La réforme du droit des contrats: brèves observations sur le projet de la Chancellerie*, in *D.* 2008, 2069.

⁵ François TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, 2009.



Tutti i documenti contengono norme che introducono la revisione o risoluzione del contratto per sopraggiunto mutamento delle circostanze, innovando il sistema del diritto privato, ancora fermo al principio enunciato nel 1876 nel celebre *arrêt Canal de Craponne*⁶, stando al quale ” *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement accepté par les contractans*”. Questa situazione non sembra più sostenibile anche per l'incalzare della crisi economica⁷ e spinge la parti a inserire nei contratti a medio e lungo termine clausole di *rencontre et de renégociation* per dotare il rapporto della necessaria flessibilità⁸. D'altro canto, i giudici della Cassazione hanno di recente osato cautissime aperture alla teoria dell'*imprévision* in un caso in cui gli eventi sopraggiunti avevano privato una parte di ogni “contropartita reale”⁹. Si è, dunque, creato un ambiente favorevole affinché il legislatore, anche per non deludere gli investitori stranieri, acceleri l'approvazione di norme sulle sopravvenienze onerose nel tentativo di colmare la distanza verso moltissimi altri sistemi giuridici, compresi quelli dell'America Latina sui quali pure l'ordinamento francese ha nel corso del tempo esercitato un'influenza profonda¹⁰.

Dei tre progetti di riforma, quello di Catala, è ispirato all'idea che le parti sono perfettamente capaci di gestire il rischio delle sopravvenienze onerose e che la libertà contrattuale costituisce la risposta migliore alla nuova situazione. Il testo elude la questione dell'*imprévision* perché la normativa si basa sull'alterazione dell'equilibrio iniziale delle prestazioni “*par l'effet des circonstances*” impreviste o no che siano. Se nei contratti a “*exécution successive o échelonné*” le parti non si erano obbligate a rinegoziare e le nuove circostanze sono tali da privare una di esse di ogni interesse al contratto, questa può chiedere al presidente del tribunale *de grande instance* di ordinare la rinegoziazione. Se, dopo trattative condotte in buona fede, i contraenti non raggiungono un nuovo accordo, ciascuno ha la facoltà di risolvere il contratto senza costi e pregiudizi. Dunque, il giudice viene privato di ogni potere di intervento. Legando la rinegoziazione alla perdita dell'interesse contrattuale, il testo assegna alle trattative uno spazio assai variabile, vale a dire assai limitato se si

⁶ *Cass. civ.*, 6 marzo 1876, in *DP* 1876, I, 193.

⁷ Sul rapporto tra crisi economica e sistema dei contratti, *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009)*, in *RDC*, 2010, 179 ss.

⁸ MAGAR, *Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontre et renégociation*, in *D.*, 2010, 1959 ss.

⁹ *Cass. com.*, 29 juin 2010, in *D.*, 2010, 2481 con *note* di MAZEAD e GENICON. La Corte ha basato la sua decisione sull'*art. 1131 del code civil*, stando al quale, l'obbligazione senza causa non può avere alcun effetto. Si è osservato che la Corte tende a limitare il campo di applicazione della teoria dell'*imprévision* al caso, assai più raro, in cui il cambiamento delle circostanze provoca non un semplice squilibrio contrattuale di ordine economico, ma uno squilibrio d'ordine strutturale segnato dalla sparizione della contropartita convenuta, come dimostra il ricorso alla nozione di *cause*.

¹⁰ SOLEIL, *France-Amérique latine: les fondements d'un << cousinage >> juridique*, in *Les mutations du droit des contrats (Actes du colloque tenu à Rennes les 5 et 6 novembre 2009)*, in *RDC*, 2010, 1036 ss.



interpreta la perdita dell'interesse contrattuale come annullamento della controprestazione o molto più ampio se si ha riguardo ai motivi che hanno spinto le parti a concludere il contratto. A parte altri rilievi secondari, è stata criticata la scelta di consentire la rottura gratuita del contratto perché il creditore, ostinato nel rifiutare la proposta del debitore onerato, perde non solo i vantaggi che si attendeva dal cambiamento delle circostanze, ma anche quelli legati all'esecuzione del contratto iniziale senza poter addossare all'altra parte almeno i costi della liquidazione della situazione contrattuale¹¹.

L'art. 136 del progetto governativo e l'art. 92 del progetto dell' *Académie des Sciences morales et politiques* esibiscono molti punti in comune per poi dividersi sul ruolo del giudice nella gestione del contratto alterato. A differenza del testo elaborato da Catala, le discipline proposte si possono applicare a tutti i contratti, anche a quelli ad esecuzione immediata, se sono accaduti eventi impreveduti e imprevedibili, con un chiaro accoglimento della teoria dell'*imprévision*. Per evitare domande di revisione opportuniste o dilatorie, è stabilito che il mutamento delle circostanze deve rendere "eccessivamente oneroso" l'adempimento della parte svantaggiata e addossarle un rischio non accettato al momento della stipula. Se tali condizioni si verificano, si apre una fase di rinegoziazione del contratto. Al riguardo, sulla scia di quanto previsto dai Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit¹², il progetto governativo stabilisce che durante le trattative la parte onerata deve continuare ad adempiere le sue obbligazioni. Imponendo la trattativa, i testi in parola sviluppano decisamente la tendenza giurisprudenziale che, in una serie di casi, aveva creato l'obbligo di negoziare e ne aveva sanzionato la violazione. In questi casi, però, a dimezzare la portata innovativa delle decisioni dei giudici, aveva rilevato, oltre al mutamento delle circostanze, il dato che lo stesso comportamento della controparte non era stato estraneo alle difficoltà incontrate da chi aveva chiesto la rinegoziazione dell'accordo¹³. L'oggetto delle trattative è chiaramente individuato solo dall' *Académie des Sciences morales et politiques*: le parti possono modificare il contratto o mettervi fine con le modalità e gli effetti che preferiscono. Quindi, dopo essere stata un poco sminuita dall'obbligo di rinegoziare, la libertà contrattuale viene di nuovo esaltata e tale prospettiva è accolta, nonostante una meno esplicita formulazione, anche dal progetto governativo¹⁴. I testi in esame si separano trattando delle conseguenze del fallimento della rinegoziazione. Il progetto governativo coltiva una prospettiva probabilmente irrealistica stabilendo che il giudice può modificare il contratto se le parti sono d'accordo. Ora, è difficile immaginare che contraenti incapaci di rinegoziare il contratto, ritrovino l'armonia per affidare al giudice il compito di modificarlo. Se il contratto non può essere modificato, il giudice può "*y mettre fin à la date et aux conditions qu'il*

¹¹ SAVAUX, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français*, in *Les mutations du droit des contrats*, cit., 1057 ss.

¹² Art. 6.2.3 (2).

¹³ *Cass. com.*, 3 nov. 1992, in *RDC*, 1993, 124, con *obs.* di MESTRE; 24 nov. 1998, in *JCP, G*, 1999, I, 143, n. 5, con *obs.* di JAMIN; *CA Nancy*, 26 sept. 2007, in *D.*, 2008, 120, con *note* di BOUTONNET.

¹⁴ SAVAUX, *L'introduction*, cit., 1062.



fixe>>. Così viene conferito al giudice un potere assai ampio che a taluno è parso mascherare una surrettizia facoltà di riscrivere il contratto, come in realtà accadrebbe se ne venisse decisa, per esempio, la risoluzione totale o parziale con o senza indennità. Nel progetto di Terré il ruolo del giudice è addirittura più rilevante dopo l'infruttuosa conclusione delle trattative perché gli spetta di pronunciare la modifica del contratto, tenendo conto delle legittime aspettative delle parti, o la risoluzione a determinate condizioni. Per quanto tale impostazione sia propria anche dei Principi Unidroit¹⁵ e dei Principi di diritto europeo dei contratti¹⁶, alcuni sostengono che dare il potere di riscrivere il contratto al giudice costituisce una compressione inaccettabile dell'autonomia privata, non sminuita dalle formule che gli impongono di essere attento alle aspettative dei contraenti e, pertanto, una scelta estranea alla tradizione giuridica nazionale, rappresentata dall'*art.1134 del code civil*. Per rinforzare la critica, si sottolinea che, a ben vedere, del principio dell'autonomia privata si è mostrata rispettosa la stessa Corte di cassazione quando ha stabilito che neanche la violazione dell'obbligo di eseguire il contratto in buona fede autorizza il giudice ad attentare alla sostanza stessa dei diritti e delle obbligazioni legalmente convenuti tra le parti¹⁷.

2. Avendo abbandonato, nel corso del tempo, il venerando dogma *pacta sunt servanda*, tipico della logica liberale che aveva ispirato il *code civil* del 1804, musa di molte codificazioni dell'America latina, diversi sistemi giuridici sudamericani, dalla fine degli anni Sessanta alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, hanno introdotto nei codici civili la disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta prendendo come punto di riferimento gli articoli 1467-1469 del codice civile italiano del 1942. Questa scelta si spiega essenzialmente con la volontà di fronteggiare le conseguenze dell'inflazione sui rapporti contrattuali¹⁸. In Argentina, la legge 71.711 del 1968 ha riscritto l'*art.1.198 del código civil*; in Bolivia, il *código civil* del 1984 ha dedicato all'istituto tre articoli (*arts.581-583*); in Perù, il *código civil*, anch'esso del 1984, sfoggia interessanti disposizioni (*arts. 1440-1446*) che consentono al debitore svantaggiato di chiedere solo la riduzione della sua prestazione o l'incremento della controprestazione e conferiscono al giudice il potere di decidere d'ufficio la risoluzione del contratto se ritiene che la modifica non sia possibile o se lo consigliano le circostanze o se lo chiede il creditore¹⁹. In Colombia, il codice di commercio del 1971 contiene una

¹⁵ Art. 6.2.3.

¹⁶ Art. 6:111.

¹⁷ *Cass. com.*, 10 juill 2007, in *D.*, 2839 con *note* di STOFFEL-MUNCK.

¹⁸ Sull'inflazione nelle economie del continente latino americano, ZANATTA, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Bari, 2010, 194 ss.

¹⁹ In argomento, cfr. MOISSET DE ESPANES, *La imprevisión en la legislación de América del Sur*, in BONELL-SCHIPANI (a cura di), << *Principi per i contratti commerciali internazionali*>> e *il sistema giuridico latinoamericano*,



disciplina di analogo tenore (*art.* 868), che però non è mai stata applicata dalle corti, data la riluttanza della parti ad affidarsi a un sistema giudiziario dai tempi biblici²⁰. Nonostante il fenomeno inflattivo sia stato per lungo tempo un elemento costante dell'economia sudamericana e quindi le nuove norme corressero il serio rischio di risultare inapplicabili alle conseguenze di un evento quasi scontato²¹, l'istituto in parola, rinforzato anche dall'affievolirsi della spirale inflazionistica, non ha cessato di essere riproposto, magari in versione aggiornata, nei progetti di riforma dei codici civili in cantiere, come il *projecto de reforma al código civil* argentino²². Più di recente è stato accolto, al termine di una vicenda tormentata, dal primo codice del nuovo millennio, il *código civil* brasiliano del 2002. Sulla disciplina delle sopravvenienze questo codice si è allontanato dall'impostazione del codice civile portoghese del 1966, soprattutto sul piano dei presupposti della normativa, rompendo l'antica armonia dei due ordinamenti²³. Essa risaliva al tempo in cui il Brasile era una colonia del Portogallo e quindi ne condivideva le fonti del diritto. Si era mantenuta dopo l'indipendenza del Paese tropicale, nel 1822, a causa dell'omogeneità dell'impostazione accolta dal codice civile portoghese del 1867 e da quello brasiliano del 1916, concordi nell'accettare la logica ferrea dell'*art.* 1134 del codice di Napoleone. Si era in qualche misura confermata negli anni del Novecento segnati dalla legislazione speciale che disciplinava le conseguenze dell'inflazione. Aveva però cominciato ad incrinarsi al tempo in cui la dottrina lusitana aveva importato in Portogallo le costruzioni degli studiosi tedeschi imponendole, infine, al legislatore del 1966, mentre il legislatore brasiliano del 2002, sollecitato da studiosi attenti all'esperienza italiana, avrebbe scelto una strada diversa. Nell'ambiente luso-brasiliano, la grande influenza della dottrina, vocata agli studi comparatistici per antica tradizione, è una eredità della storia giuridica del XVIII secolo, quando le riforme pombaline della giustizia e degli studi universitari assegnarono ai professori dell'Università di Coimbra il compito di individuare alla luce della *boa razão* e di insegnare le disposizioni applicabili ai casi non espressamente regolati dalle fonti nazionali anche ricercandole "tra le nazioni che oggi abitano l'Europa", sicché le loro conclusioni

Padova, 1996, 209 ss e JULIO CÉSAR RIVERA, *Comunicación acerca de la excesiva onerosidad sobrevenida*, *ivi*, 251 ss.

²⁰ MANTILLA ESPINOSA, *L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport colombien*, in *Les mutations du droit des contrats*, cit., 1046 ss.

²¹ ALVARO VILLAÇA AZEVEDO, *O novo código civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)*, in *Roma e America*, 16/2003, 186.

²² Cfr. *art.* 1198 della c.d. *Ley de unificación civil y comercial* del 1984. Con *Resolución* 1710 – MJDH- è stata creata una nuova *Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial*.

²³ LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Direito civil luso-brasiliano: uma visão comparativa*, in CARLOS ALBERTO MENES DIREITO (*organizador*), *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*, Rio de Janeiro, 1997, 438 ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coimbra, 2ª ed., 2001.



furono considerate “autentici chiarimenti di valore normativo” per i giudici²⁴. Oggi questo ruolo preminente è rivelato anche dallo stile delle sentenze portoghesi e brasiliane, che, a differenza di quelle francesi e italiane, contengono più o meno estesi riferimenti alle elaborazioni dei giuristi teorici, chiamati a reggere le motivazioni della decisione²⁵.

3. Emesse nel 1603 da Filippo II del Portogallo (III di Spagna) durante il dominio spagnolo e confermate da D. João IV nel 1643 dopo la restaurazione dell'indipendenza avvenuta due anni prima, le *Ordenações Filipinas*, nel *título II* (*in proémio*) del *Livro IV*, riferendosi al contratto di compravendita, affermavano il principio *pacta sunt servanda*²⁶ che, nel secolo XII, i canonisti e Bartolo avevano messo in discussione con la dottrina della *clausola rebus sic stantibus*²⁷. Le eccezioni erano poche. La più interessante, sia perché sarebbe stata oggetto di importanti riflessioni, sia perché avrebbe costituito il precedente di normative recenti, era prevista dal *título XXIV* del medesimo libro. Veniva consentito al locatore di *lançar fora*, di sfrattare si direbbe oggi, il conduttore quando fosse sopraggiunta la necessità di eseguire lavori impossibili a farsi con la permanenza di questi in casa o se per *o senbor* o per i suoi prossimi parenti fosse sopravvenuta la necessità, imprevedibile al tempo della conclusione dell'accordo, di abitare l'immobile.²⁸ La seconda eccezione era disciplinata dal *título XXVII*. Nell'ipotesi di infertilità del fondo ricevuto in locazione o in enfiteusi, *o lavrador*, “se i frutti non si fossero persi completamente e ne fosse stata raccolta solo una parte”, avrebbe potuto scegliere se pagare quanto pattuito o cedere tutto il raccolto, come dire che il fatto della sopraggiunta sterilità era in grado di modificare il contenuto della prestazione del debitore²⁹. Commentando le *Ordenações*, i dottori, a conoscenza della letteratura del XII secolo, elaborarono con qualche cautela la teoria degli effetti delle sopravvenienze onerose sui contratti. A quelli “*que têm trato sucessivo e se referem ao futuro*”³⁰ alcuni reputarono applicabili le disposizioni sulla rescissione per lesione “*para além*

²⁴ BRAGA DA CRUZ. *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Scientia Iuridica*, IV, 2, 29.

²⁵ CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Bari, 2005, 18 ss.

²⁶ <<Fazendo-se compra e venda de alguma certa coisa por certo preço, depois que o contrato he acordado e firmado pelas partes não se pode ias alguma delas arrender sem consentimento de outra. Porque, tanto o comprador e o vendor são acordados na compra e venda de alguma certa coisa por certo preço logo o contrato há perfeito e acabado>>. In verità, la medesima regola era stata stabilita nelle *Ordenações Alfonsinas* (*Livro IV, tit. XXXVI*) e *Manuelinas* (*Livro IV, tit. XXIV*).

²⁷ Sul punto, LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Lisboa, 2001, 25 ss.

²⁸ Identiche disposizioni si trovavano nelle *Ordenações Alfonsinas* (*Livro IV, tit. LVIII*) e *Manuelinas* (*Livro IV, tit. XXIV*).

²⁹ Anche le suddette disposizioni esistevano già nelle *Ordenações Manuelinas* (*Livro IV, tit. LXI*).

³⁰ Si consultino le ricostruzioni, non completamente concordi, di CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 148 ss. e di LINGNAU DA SILVEIRA, *A Teoria da Imprevisão nos Direitos Civis Alemão e Português*, Lisboa, 1962, 35 ss.



da *metade do justo preço*"³¹ riscontrata al momento della stipula³². Altri generalizzarono le norme suddette, ritenendo implicita la presenza della clausola *rebus sic stantibus* in tutti i contratti a lungo termine. Tra essi, Manuel Gonçalves da Silva, uno dei giuristi più autorevoli del Settecento portoghese, sia pure dopo essersi pronunciato in linea generale per l'irrilevanza delle sopravvenienze onerose³³, nell'analizzare le conseguenze di questo principio, aveva affermato che nei contratti di lunga durata e particolarmente in quelli di enfiteusi e di locazione nonché in altre ipotesi particolari³⁴ era possibile ammettere la rescissione³⁵. Dal canto loro, i tribunali furono investiti a più riprese del problema. Chiamati a esprimersi sulle conseguenze dell'*esterilidade superveniente* del fondo dato in locazione o in enfiteusi, ordinarono la riduzione *do foro* o la liberazione *do foriero* dall'obbligo di pagarlo o l'estinzione di altre sue obbligazioni, come quella di ritirare le sementi³⁶. Stabilirono che l'inquilino costretto ad abbandonare l'abitazione non era più tenuto a pagare la *renda*³⁷. Decisero sugli effetti della svalutazione della moneta. Il contenuto delle sentenze si conosce solo attraverso l'analisi dei dottori³⁸ che se ne servivano come base per le loro elaborazioni. In conclusione, si può dire con certezza che il tema dell'*imprevisão* era stato compiutamente trattato nel diritto portoghese dei secoli XVII e XVIII. Se di tale articolata elaborazione non si sarebbe trovata traccia nel codice civile del 1867, sarebbe stato per l'influenza della concezione francese del contratto come prodotto intoccabile dell'autonomia privata³⁹, diffusa anche in altri sistemi giuridici dell'epoca, data la stabilità

³¹ *Ordenações Filipinas*, Livro IV, tit. XLV.

³² Cfr. DIDACI DE BRITO, *Commentaria de locato, conducto*, Coimbra 1744: qui si estendeva a certe ipotesi l'istituto da *lesão*; ARII PINELI, *Opera Omnia*, <<commentarii ad Rub. & L. II de rescindenda venditione elaboratissimi, Antuerpiae, 1618, Prima pars, 9 ss. In questa opera si individuavano le ipotesi in cui la *esterilidade* del fondo era considerata rilevante in quanto dovuta a fatti realmente insoliti, come la guerra, mentre si escludeva la tutela del coltivatore che per sua colpa avesse causato la caduta della produttività. Sulla stessa scia, ALVARI VALASCI, *De Jure Emphyteutico, Quaestio XXVII*, <<De Sterilidade>>, 103 ss.

³³ *Commentaria ad Ordenationes Regni Portugaliae*, Ulysipone, 1740, *tomus quartus, articulus quartus*: << *nam augmentum vel diminutio ex post facto superveniens, justum aut injustum contractum facere, nequit; nec eum rescindere*>>.

³⁴ L'ipotesi era quella di chi si era obbligato a cuocere il pane per una certa persona e per la sua famiglia in cambio di un compenso determinato e, a causa del successivo aumento del numero dei componenti il nucleo familiare, si trovava ad essere molto *lesado e agravado*, sicché avrebbe potuto agire per liberarsi dalla sua obbligazione (*potuit agere ut a tale onere relevatur*). Cfr. *Op. ult. cit.*, 38 ss.

³⁵ *Commentaria, cit.*: << *In contractibus habentibus tractum successivum rescipientem futura tempora qui licet a principio non continuerant laesionem, tamen si incipiunt eam continere, habito respectu ad tempus contractum rescindi poterant*>>.

³⁶ Decisioni riportate da MELCHIOR FEBO, *Decisionum Senatus Degni Lusitaniae*, 1678, T. 1. Dec. CLXV.

³⁷ Decisione riportata da SOUSA MACHEDO, *Decisiones Supremi Senatus*, 1734, Dec. Sub n. 73.

³⁸ La più completa raccolta giurisprudenziale è quella di EMMANUELLIS ALVAREZ PEGAS, *Tractatus de obligationibus, et acionibus et defensionibus seu Resoluciones Forenses*, Coimbra, 1737.

³⁹ CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 164.



dell'economia⁴⁰. Espressa dall'*art.* 1134 del codice napoleonico, questa idea fu fatta propria dall'*art.* 702 del *código civil* elaborato dal *Visconde de Seabra*⁴¹. Proprio la posizione da questi assunta a metà dell'Ottocento è significativa del drastico ridimensionamento delle antiche posizioni. Mentre egli fu inflessibile nel respingere la *lesão inicial* perché eversiva del principio della intangibilità dell'accordo, considerò rilevante la lesione *imprevisível* e *superveniente* in quanto, in tal caso, “*l'obbligazione non può essere considerata la stessa*”.⁴² Nonostante questo, si oppose alla introduzione di una disposizione specifica, che era stata invocata, invece, da Correia Teles allo scopo di estendere alla *lesão superveniente* la disciplina dettata dalla *Ordenações* per la *lesão inicial*⁴³.

In Brasile, il *código civil* del 1916, nel complesso meno avanzato di quello portoghese a causa della maggiore fedeltà al diritto romano espressa già da Teixeira de Freitas sessant'anni prima e ribadita dall'autore del codice, Clóvis Beviláqua, fu comunque segnato dall'impostazione individualista e liberale propria dell'epoca della *República Velha*⁴⁴. Nel campo dei contratti, anche in assenza di una norma dello stesso tenore dell'*art.* 1134 del codice napoleonico, la santità di quanto pattuito era indiscutibile. Questa impostazione venne resa particolarmente chiara dall'assenza di regole sull'annullamento *del contratto* per lesione perché l'istituto, già disciplinato dalle *Ordenações Filipinas*, era stato mantenuto nella *Consolidação* di Augusto Teixeira de Freitas⁴⁵ e trattato dallo stesso *code civil* (*art.*1118), importante punto di riferimento del legislatore. Circa le sopravvenienze onerose Beviláqua aveva sostanzialmente assunto la medesima posizione espressa dal *Visconde de Seabra*. Radicalmente contrario alla codificazione della *lesão* ritenuta un attentato inammissibile al principio dell'autonomia della volontà⁴⁶, sostenne che “il conflitto tra la rigidità del principio *conservador e garantidor* –*pacta sunt servanda*- e la regola *exceptional da justiça* – *rebus sic stantibus*- si risolve con la buona fede nell'interpretazione del contratto”⁴⁷. Di conseguenza, nel codice non furono inserite regole dedicate all'*imprevisão* e le norme alle quali gli

⁴⁰ TEUBNER, *Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystem*, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, 1982, 625 ss.

⁴¹ <<Os contratos, legalmente celebrados, devem ser prontamente cumpridos; nem pode ser revogados ou alterados, senão por mútuo consentimento dos contratantes, salvas as exceções especificadas em lei>>.

⁴² ANTONIO LUIZ DE SEABRA, *A propriedade. Philisophia do Direito. Para Servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Foraes*, Coimbra, 1850, 261, k6.

⁴³ CORREIA TELES, *Doutrina das Acções Accomandada ao Foro de Portugal*, Coimbra, 1837, 150, n.2 aveva lamentato che le *Ordenações* avevano previsto solo la *lesão inicial*, dimenticandosi dei contratti com *tracto sucessivo* e aveva invocato per essi disposizioni particolari: <<pede a equidade, que ainda que celebrados pelo justo preço, se augmentem ou diminuição os preços, se vierem a ser lesivos pelo andar dos tempos>>.

⁴⁴ CALDERALE, *Diritto privato*, cit., 80 ss.

⁴⁵ *Arts.* 359 e 360; *art.* 560 nella *compra e venda*.

⁴⁶ Cfr. *Projeto de Código Civil brasileiro, Trabalhos da Comissão Especial da Cámara dos Deputados*, VI, 8.

⁴⁷ BEVILAQUA, *Evolução da teoria dos contratos em nossos dias*, in *Revista de Crítica Judiciária*, 1938, 137.



irriducibili si sarebbe aggrappati per sostenere che, anche in assenza di disposizioni puntuali, il principio *rebus sic stantibus* era stato accolto costituivano un materiale davvero assai povero⁴⁸.

4. Dopo le codificazioni civili i sistemi giuridici portoghese e brasiliano condivisero i tentativi di una parte della dottrina e di un esiguo numero di giudici di mitigare la scelta dei legislatori. Giustificarono questi sforzi accadimenti sconvolgenti, come lo scoppio delle guerre mondiali e fenomeni inflattivi che, avendo travolto la stabilità economica e sociale degli anni delle codificazioni, rinforzarono il punto di vista di chi, in tempi più tranquilli, aveva già denunciato come ingiuste le rigide regole vigenti. Mettendo nuove frecce all'arco di quanti non erano disposti a rassegnarsi al dogma dell'immodificabilità del contratto, il legislatore fu costretto a intervenire per modificare, tenendo conto dei fatti sopravvenuti, la disciplina di alcuni rapporti contrattuali che toccavano l'interesse pubblico o riguardavano i soggetti economicamente più deboli come, ad esempio, i conduttori di immobili urbani⁴⁹. In Portogallo, fin dal primo decennio del Novecento alcuni studiosi diffusero le teorie della presupposizione di Windscheid e della base del negozio⁵⁰, elaborate in Germania per affrontare la questione delle sopravvenienze⁵¹. Queste idee presero a circolare molto più tardi nelle corti. Solo nel 1959, in un caso nel quale l'attore aveva lamentato i difetti della cosa comprata invocando la risoluzione della compravendita, il *Tribunal da Relação* di Lisbona affermò incidentalmente che la garanzia di buon funzionamento della cosa costituiva, in sostanza, la presupposizione del contratto⁵². A cominciare dalla fine degli anni Venti altri studiosi ritennero che certe regole del *código* di Seabra avevano aperto uno spiraglio alla teoria dell' *imprevisão*⁵³. Essi si attirarono le critiche di quanti, sottolineando

⁴⁸ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Clausola "Rebus Sic Stantibus"*, in *Revista Forense*, 1942, 797.

⁴⁹ Un esplicito riferimento ai rapporti di locazione si trova nella giurisprudenza portoghese. In un caso in cui il *Supremo Tribunal de Justiça* legittimava lo sfratto ingiunto dal Marquês de Gouveia al conduttore dell'immobile che si era rifiutato di pagargli il più alto canone consentito dalla legge, i giudici facevano cenno alle disposizioni speciali le quali, in presenza di forti tensioni inflazionistiche, avevano limitato la libertà contrattuale e le collegavano alla clausola <<*rebus sic stantibus*>>. Cfr. STJ, 2 *fevereiro* 1926, in *O Direito*, 1926, 147 ss.

⁵⁰ Riporta le posizioni della dottrina MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias*, in *Estudos em memória do professor doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, 311.

⁵¹ In argomento, GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civ.*, Vol. VII, 1991, Torino, 249 ss.

⁵² *Acórdão* pubblicato nella *Jurisprudência das Relações, ano II, tomo IV*, 827 ss.

⁵³ Le disposizioni alle quali si faceva riferimento erano gli *arts.* 1401, § 2 sul diritto delle parti del contratto di appalto di rescindere il contratto o di indennizzare il contraente pregiudicato in caso di variazione dei prezzi superiore al 20%; 2107, §§ 4 e 6, relativo alla determinazione dei beni per la collazione; 2165 sulla composizione delle quote di un *herdeiro preterido na herança*, nonché gli *arts.* 178 sui criteri di determinazione



l'assenza di una disciplina puntuale, negavano assolutamente questa prospettiva ⁵⁴ e facevano proseliti tra le corti, le quali, dal canto loro, non trovavano nel codice civile una disposizione del tenore del § 242 *BGB*, grazie alla quale i giudici tedeschi, a partire dal 1918 ⁵⁵, intervenivano sul contratto alterato da nuove circostanze. Così, in un caso nel quale i proprietari di un terreno, delusi per la perdita di valore dell'immobile dichiarato, dopo l'acquisto, di utilità pubblica ai fini dell'espropriazione, avevano chiesto di risolvere il contratto, il *Supremo Tribunal da Justiça* affermò l'inesistenza della clausola "*rebus sic stantibus*>> e della "*rescisão com o fundamento em lesão*" nel sistema giuridico, tranne che nel diritto amministrativo ⁵⁶, una posizione che sarebbe rimasta a lungo prevalente in giurisprudenza. Portando alle estreme conseguenze la timidissima apertura del Visconte di Seabra, altri sostennero che lo stesso *art. 702*, preso alla lettera, rivelava che, in caso di *alterações das circunstâncias*, 'spariva' il consenso delle parti e dunque il contratto ⁵⁷. Altri ancora, suggestionati dalla dottrina italiana che aveva configurato il rapporto obbligatorio come segnato dalla cooperazione dei contraenti, scrissero che le circostanze imprevedibili e onerose annullavano *qualquer base cooperatória* sicché l'accordo doveva essere modificato o estinto ⁵⁸. Dal canto loro, i pubblicisti abbracciarono la teoria dell'*imprevisão* negli stessi termini nei quali era stata ammessa dal Consiglio di stato francese ⁵⁹ nel venerabile *arrêt du Gaz de Bordeaux* del 1916 ⁶⁰, una tesi destinata ad essere subito recepita dai giudici ⁶¹ e a resistere per molto tempo ⁶² anche grazie a numerose leggi, emanate, tra la fine della prima guerra mondiale e la metà degli anni Sessanta del Novecento ⁶³. Alcune di queste leggi riguardarono i settori degli appalti, dei trasporti pubblici e della fornitura di energia elettrica ⁶⁴. Ispirate alla tutela dell'interesse generale alla conservazione del rapporto, esse stabilivano a quali condizioni potevano essere rivisti i contratti tra lo Stato o i *municípios* e i loro fornitori e gli appaltatori per i quali l'adempimento delle obbligazioni era diventato impossibile o

della misura degli alimenti e 181 sulla riduzione degli stessi. Cfr. CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 182.

⁵⁴ VAZ SERRA, *Caso fortuito ou de força maior e teoria da imprevisão*, in *BFD*, 1929, 197 ss.

⁵⁵ *RGZ*, 94, 68.

⁵⁶ *STJ*, 30 Junho 1959, in *BMJ*, n. 88, 295 s.

⁵⁷ BARBOSA DE MAGALHÃES, *A teoria da imprevisão e o conteúdo clássico da força maior*, in *GRL* 37 (1923), 129-131.

⁵⁸ CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., nell'edizione del 1963, 87-91.

⁵⁹ ALFREDO ROCHA DE GOUVEIA, *Do teoria da imprevisão nos contratos civis*, in *Sup.RFDUL*, 5 (1978), 170 ss.

⁶⁰ *D.*, 1916, 3,25.

⁶¹ *STJ*, 30 Junho 1959, cit..

⁶² MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito administrativo*, 10 Ed., 1973, I, 623 ss.

⁶³ Offre una chiara sintesi di questa legislazione, CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 231 ss.

⁶⁴ Si vedano, tra gli altri, i decreti n. 1536 de 27 de abril 1915; 4076 de 10 de abril 1918 e 5335 de 26 de março 1919.



possibile solo a prezzo “di insopportabili sacrifici”⁶⁵. Tra gli interventi del legislatore nel campo dei rapporti tra privati, si devono segnalare la *lei n. 2030 del 22 de Junho 1948* e la *lei n. 2088 del 3 Junho 1957*, le quali, con gli inevitabili aggiornamenti, ripresero la veneranda disciplina delle *Ordenações Filipinas* in ordine alle locazioni di immobili adibiti a uso abitativo relativamente alla sopravvenuta necessità del locatore di abitare l’immobile locato o di eseguirvi dei lavori⁶⁶.

In Brasile, a causa della relativa stabilità dell’ambiente economico negli anni della *República Velha*⁶⁷, il tema dell’ammisibilità della clausola *rebus sic stantibus* non attirò l’attenzione né della giurisprudenza, né della dottrina. I primi giuristi teorici che, a partire dagli anni Trenta, se ne occuparono escludono decisamente la revisione del contratto puntando sugli argomenti che è proprio dei contraenti assumersi il rischio dell’imprevedibile fino al limite della forza maggiore o del caso fortuito⁶⁸; che il codice aveva previsto solo alcune ipotesi particolari nelle quali speciali circostanze sopraggiunte erano state prese in considerazione per liberare il debitore o per modificare la portata delle sue obbligazioni⁶⁹ con la conseguenza che non si poteva distruggere la fiducia nel contratto generalizzandone l’instabilità⁷⁰ o attentare al *curso normal da vida jurídica*⁷¹. Per molti anni le corti seguirono questo orientamento⁷². Tra le poche voci discordanti vi fu quella del presidente *do Instituto dos Advogados Mineiros*, Jair Lins, che, basandosi sull’*art. 85 del código civile*⁷³, aveva sostenuto che la *imprevisão* si risolve in una “*questão de ausência de consentimento*”, secondo il venerabile brocardo *voluntas non extenditur ad incognitum*⁷⁴. Questo argomento avrebbe

⁶⁵ LUÍS DA CUNHA GONÇALES, *Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1931, vol. 4, 532.

⁶⁶ CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 198 s.

⁶⁷ ASCARELLI, *Notas de direito direito comparado ítalo-brasileiro*, in *Revista forense*, 1947, 317 ss.

⁶⁸ CASTRO MAGALHÃES, *A cláusola ‘rebus sic stantibus’ parecer*, in *Revista forense*, 1920, 45 s.

⁶⁹ Ci si riferiva, tra gli altri, all’*art. 1190* che, in caso di deterioramento della cosa locata senza colpa del locatore, consentiva al conduttore di rescindere il contratto o chiedere la riduzione del canone; all’*art. 1205* che permetteva al conduttore dell’immobile ricevuto in locazione, in caso di riparazioni urgenti, di ottenere l’abbattimento del canone o di rescindere il contratto e all’*art. 1250*, il quale consentiva al comodante, in caso di necessità imprevista e urgente, di riavere la cosa prestata prima della scadenza del termine. Cfr. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Clausola*, cit., 707.

⁷⁰ CARVALHO DE MENDONÇA J.X., *Tratado do Direito Comercial*, Vol.VI, parte I, Rio de Janeiro, 1947, n.51.

⁷¹ OROZIMBO NONATO, *Aspectos do modernismo jurídico*, in *Revista Forense*, 1931, 5 ss.

⁷² Indicazioni giurisprudenziali in OCTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Revisão judicial dos contratos*, São Paulo, 2ª Ed., 2006, 153 e in BARROS MONTEIRO, *Curso de direito civil: Vol. 5, direito das obrigações (2ª Parte). Atualizado por Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva*, 34ª Ed., São Paulo, 2003, 83 ss.

⁷³ L’*art. 85* stabiliva che, nell’interpretare le dichiarazioni di volontà, l’intenzione delle parti doveva prevalere sul *sentido litteral da linguagem*.

⁷⁴ JAIR LINS, *Clausola ‘rebus sic stantibus’*, in *Revista Forense*, 1923, 512 ss.



attratto la simpatia di qualche giudice⁷⁵. Dalla metà degli Anni Trenta e fino alla metà degli anni Sessanta, una epoca segnata dall'esperienze dell'*Estado Novo* di Getulio Vargas e della *Democrazia populista*, accentuatosi l'intervento dello stato nell'economia, molti svalutarono il dogma dell'inviolabilità della volontà privata⁷⁶. In questo contesto era naturale che la causa dell'*imprevisão* guadagnasse terreno innanzitutto grazie alla produzione legislativa volta a favorire le classi sociali o i gruppi favorevoli al governo⁷⁷. Per limitarsi a qualche esempio, viene in considerazione il *Decreto* 19.573 del 7 gennaio 1931 in quanto fu il primo atto del legislatore a riferirsi, nei motivi, alla *cláusola rebus sic stantibus*. Il *Decreto* permetteva la rescissione del contratto di locazione del funzionario pubblico o del militare nell'ipotesi di rimozione dall'impiego o di riduzione dello stipendio. Il *Decreto* 24.150 del 20 aprile 1934 (c.d. *Lei de Luvas*) fu considerato una svolta importante. Relativamente ai contratti di locazioni di immobili destinati a usi commerciali e industriali, l'*art.* 31 stabiliva che, se nel corso dei tre anni successivi la proroga del contratto si fossero verificate oscillazioni superiori al 20% rispetto al canone fissato, le parti potevano promuoverne la revisione. Inoltre, l'*art.* 13, § 7, disponeva che, in caso di rinnovo giudiziale del contratto e di mancato accordo delle parti sul nuovo canone, questo poteva essere fissato dal giudice in rapporto alle *condições econômicas e financeiras do momento*. Alcune corti registrarono questo dato e riconobbero, in termini generali, l'esistenza dell'*imprevisão* nel sistema. L'apertura si manifestò soprattutto riguardo al contratto di appalto perché, nonostante l'*art.* 1246 del codice civile non permettesse il riaggiustamento del prezzo dell'opera appaltata, i giudici limitarono l'applicazione di questa regola al caso in cui le variazioni dei prezzi di costruzione erano stati normali, ammettendone invece la revisione se gli aumenti della manodopera o dei materiali erano risutati imprevedibili⁷⁸. Nei progetti di riforma del codice civile di quegli anni l'istituto fu al centro di dibattiti accaniti. Nell'*Anteprojeto* del *código civil* del 1941, redatto

⁷⁵ La prima decisione che fece buon accoglienza a questa tesi è del 27 ottobre 1932 e fu estesa dal giudice Nelson Hungria che, oltre ad accettare il punto di vista di Jair Lins, fece riferimento alla buona fede e richiamò la teoria di Oertman sulla base del contratto. La sentenza fu tuttavia riformata per *acórdão unânime* del 5 aprile 1932 dalla IV *Câmara da Corte do Distrito Federal*. Nel 1935 un *acórdão* del *Supremo Tribunal Federal*, preso con una maggioranza di 9 a 2, riconosceva che l'accoglimento della clausola *rebus sic stantibus* non violava le norme del codice civile invocate da una delle parti (la sentenza può leggersi in *Arq. Judiciário*, vol. 39, 178). Sull'oscillante giurisprudenza dell'epoca, MEDEIROS DA FONSECA, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3^a ed., Rio de Janeiro, 1958, 312 ss.

⁷⁶ ORLANDO GOMES, *Variações sobre a reforma do código civil*, in *Revista Forense*, 1942, 651 ss.

⁷⁷ Sulle leggi dell'epoca MEDEIROS DA FONSECA, *Caso fortuito* cit., 338 ss.; CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 329 ss;

⁷⁸ ALMEIDA PAIVA, *Aspectos do contrato de empreitada*, Rio de Janeiro s/d, 147 ss., il quale sottolinea l'atteggiamento ancora più aperto tenuto da alcune corti nell'interpretare il requisito dell'imprevedibilità della sopravvenienza. Esse concessero il *reajustamento* del prezzo anche se le parti, al momento della stipula dell'appalto, erano state consapevoli che vi sarebbero stati aumenti dei salari minimi dei lavoratori o che sarebbero aumentati i prezzi dei materiali.



da una commissione composta dai professori Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, l'art. 322, in presenza di “*avvenimenti eccezionali e imprevisi al momento della conclusione dell'atto*”, conferiva il potere di riscrivere il contratto al giudice⁷⁹, elevandolo quasi a difensore della parte che ne aveva invocato l'intervento, un'impostazione che in forma meno radicale si trova nel recente progetto del governo francese, nel quale, come s'è visto, l'intervento del giudice è sollecitato dall'accordo delle parti. All'epoca la proposta suscitò reazioni di diverso segno. Alcuni protestarono per l'inammissibile compressione dell'autonomia privata⁸⁰. Orlando Gomes, invece, si oppose alla nuova normativa da un punto di vista molto diverso. Sostenitore dell'assoluta centralità dello Stato nello sviluppo dell'economia e paladino di un forte *dirigismo contrattual* per cui la legge stessa avrebbe dovuto fissare “*taxativamente*” i tipi contrattuali imponendo alle parti “*direitos e obrigações*” >> inderogabili, egli giudicava a *imprevisão*, come le altre clausole generali, “tecniche di rianimazione”⁸¹ dell'autonomia contrattuale. Si trattava di un'opzione di politica del diritto che, tendente a privare i giudici di qualsiasi ruolo significativo nel ‘governo’ del mercato, era di segno opposto a quello della Commissione. Il 25 dicembre 1963 Caio Mário da Silva Pereira presentava il suo *anteprojeto de Código das Obrigações*. In quattro articoli tecnicamente assai più rigorosi ed equilibrati dell'art. 322 del precedente progetto veniva trattato l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta con evidente riferimento all'impostazione del codice civile italiano del 1942⁸². Di quel testo si devono ancor oggi sottolineare la puntuale delimitazione della sfera di applicazione della normativa e il più equilibrato rapporto tra iniziativa delle parti e poteri del giudice. Oggetto di critiche che il giurista mineiro, con un velato riferimento a Orlando Gomes, avrebbe giudicato incomprensibili e ingenerose⁸³, il progetto non si realizzò anche perché fu accontonato dai militari che, con un colpo di stato, instaurarono, pochi mesi dopo, una dittatura destinata a

⁷⁹ L'art. 322 recitava << *Quando por força de acontecimentos excepcionais e imprevisos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exacto desta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância*>>.

⁸⁰ JAIME LANDIN, *Notas ao anteprojeto de código das obrigações*, in *Revista Forense*, 1943, 319 ss.

⁸¹ ORLANDO GOMES, *Variações*, cit., 655.

⁸² Art. 358. *Nos contratos de execução diferida ou sucessiva quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisos ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela grande prejuízo e para a outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.*

A sentença, então proferida, retrotrairá os seus efeitos à data da citação da outra parte.

Art. 359. *A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo de contestação, a modificar com equanimidade o esquema de cumprimento do contrato.*

Art. 360. *Aos contratos aleatórios não tem aplicação a faculdade de resolução por onerosidade excessiva.*

Art. 361. *Não se dará, igualmente, esta resolução nos contratos em que uma só das partes tenha assumido obrigação, limitando-se o juiz, nesse caso, a reduzir-lhe a prestação.*

⁸³ *Instituições de direito civil*, Vol. II, 19ª ed., Rio de Janeiro, 2001, 125.



durare vent'anni. Negli anni della dittatura la teoria dell'*imprevisão* guadagnò altro terreno⁸⁴. Vi si riferirono alcuni articoli della Costituzione del 1969 nel campo del diritto pubblico⁸⁵, leggi speciali nel settore finanziario⁸⁶ e degli applati⁸⁷ e i giudici in numerose sentenze⁸⁸. Per esempio, alcune corti attribuirono al coniuge separato, a titolo di mantenimento, una *pensão* agganciata alle variazioni di reddito dell'obbligato e altre, nel campo della responsabilità civile, assunsero come calcolo del risarcimento il salario percepito dal danneggiato non al tempo in cui l'illecito si era verificato, ma quello percepito al momento dell'emissione della sentenza⁸⁹. A livello dottrinario, certi autori si riferirono, invece, alla teoria della "base del negozio" per suggerire, sulla scorta della dottrina tedesca, l'adeguamento del valore delle prestazioni assunte in regime di determinazione legale dei prezzi erosi successivamente dall'inflazione⁹⁰.

5. Ispirati da Vaz Serra, autore di una buona parte *dos anteprojetos* relativi al diritto delle obbligazioni in vista della nuova codificazione del diritto privato⁹¹, gli arts. 437- 439 del codice civile portoghese del 1966 regolano le conseguenze "dell'alterazione anormale delle circostanze sulle quali le parti fondarono la decisione di contrarre" con un chiaro richiamo alla figura della "base del negozio"⁹² elaborata dalla dottrina tedesca, molto

⁸⁴ WALD, *Direito das Obrigações*, 15^a ed., São Paulo, 2001, 256 ss.

⁸⁵ Cfr. l'art. 163, III, il quale prevedeva la revisione delle tariffe dei concessionari di servizi affinché, con la giusta remunerazione del capitale, potessero provvedere al miglioramento e all'espansione dei servizi stessi. Si consideri anche l'art. 102, § 1°, che stabiliva l'adeguamento delle pensioni dei funzionari pubblici se si fossero verificati, a seguito delle variazioni del potere d'acquisto, modificazioni degli stipendi dei funzionari in servizio, disposizione riprodotta dall'art. 40, § 4° della Costituzione del 1988.

⁸⁶ Leggi speciali permisero che il *Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social* e gli agenti del *Sistema Financeiro da Habitação* stipulassero contratti indicizzati in rapporto al prezzo di alcuni beni o al costo della vita. Anche l'Unione fu autorizzata da leggi speciali a emettere obbligazioni indicizzate con il tasso OTN (*Obrigações do Tesouro Nacional*)

⁸⁷ *Lei* 4370 de 28.7.1964, ripresa dalla *lei* 8666 del 21.3.1993.

⁸⁸ Analizza la giurisprudenza dell'epoca, ALVARO VILLAÇA AZEVEDO, *O novo código civil brasileiro*, cit., 191 ss.

⁸⁹ *Súmulas* 314, 490 e 562.

⁹⁰ CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, 1960, 10. e, più di recente, con preziose indicazioni giurisprudenziali, JUDITH MARTINS COSTA, *A Teoria da Imprevisão e a Incidência dos Planos Econômicos Governamentais na Relação Contratual*, id., 1991, 45 ss.

⁹¹ VAZ SERRA, *Resolução ou modificação das contratos por alteração das circunstâncias*, in B.M.J., n.68 ss. L'articolato proposto si può leggere alle pagg. 382-397 ed è esaminato da MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Vol. II, Coimbra, 1986, 914 s.

⁹² JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo código civil*, in DELGADO, FIGUEIRÉDO ALVES, *Questões controvertidas*- Vol. 2, São Paulo, 2004, 168. Benchè considerata da MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias*, cit., <<una formula vuota>> in quanto disponibile



influyente negli anni Sessanta in Portogallo ⁹³, e che i giuristi teorici avrebbero raccomandato di intendere in senso oggettivo ⁹⁴.

Se mutano tali circostanze e, di conseguenza, l'adempimento dell'obbligazione diventa talmente oneroso da pregiudicare "gravemente i principi della buona fede" e non risultare "coperto dai rischi propri del contratto", il debitore svantaggiato e non moroso ha diritto di chiedere al giudice, chiamato a trattare il caso secondo equità, di risolvere il contratto o di modificarlo. Richiesta la risoluzione, *a parte contrária* può opporsi alla domanda, "dichiarando di accettare (l'equa) modifica del contratto". La medesima disciplina è stata adottata, nel 1999, dal codice civile di Macau (*arts.* 431-433).

Della normativa del codice lusitano vanno marcate la distanza dalla tradizione formatasi nei secoli XVII e XVIII, che aveva creato norme dall'ambito di applicazione più limitato, e la presenza della clausola generale di buona fede, che, da interpretare oggettivamente ⁹⁵, legittima il giudice a fare valutazioni ampiamente discrezionali ⁹⁶. La disciplina si distacca da quella del codice civile italiano in più punti. Non si basa sulla teoria dell'*imprévision*, ora accolta in Francia dal progetto governativo e dal progetto Terré, perché, allo scopo di coprire anche i casi nei quali la buona fede imporrebbe a una delle parti di riconoscere che la stipula è stata determinata da certe circostanze ⁹⁷, non fa dell'imprevedibilità degli eventi sopravvenuti il nucleo duro della normativa e perciò risulta, sotto questo profilo, più vicina al § 313 del *BGB* introdotto dal *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* ⁹⁸. Non si riferisce chiaramente ai contratti individuati dalla giurisprudenza teorica portoghese del XVIII secolo e indicati nel progetto Catala. È toccato alla giurisprudenza sciogliere questo nodo. I giudici hanno fatto buona accoglienza alla tesi che, per il riferimento "ai rischi propri del contratto", l'*art.* 437 è messo fuori gioco dalle disposizioni legali che "imputano a una delle parti il danno derivante dall'alterazione delle circostanze" ⁹⁹ e quindi vale solo un' "*alteração*

ai più diversi usi, la nozione di *base do negócio* è stata utilizzata dall'*art.* 252, c.2 del codice civile che tratta dell'errore sulla base del negozio come modalità dell'errore sul motivo. In argomento cfr. PINTO MONTEIRO, *Erro e teoria da imprevisão*, in CALDERALE, *Il nuovo codice civile brasiliano*, Milano, 2003, 65 ss.

⁹³ J. SINDE MONTEIRO, *Manuel De Andrade e a influência do BGB sobre o código civil português de 1966*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2003, 198 ss. In giurisprudenza si è riferita esplicitamente alla << base del negozio >> *STJ*, 2 Março 2004, in *CJ/STJ*, 2004, 1°-93.

⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da alteração*, cit., 325 s.

⁹⁵ VAZ SERRA, *Resolução ou modificação*, cit., 341.

⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Da alteração*, cit., 331 s.

⁹⁷ VAZ SERRA, *Resolução ou modificação*, cit., 328 che si riferisce alla figura della presupposizione.

⁹⁸ RESCIGNO, *La codificazione tedesca dello Störung der Geschäftsgrundlage*, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 101 ss.

⁹⁹ Tra le tante, cfr. *STJ*, 11 Março 1997, in *CJ*, 1997, 5-150, mentre *Relação de Lisboa*, 21 Maio 1992, in *BMJ* 1992, 417 ss, ha esplicitamente escluso dall'area di applicazione dell'*art.* 437 del codice civile << i contratti a esecuzione immediata >>. In dottrina, nello stesso senso MENEZES CORDEIRO, *Da alteração*, cit., 332.



manifestada durante a vigência contratual “¹⁰⁰. Si dice perciò che le corti si sono allineate alla logica dell’art. 1467 del codice civile italiano, il quale ammette la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a esecuzione periodica, continuata, o differita e sottintende che, eseguita la prestazione, si è consumata la definitiva concentrazione del rischio e dei vantaggi sicché essa è insensibile alle sopravvenienze¹⁰¹. Anche la mancata tutela del debitore in mora è stata ancorata all’idea che egli, col suo comportamento, ha calamitato su di sé la sopraggiunta onerosità della propria prestazione¹⁰². Il *leading case* che ha fatto applicazione della teoria del rischio è stato l’*acordão* del *Supremo Tribunal da Justiça* del 29 marzo 1979¹⁰³. Gli acquirenti di una società angolana, debitori del prezzo da pagarsi in due rate, tentarono di sottrarsi all’adempimento della loro obbligazione adducendo che l’occupazione dei beni della società in seguito alla proclamazione dell’indipendenza dell’Angola, configurando un ‘alterazione delle circostanze’, giustificava la richiesta di risolvere il contratto. I giudici respinsero la domanda perché il fatto che, a partire da una certa data, la società non aveva potuto svolgere alcuna attività, non distruggeva gli effetti del trasferimento validamente concluso, nè esonerava l’acquirente dal pagare interamente il prezzo, posto che era lui a dover sopportare il rischio dello ‘stato in cui si era trovata la società’ successivamente all’acquisto.

Il paramento della buona fede esalta il ruolo del giudice. Gli consente di sindacare le tecniche convenzionali di adeguamento del contratto. In un caso di cessione di quote societarie, il prezzo di queste ultime era stata fissato in determinate prestazioni il cui valore era stato indicizzato al valore dell’oro fino. Vigente il contratto, il valore dell’oro era salito in misura notevolmente superiore al costo della vita. Il *Supremo* concesse la richiesta revisione perché l’*“atualização”* prevista, data la situazione, contrariava la *boa fé*: anche in mancanza di tutti i presupposti dell’art. 437 del codice civile, si era in presenza di un abuso del diritto *ex art. 334* perché l’intenzione delle parti era stata proteggersi dalla svalutazione monetaria e non speculare sul valore dell’oro¹⁰⁴. Alla luce della buona fede il giudice soppesa l’anormalidade dell’evento sopravvenuto; misura l’entità del *prejuízo verificado*; valuta il *comportamento geral das partes*. Stando all’art. 437, sono in grado di alterare le circostanze originarie sia i grandi eventi della storia, sia i piccoli accadimenti che toccano i contratti della vita quotidiana. In realtà, le corti si sono mostrate più inclini a riconoscere la rilevanza di questi ultimi che dei primi. Infatti, in un buon numero di casi sono state giudicate senza importanza le sopravvenienze legate ai fatti rivoluzionari del 1974-75, quali

¹⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. ult. cit.*, 368.

¹⁰¹ SACCO e DE NOVA, *Il Contratto, Tomo secondo*, in (diretto da) Sacco, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, 670 s. Nella giurisprudenza portoghese esplicitamente in questo senso *STJ*, 23 Outubro 1986, in *BMJ*, 1986, 360 s.

¹⁰² CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 284; MENEZES CORDEIRO, *op. ult. cit.*, 332.

¹⁰³ In *BMJ*, 1979, 262 ss. Nella medesima prospettiva cfr. anche *STJ*, 27 febbraio 1986, in *CJ*, 1986, I, 2.

¹⁰⁴ *STJ*, 15 Abril 1975, in *BMJ*, 1975, 138 ss.



la chiusura della borsa ¹⁰⁵, le epurazioni di certi soggetti compromessi col regime salazarista ¹⁰⁶ e le nazionalizzazioni ¹⁰⁷. Benché le singole decisioni poggino su ragioni formali abbastanza solide, tale atteggiamento prudente è stato spiegato con la preferenza dei giudici a che fosse il legislatore a dettare nuove regole, destinate inevitabilmente a incidere su settori delicati dell'economia e a soddisfare le aspettative dei gruppi sociali interessati ¹⁰⁸. Con una costruzione soggettiva della nozione di "base del contratto" è stata ricondotta all'*art. 437* il comportamento della parte che aveva minato la fiducia ¹⁰⁹ dell'altra nel mantenimento di un certo stato di cose¹¹⁰. I giudici hanno dichiarato risolto, *ex art. 437* del codice civile, il preliminare di vendita di un immobile per aver il promittente acquirente inadempito alla propria obbligazione di pagare una parte del prezzo mediante la fornitura di certi materiali per l'edilizia, per aver aggredito la controparte che l'aveva sorpreso mentre tentava di rifilargliene una quantità minore e per aver infine rifiutato di pagare l'intero prezzo in contanti al momento della stipula del definitivo come era stato richiesto dal venditore, ormai determinato a non accettare più materiali dall'inaffidabile e irascibile contraente. La corte ha ritenuto che " *a confiança em que, necessariamente, assentava o contrato foi ablada*" e che l'alterazione delle prestazioni si era tradotta in un "forte desequilibrio contratual"¹¹¹.

¹⁰⁵ *STJ*, 10 Maio 1979, in *BMJ*, 1979, 262 ss. Nella fattispecie gli attori avevano chiesto che, *ex art. 437* del codice civile, fosse risolto il mutuo bancario stipulato per destinarne il ricavato all'acquisto di azioni, operazione resa impossibile dalla chiusura della borsa in seguito alla rivoluzione del 25 aprile 1974. La corte respinse la domanda perché l'evento << non aveva gravemente intaccato il principio della buona fede in quanto la banca era estranea alle prospettive commerciali dell'attore >>.

¹⁰⁶ *STJ* 13 Dezembro 1977, in *BMJ* 1978, 272 ss. La corte decise che, in quanto di natura cartolare, doveva essere adempiuta l'obbligazione cambiaria emessa dagli amministratori di una società estromessa a causa dell'occupazione della società debitrice attuata da impiegati e operai in seguito alla rivoluzione e che quindi tali eventi non costituivano causa di liberazione dall'impegno assunto.

¹⁰⁷ *STJ* 8 Fevereiro 1979, in *BMJ*, 1979, 221 ss. L'accettante di favore di cambiali tratte da un imprenditore si è visto respingere la domanda di liberazione dal suo impegno verso le banche alle quali le aveva girate e motivata con il dato che, essendo state nazionalizzate sia l'impresa favorita che le banche, il << favor >> verso l'impresa traente era stato pregiudicato dalla nuova situazione. La corte ha motivato la decisione argomentando che le banche, per la legge cambiaria, dovevano considerarsi terzi di buona fede insensibili alle vicende del rapporto sottostante i titoli cambiari.

¹⁰⁸ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé*, cit., 9931 ss;

¹⁰⁹ Su alterazione delle circostanze e tutela della fiducia, cfr. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos/dargestellt unter beoinderer Berücksichtigung des Bauvertrages*, 1971 e MENEZES CORDEIRO, *Da alteração*, cit., 329.

¹¹⁰ *Relação de Coimbra* 14 Dezembro 2004, in OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Revisão judicial dos contratos*, 2ª Ed., São Paulo, 2006, 161 ha escluso la revisione del contratto nel caso di rovina economica del debitore, impossibilitato ad adempiere le sue obbligazioni.

¹¹¹ *STJ*, 2 Outubro 2001 in *www.dgsi.pt*



Le corti esigono che il pregiudizio denunziato sia consistente. Ovviamente, l'apprezzamento e la valutazione del giudice giocano un ruolo determinante e alzano il tasso d'imprevedibilità del giudizio. Così, da un lato, il *Supremo* ha concesso la risoluzione di un contratto preliminare di compravendita di un immobile da ricostruire, perché l'operazione era stata pregiudicata dall'entrata in vigore di una legge che vietava le demolizioni sicché il valore del *prédio* era crollato dal 5500 *contos* a 800 *contos*¹¹². D'altro lato, la *Relação* di Lisbona, sempre per un preliminare di compravendita, ha ritenuto irrilevante una caduta del valore della cosa promessa oscillante tra il 300% e il 400% essendo stati il deprezzamento prevedibile e già pagata, al momento della svalutazione, una parte del prezzo¹¹³.

Sul piano dei poteri conferiti alle parti e al giudice, si osserva che, mentre il codice civile italiano legittima il contraente onerato a chiedere in via giudiziale soltanto la risoluzione del contratto e lascia all'altra la mossa dell'offerta riequilibratrice adatta a paralizzare la pretesa dell'attore¹¹⁴, il *código civil*, nel consentire alla parte svantaggiata di domandare la modifica o la risoluzione e a quella avvantaggiata di reagire solo nel secondo caso, mostra una maggior considerazione degli interessi della parte in difficoltà, attribuisce al giudice un ruolo di primo piano e rende remota la possibilità di rinegoziazione, posto anche che un obbligo dei contraenti di trattare non è stato finora elaborato.

Se la parte onerata ha scelto la via della risoluzione, il contraente avvantaggiato può opporsi nei termini che si sono illustrati. A proposito della contromossa del creditore il codice italiano parla più propriamente di offerta tesa a "modificare equamente le condizioni del contratto", ossia, secondo alcuni, adatta a reintegrare "l'alea normale del contratto"¹¹⁵. Fronteggiandosi le richieste di risoluzione e di modifica, spetta alle corti decidere la sorte del contratto. Di recente, i giudici hanno ritenuto ottimale la risoluzione in caso di "frustrazione del fine negoziale", e la "riconduzione delle prestazioni ad equilibrio" se il fine risulta solo alterato¹¹⁶, una soluzione prospettata già dalla dottrina tedesca¹¹⁷.

Se la parte pregiudicata ha chiesto la risoluzione e l'altra non le ha opposto la modifica, l'opinione prevalente è che non spetta al giudice di decidere, *ex officio*, la modifica dell'accordo. La conseguenza è che se egli valuta infondata la domanda, deve emettere una sentenza che mantiene in vita il contratto concluso a suo tempo.

Se il *lesado* ha chiesto la modifica del contratto, non si avrà la risoluzione e il giudice valuterà la domanda alla luce del criterio di equità. Se la valutazione sarà stata negativa, rimarrà in

¹¹² *STJ 6 Abril 1978*, in *BMJ*, 1978, 253 ss.

¹¹³ *Relação de Lisboa*, 21 *Abril 1986*, in *CJ*, 1986, 2, 118 ss.

¹¹⁴ Sulla soggezione della parte onerata all'iniziativa di quella avvantaggiata tesa a evitare la risoluzione del contratto nel diritto italiano, MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 293 ss.

¹¹⁵ Cfr. Sulla razionalità economica delle diverse ipotesi di revisione del contratto indotte dalle disposizioni vigenti nei vari ordinamenti, GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007, 327 ss.

¹¹⁶ *Relação de Porto*, 20 *Outubro 1988*, in *CJ*, 1988, 4-173.

¹¹⁷ LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, Berlin, 1963.



vigore l'accordo stipulato. Se la valutazione sarà stata positiva, varrà il testo modificato¹¹⁸. Nel secondo caso, è stato sostenuto che, pur nel silenzio della legge, il creditore può invocare la risoluzione, in quanto a nessuno può essere imposto “un contratto sostanzialmente diverso da quello che approvò”¹¹⁹, tesi che non convince chi ricorda che, nel medesimo codice civile, non mancano esempi di imposizione di un contratto modificato a una delle parti¹²⁰. Tuttavia quella critica, richiamando la centralità dell'autonomia dei privati, svela i rischi di risposte inefficienti di un sistema di regole fondato sulla valutazione giudiziale secca delle proposte di modifica del contratto e sull' assenza sia di un potere di intervento del giudice sulle proposte stesse, sia di un obbligo delle parti di rinegoziare il contratto elaborati, per esempio, dalla dottrina italiana¹²¹ e anche dalla giurisprudenza arbitrale¹²². Il rischio più concreto di soluzioni lontane dall'ottimo paretiano si verifica, appunto, nel caso in cui entrambe le parti hanno interesse al mantenimento del contratto e la proposta del contraente onerato non può essere seguita, *ex art.* 437, dalla controproposta dell'altro. La conseguenza è che, a causa della mancanza di informazioni sulla posizione della parte avvantaggiata, il giudice vede accrescere le difficoltà, già grandi, di realizzare l'ottimizzazione dello scambio, ossia di imitare l'accordo cui le parti sarebbero giunte in considerazione delle sopravvenienze soprattutto perché è assai probabile che la offerta pervenutagli dalla parte onerata, per quanto equa possa essere valutata, non sia quella che sarebbe stata in una nuova fase di negoziazione¹²³.

6. Con gli *arts.* 478, 479 e 480 la disciplina della “*resolução por onerosidade excessiva*” ha fatto il suo ingresso trionfale nel nuovo codice civile brasiliano, salutata come una delle espressioni più significative dei valori di *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade* che distaccano l'opera del legislatore dalla logica individualistica e dogmatico-formalista del *código civil* del 1916¹²⁴. In particolare, questi articoli sono stati considerati una manifestazione significativa del principio della “funzione sociale del contratto” scolpito nell'*art.* 421¹²⁵, norma, che insieme ad altre clausole generali, ha eccitato l'attesa che il giudice, chiamato ad

¹¹⁸ CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 299 ss.

¹¹⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II, Coimbra, 2003, 421.

¹²⁰ CARVALHO FERNANDES, *A Teoria da Imprevisão*, cit., 299, il quale richiama, tra gli altri, il caso del contratto usurario (*art.* 283, n° 2 del codice civile).

¹²¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 223 ss.

¹²² ACCAQUI LORFING, *La renegotiation contractuelment imprevue*, in *International Business Law Journal*, 2010, 35 ss.

¹²³ Per una più approfondita analisi del punto, si rinvia ancora a GRANIERI, *Il tempo*, cit., 335.

¹²⁴ CALDERALE, *Diritto privato*, cit., 281 ss.

¹²⁵ DE CASTILHO PEREIRA, *A teoria da imprevisão e os limites sociais do contrato no novo código civil. Implicações no direito do trabalho*, in FRANCIULLI NETTO, FERREIRA MENDES, GRANDA DA SILVA MARTINS FILHO (coordinatori), *O Novo Código civil. Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, São Paulo, 2003, 388.



amministrarle, si riveli un ‘signore del diritto’ sollecito a dispensare una ‘giustizia sostanziale’ adatta a lenire le profonde ingiustizie sociali del Paese¹²⁶. Evidentemente ispirate agli art. 1467 ss. del codice civile italiano¹²⁷, le nuove disposizioni stabiliscono che, se nei contratti a esecuzione continuata o differita, la prestazione di una delle parti, a causa di eventi “straordinari e imprevedibili”, “è diventata eccessivamente onerosa” e conferisce un “estremo vantaggio” all’altra, il debitore onerato potrà chiedere la risoluzione. Secondo l’art. 479, Il creditore avvantaggiato sarà in grado di evitarla “offrendosi di modificare equitativamente le condizioni del contratto”¹²⁸. Rispetto alla normativa italiana mancano però, sia una disposizione che escluda i contratti aleatori dall’ambito di applicazione delle regole in parola, sia il riferimento all’alea normale del contratto dove si fissano i presupposti in presenza dei quali l’eccessiva onerosità assume rilevanza¹²⁹. Sulla nuova normativa sono state espresse alcune riserve. Si è sottolineato che è ridondante aver qualificato gli eventi perturbatori “straordinari e imprevedibili”¹³⁰. Si è criticato l’accoglimento della teoria dell’*imprevisão*, incapace di fronteggiare gli effetti della inflazione sempre ricorrente o in agguato, come ben sanno i contraenti¹³¹. Si è rilevato che l’elemento dell’ “estremo vantaggio” conseguito dal promissario costituisce un requisito che rischia di mettere fuori gioco la tutela della parte onerata tanto più che è di difficile dimostrazione in giudizio¹³², e, si potrebbe aggiungere, spinge a un aggiustamento insoddisfacente del contratto, rendendo improbabile la considerazione del nuovo quadro economico determinato dalla sopravvenienze¹³³. Si è condannato il silenzio sulla mora del debitore onerato,

¹²⁶ JUDITH MARTINS-COSTA, GERSON LUIZ CARLOS BRANCO, *Diretrizes Teóricas do novo código civil Brasileiro*, São Paulo, 2002, 144 ss.

¹²⁷ JOSÉ FIGUEIRÊDO ALVES, *Com. sub art. 478*, in REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (Coordinadora) 6ª Ed., *Código civil comentado*, São Paulo, 2008, 436; LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Contrato*, 2ª Ed., Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, 155 ss

¹²⁸ L’art. 480 disciplina il caso in cui l’eccessiva onerosità sopravvenuta colpisce il contratto con obbligazioni di una sola parte e attribuisce al contraente onerato il potere di domandare la riduzione della prestazione da eseguire o la modifica delle modalità di esecuzione.

¹²⁹ EL MUREDEN, *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 236.

¹³⁰ NELSON BORGES, *A integração da teoria da imprevisão ao direito brasileiro: análise dos arts. 477, 478 e 479 do anteprojeto 634/75 do novo Código Civil*, in *Jurisprudência Brasileira*, 1990, 25 ss.

¹³¹ ALVARO VILLAÇA AZEVEDO, *O novo código civil brasileiro*, cit., 186., che auspica una successiva versione dell’art. 478 dalla quale sia espunta la parola << imprevisíveis >>.

¹³² GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil: contratos*, São Paulo, 2005, v. 4, t. 1, 307.

¹³³ Per i vari parametri di riaggiustamento del contratto, più o meno vicini alla soluzione più razionale nel campo importante del diritto amministrativo, cfr. JUSTEN FILHO, *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nos 8987 e 9074 de 1995*, São Paulo, 1997, 152 ss. e, in giurisprudenza, l’acórdão 6 outubro 2004, n. 1563. in OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Revisão judicial dos contratos*, cit., 254.



disciplinata, invece, dall'art. 438 del codice civile portoghese ¹³⁴. Tuttavia, i rilievi più penetranti riguardano la scelta di fondo del legislatore.

Chi dal dato che l'art. 478 disciplina la *resolução do contrato* e l'art. 479 la revisione ricava che la prima risposta del codice alle sopravvenienze onerosa è, appunto, la risoluzione del contratto ¹³⁵, contesta questa impostazione, osservando che specialmente nei contratti di lunga durata, l'interesse prevalente del debitore svantaggiato è quello della modifica del contratto ¹³⁶ e non quello della risoluzione, una posizione che è consacrata da apposite norme per quanto riguarda i *contratos administrativos* ¹³⁷ e ha ricevuto l'autorevole appoggio del *Superior Tribunal de Justiça* ¹³⁸. Rinforzano questo punto di vista sia all'art. 317 del *código civil*, sia all'art. 6 V del *código de Defesa do Consumidor (CDC)* del 1990, i quali consentono solo la revisione dell'accordo. Riferendosi alle obbligazioni pecuniarie, la prima disposizione stabilisce che, quando per motivi imprevedibili, risulti svalutata al momento dell'esecuzione il valore del pagamento a suo tempo promesso, il giudice, su richiesta del creditore, può rivalutare la prestazione dovuta in misura tale da assicurarne "il valore reale". La seconda ammette, nell'interesse esclusivo del consumatore, la revisione del contratto diventato per lui eccessivamente oneroso a causa di eventi sopraggiunti ¹³⁹.

Il tema della revisione contrattuale è collegato a quello dei poteri del giudice e delle parti. In Brasile, la considerazione di questo aspetto tradizionale e delicato risente del particolare clima che ha accolto la codificazione. In tale scenario ¹⁴⁰, la centralità dell'autonomia privata e le logiche del libero mercato, sia pure limitate dalla Costituzione del 1988 in nome di istanze sociali ¹⁴¹, non rappresenta un valore culturale pacificamente acquisito nella

¹³⁴ JOSÉ FIGUEIRÊDO ALVES, *Com. sub art. 478*, cit., 438. JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias*, cit., 186, sostiene che la disciplina brasiliana sia più giusta di quella portoghese ritenendo iniquo addossare al debitore i costi delle sopravvenienze per il solo fatto di essere stato moroso.

¹³⁵ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *op.ult.cit*, 180 che fa riferimento al principio della conservazione del contratto ricavabile da numerose norme del codice civile; DE BRITO, *Equivalência material dos contratos*, São Paulo, 2007, 100.

¹³⁶ JOSÉ FIGUEIRÊDO ALVES, *Com. sub art. 478*, cit., 437; LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Contrato*, cit., 162; REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *Clausola "rebus sic stantibus" ou teoria da imprevisão-revisão contratual*, Belem, 1989, 321.

¹³⁷ *Lei n. 8.666 del 1995, art. 65*. Su tale disposizione, JUDITH MARTINS COSTA, *A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro*, in *Roma e America*, 2003, 145.

¹³⁸ *Jornada III STF 176*.

¹³⁹ Su questa norma BRITO FILOMENO, *Dos Direitos Básicos do Consumidor*, in ADA PELEGRINI GRINOVER e al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 6ª Ed., Rio de Janeiro, 1999, 125 s.

¹⁴⁰ Sull'evoluzione del sistema giuridico brasiliano nel momento storico attuale, MARCELLO CAMPOS GALUPPO (*organizador*), *O Brasil que queremos*, Belo Horizonte, 2006.

¹⁴¹ Sul rapporto tra La Costituzione e il diritto privato la letteratura è sterminata. Cfr. MARCELO CAMPOS GALUPPO (*coordenador*), *Constituição e Democracia*, Belo Horizonte, 2009.



riflessione di numerosi giuristi teorici e pratici ¹⁴². A volte essi sono inclini a diffidarne e a forzare il dato normativo in nome di una non sempre ben definita equità che alle corti spetterebbe di amministrare a vantaggio di soggetti, a torto o a ragione, considerati deboli ¹⁴³.

Portano alle estreme conseguenze questo atteggiamento coloro i quali si dolgono perché, stando alla lettera delle disposizioni del *codigo civil*, il giudice non può modificare *ex officio* l'accordo alterato, un potere che gli è conferito solo dopo il fallimento della rinegoziazione dai Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali e in Francia dalla proposta di Terré e, quindi, non come prima alternativa all'autonomia privata. Non dandosi per vinti, essi sostengono che il giudice è autorizzato dalle clausole generali della funzione sociale del contratto (*art. 421*) e della buona fede obiettiva (*art.422*), a pronunciare d'ufficio la *revisão*¹⁴⁴ e così, riverniciando con nuove istanze di giustizia contrattuale la posizione emersa, in forma appena più sfumata, negli anni Quaranta del Novecento, si scontrano con chi sostiene che il giudice non può imporre la revisione ¹⁴⁵.

Coloro che si sono mostrati meno ostili dell'autonomia dei privati e più attenti alla logica delle operazioni economiche, hanno proposto di riformare la giovane disciplina del codice civile presumendo l'interesse della parte svantaggiata alla conservazione del contratto ¹⁴⁶. Essi hanno preparato il terreno avendo sostenuto che, nonostante il tenore letterale dell'*art. 478*, la parte svantaggiata è legittimata a proporre al giudice la revisione sia perché nell'ordinamento vige il principio della conservazione del contratto ¹⁴⁷, sia perché il potere più ampio di chiederne la risoluzione racchiude in sé quello più limitato di domandarne la *revisão* ¹⁴⁸.

Tenendo nel debito conto questa impostazione e gli argomenti formali, di diverso spessore, che la sostenevano il tenace deputato Ricardo Fiuza ha presentato nel 2002 ¹⁴⁹ e

¹⁴² Sottolinea l'importanza del *background* economico e culturale degli operatori economici e giuridici nella scelta delle politiche di gestione del rischio delle sopravvenienze, GOMES, *Clausolas de hardship*, in ANTONIO PINTO MONTEIRO (*coordinação*), *Contratos: actualidade e evolução. Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro 1991*, Porto, 1997, 185.

¹⁴³ Mette in guardia da queste tendenze estreme, WALD, *O novo código civil e a evolução do regime jurídico dos contratos*, in *Roma e America*, 2003, 102.

¹⁴⁴ NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código civil comentado*, 6ª ed., São Paulo, 2008, 544.

¹⁴⁵ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias*, cit., 181; ALVARO VILLAÇA AZEVEDO, *O novo código civil brasileiro*, cit., 199; JUDITH MARTINS-COSTA, *A revisão dos contratos*, cit., 167.

¹⁴⁶ REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, *Clausola "rebus sic stantibus"*, cit., 430.

¹⁴⁷ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Alteração das circunstâncias*, cit., 181,

¹⁴⁸ MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 19ª Ed., 2003, 39.

¹⁴⁹ *Projeto de Lei* n. 6960/2002.



ripresentato nel 2007 un progetto di legge¹⁵⁰, tecnicamente non eccelso. Avendo scelto la prosettiva suddetta senza prendere in considerazione in prima battuta anche l'eventuale interesse al recupero del contratto del promissario favorito, le regole proposte, invece di imporre la negoziazione tra le parti, concentrano nelle mani del giudice il potere di decidere. Se vuole evitare l'imposizione della modifica nel caso in cui l'offerta del promittente incontri il favore del giudice, il promissario può solo invocare la risoluzione a certe condizioni non facili da dimostrare con precisione in un ambiente che, in linea generale, è ostile a questa scelta¹⁵¹. La conseguenza è che rimangono alte le probabilità di soluzioni non efficienti, ma solo accettabili, nonostante la scomparsa del requisito del vantaggio eccessivo del creditore nella nuova situazione.

Esaminando in dettaglio il progetto in parola, si vede che nel *Capítulo II*, il quale regola la *Revisão* e la *Extinção do Contrato*, alla revisione è dedicata la prima *seção*, composta di un solo articolo (*art. 474*) alla risoluzione la seconda *seção*, composta di due articoli (*arts. 475 e 476*). Valorizzando gli elementi architettonici del testo, il dato che le nuove regole sono disposte in una sequenza rovesciata rispetto a quella esistente nel *código civil* permette, secondo l'opinione corrente¹⁵², di cogliere la nuova opzione dell'ordinamento a favore dell'adeguamento del rapporto contrattuale. In realtà, viene attribuita al contraente onerato la scelta tra l'azione di revisione e quella di risoluzione del contratto, così come dispone una norma molto chiara del codice civile portoghese, l'*art. 437* primo comma, che invece manca nel progetto in esame¹⁵³. Stando al progetto di legge, se nei contratti a *execução sucessiva ou diferida*, la prestazione di una parte è diventata "sproporzionata" o "eccessivamente onerosa" a causa di un evento *imprevisível, anormal e estranho* ai contraenti al momento della stipula, la parte pregiudicata può fare alcune mosse dal momento che la onerosità *exceda os riscos normais do contrato*. Il *projeto* lima, così, i requisiti dell'evento ed elimina il controverso requisito dell'estremo vantaggio del creditore dal novero degli elementi che il debitore deve dimostrare essere effetto della sopravvenienza. Richiede, invece, che lo squilibrio abbia alterato i rischi normali del contratto, probabilmente sottintendendo che il giudice è chiamato a ripristinare l'alea normale.

Se la parte onerata domanda la modifica del contratto, la parte avvantaggiata può opporre la risoluzione dimostrando "i gravi pregiudizi" che possono derivargli dall'accoglimento della domanda dell'attore (*art.476*). Una disposizione del genere manca nel codice civile portoghese.

Se la parte avvantaggiata chiede la risoluzione, l'altra può evitarla offrendosi di modificare *equitativamente* le condizioni del contratto.

¹⁵⁰ *Projeto de Lei* n. 276/2007.

¹⁵¹ *Jornada III STF* 176.

¹⁵² OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR, *Revisão judicial dos contratos*, cit., 177.

¹⁵³ L'alternativa della parte onerata sembra sottintesa nell'*art. 474*, che tratta in realtà della revisione del contratto perché il § 1, senza menzionare la domanda di risoluzione, recita che << nulla impedisce che la parte *deduza* in giudizio *pedidos cumulados na forma alternativa*>>.



Infine, stando all'*art.* 474, § 1° sembra che la parte svantaggiata possa chiedere alternativamente la revisione e la risoluzione innescando “ l'esame giudiziale di cosa sia più giusto per il caso concreto”, espressione non chiarissima¹⁵⁴.

Quale che sia la sequenza delle mosse del promittente e del promossario davanti al giudice secondo le disposizioni in vigore e in cantiere, l'obiettivo dell'adeguamento del contratto dovrebbe essere raggiunto mediante la trattativa diretta delle parti. Solo se trattassero, i contraenti partirebbero dalle condizioni economiche sussistenti nella nuova situazione, senza limitarsi ad aggiustare ciò che pattuirono al momento della conclusione del contratto secondo quanto impongono, più o meno esplicitamente, le norme legali¹⁵⁵. Anche dopo il fallimento della trattativa, questa non perderebbe la sua utilità per la soluzione della controversia perché lo stesso giudice, chiamato secondo, per esempio, il progetto Terré a decidere avrebbe un quadro più chiaro delle legittime aspettative dei contraenti al quale riferirsi. Quando una disposizione legale che imponga alle parti di negoziare manca, le probabilità che una trattativa si apra dipendono dall'incentivo predisposto dalle regole sui poteri del giudice. In una situazione nella quale la parte avvantaggiata è interessata alla prosecuzione del rapporto contrattuale, ipotesi presa in considerazione anche da alcune regole del progetto Fiuza, la spinta più convincente all'apertura della trattativa è fornita da regole del tenore, per esempio, dell' *art.*1.440 del *codigo civil* peruviano, il quale, come si è visto, prevede che il giudice può disporre d'ufficio la risoluzione. In questo caso il promittente sarebbe in una condizione più vantaggiosa e il promissario, di fronte alla prospettiva di rimanere senza contratto, offrirebbe condizioni soddisfacenti alla luce della nuova situazione.

In attesa che il progetto di legge percorra la sua strada nel Congresso, mostrano uno scolorito favore verso la negoziazione gli autori, che hanno accennato a un obbligo dei contraenti di trattare, fondato sulla clausola di buona fede, teorizzato con una più solida adesione alle logiche del libero mercato anche in Italia¹⁵⁶. Nella ricostruzione che è stata elaborata in Brasile, però, tali trattative sono rese impacciate dal “dovere” della parte avvantaggiata di “considerare i legittimi interessi della controparte contrattuale” e quindi di “ accettare la modifica richiesta” , con la conseguenza che, in una logica di prendere o

¹⁵⁴ Si potrebbe infatti ritenere che il giudice, di fronte alla domanda alternativa decida senz'altro la controversia o che possa invitare le parti a trattare o avvertire la parte avvantaggiata della sua intenzione di procedere alla risoluzione per invitarlo a presentare una controproposta.

¹⁵⁵ GRANIERI, *Il tempo*, cit., 337.

¹⁵⁶ Si veda la più convincente costruzione di quegli autori italiani che costruiscono per il giudice un ruolo attivo nella trattativa che le parti sono tenute a intavolare in virtù dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, e, infine, nel creare la regola contrattuale *ex art.* 2932 del codice civile se una parte col suo comportamento malizioso abbia impedito la conclusione dell'accordo modificativo, con una prospettiva più realistica della negoziazione non ridotta alla considerazione della mossa ultimativa del promittente onerato. Per una diligente ricostruzione delle posizioni della dottrina sul punto, NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 159 ss.



lasciare, la sua riluttanza, violando l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, legittimerebbe “ *o poder corretivo do juiz*”¹⁵⁷, ancora una volta chiamato ad intervenire nell'ottica della tutela del promittente onerato.

¹⁵⁷ JUDITH MARTINS-COSTA, *A revisão dos contratos*, cit., 167.