

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La protezione del programma negoziale dalle vicende soggettive sofferte dalle parti: tracce di un valore nell'ordinamento*.

SOMMARIO: 1. Come si pone il nostro ordinamento di fronte alla questione delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti tra privati? – 2. Le due casistiche tipiche di sopravvenienze: l'impossibilità sopravvenuta e la eccessiva onerosità – 3. La nozione di buona fede e la sua portata sistematica anche quale possibile fonte di integrazione del contratto – 4. I principi a protezione del programma negoziale ricavabili dalle prassi del commercio internazionale – 5. Continua: la regolamentazione delle sopravvenienze nei contratti di Take or Pay e nei patti parasociali – 6. La rinegoziazione: l'indispensabile aiuto di commissioni tecniche composte da professionisti neutrali ed i limiti sul versante della c.d. enforceability.

1. Come si pone il nostro ordinamento di fronte alla questione delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti tra privati?

La crisi epidemiologica originata dalla diffusione del Covid-19 lascerà segni indelebili anche dal punto di vista strettamente giuridico.

Non si tratterà di una semplice parentesi storica. Si è presentata su scala planetaria¹ una situazione dai caratteri brutali: ha colpito la

* Il lavoro trae spunto dalla relazione svolta al Convegno online dell'Osservatorio "Giordano dell'Amore" su "Pandemia e rapporti tra imprese. La rinegoziazione del contratto. Valore della relazione ed efficienza economica della soluzione delle crisi negoziali. Teoria e pratica a confronto" tenutosi il 21 maggio 2021.

¹ Per effetto anche di una rischiosa sottovalutazione dei pericoli di una interdipendenza eccessiva dei singoli sistemi economici a causa della delocalizzazione delle catene produttive, segnalati in tempi non sospetti dai più attenti osservatori del fenomeno della globalizzazione (in proposito pare opportuno un rinvio al bel saggio di A. TOURRAIN, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, Milano, 2008), come rimarcato anche da FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in Banca, borsa, tit. cred., 2020, I, 199, nota 5. Le attuali contropunte verso evidenti manifestazioni di autentico *reshoring* sono sotto gli occhi di tutti, anche i *mass-media* hanno preso atto del fenomeno. Per tutti *Reshoring, alcune ipotesi sugli effetti della pandemia*, Il Sole 24 ore, Econopoly, 1 giugno 2021, in www.econopoly.ilsole24ore.com e *Il reshoring*

condizione fisica e mentale degli uomini, ha ristretto le libertà personali, ha determinato la chiusura dei territori, ha interrotto il circolo economico produzione-consumo e ha cagionato la paralisi di moltissime attività d'impresa. Nell'ambito dei rapporti contrattuali, specialmente se a lungo termine, la tensione tra il voluto delle parti, la correttezza nell'esecuzione, la possibile interpretazione di clausole implicite e il bilanciamento delle prestazioni (originario e sopravvenuto) è diventata decisamente alta.

Ed ancor più che nel recente passato ci si deve domandare con sempre maggiore frequenza se le relazioni negoziali, soprattutto quelle stipulate ante pandemia, potranno continuare a essere strutturate e a venir interpretate al riparo degli eventi ricordati poc'anzi².

come opportunità di rilancio del sistema Italia, 19 giugno 2020, in www.ispionline.com.

² I contributi dei giuristi sugli effetti e sulle conseguenze della emergenza sanitaria sul versante del diritto delle obbligazioni e dei contratti sono moltissimi. Le ragioni delle parti hanno certamente subito inedite e molteplici intersezioni. Una elencazione completa non è francamente possibile, si vedano, quindi, senza pretesa di completezza, oltre a FA. BENATTI, *op. cit.*, cit., 198 ss.; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, Supplemento, 2020, III, p. 58 ss; R. FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr e impr.*, 2020, I, 1661 ss. ; A. CINQUE, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2020, I, 1691 ss.; A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, *Jus civile*, 2020, II, p. 724 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in www.giustiziacivile.com, 10.04.2020; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in www.giustiziacivile.com, 21 aprile 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 29 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Obbligazioni e contratti. Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in www.giustiziacivile.com, 04 giugno 2020; F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul prospetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, 3, V, 102 ss.; ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 10 aprile 2020; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, in www.cortedicassazione.it; C. GIUSTI, *Tutela e rinegoziazione contrattuale*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, 2021, 1263 ss.

In questo particolare scenario vengono subito alla mente un paio di rilievi e sorge spontanea una prima domanda.

Il primo rilievo: il diritto conosce da secoli la clausola “*rebus sic stantibus*”³ che – come risaputo – incrina ogni lettura formalistica dell’altra regola, altrettanto nota, dei “*pacta sunt servanda*” ex art. 1372 c.c.⁴.

Il secondo rilievo: il nostro sistema è pienamente consapevole del fatto che il malfunzionamento del regolamento contrattuale può dipendere non soltanto dalla violazione dell’accordo da parte di uno dei contraenti, ma anche da influenze dovute a fattori esterni e diversi dall’inadempimento che possono far emergere crisi contrattuali anche di tipo momentaneo⁵.

Ed ecco la prima domanda: si può sostenere che i rimedi offerti di fronte ai fatti impreveduti e imprevedibili che accadono mentre il rapporto si sta svolgendo e che alterano sensibilmente – seppur non definitivamente – l’originale equilibrio tra le prestazioni siano in grado se non di comporre, quantomeno, di impostare in modo corretto, e soprattutto efficiente, il problema della gestione del bilanciamento sinallagmatico del contratto?

L’esigenza di offrire la miglior tutela possibile a favore dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia – un evento straordinario ed imprevedibile che ha colpito un numero non immaginabile di imprese talora soltanto “di riflesso” a causa del rallentamento generale dell’economia dovuto all’emergenza sanitaria – per effetto sia dei

³ Cfr. G. OSTI, voce *Clausola “rebus sic stantibus”*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1964, 353 ss.; T. GALLETTO, *Rebus sic stantibus* (voce), in *Digesto civile*, Torino, 1988, II, 383; A. GENOVESE, *La clausola rebus sic stantibus*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole Negoziali*, Torino, 2017, 1357 ss.; e G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *I Contratti*, 2001, 727, che richiama precedenti della Cassazione di Napoli del 15 maggio 1897 e della Cassazione di Torino del 16 agosto 1900 che collegavano esplicitamente l’esecuzione del contratto alla clausola *rebus sic stantibus*.

⁴ Il rilievo, ineccepibile, è CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 19.

⁵ Rosario Nicolò scriveva – come è stato recentemente ricordato da C. GIUSTI, *op. cit.*, p.1264 - che il giurista non può ignorare i fenomeni congiunturali e deve anzi concentrare l’attenzione non soltanto sulle norme di diritto positivo, ma anche sugli “strumenti” che la prassi contrattuale elabora in connessione con la realtà e la problematica del mondo economico.

divieti, delle restrizioni, ma anche delle sole raccomandazioni impartite dal Governo e dalle Autorità locali⁶; sia delle interruzioni delle catene globali di valore – ha richiamato l’attenzione degli operatori e degli interpreti in modo prepotente e traumatico sul tema delle sopravvenienze contrattuali⁷.

Un tema originato dalla inesorabile notazione secondo cui oltre al verificarsi di casistiche prevedibili (ma non sempre controllabili), possono accadere eventi straordinari e non prevedibili, quantomeno, rispetto alla portata e – ripetersi – al perdurare dei loro effetti, in grado di mettere a repentaglio i programmi negoziali che si volevano originariamente raggiungere.

Del resto, l’area indistinta della imprevedibilità è sempre la inevitabile conseguenza di un impianto pattizio totalmente incompleto per effetto non soltanto della c.d. razionalità limitata delle parti, ma anche dei costi di transazione troppo alti che si incontrerebbero per contemplare, prima, e disciplinare, poi, ogni eventualità possibile.

D’altro canto, è intuitivo rilevare che più le vicende della relazione contrattuale sono complesse e destinate a durare nel tempo, maggiore è l’esposizione ad eventi sopravvenuti difficili da prevedere⁸.

⁶ Si vedano su questo ultimo aspetto, M. ZACCHEO, *op. cit.*, cit., 246; A. CINQUE, *op. cit.*, 1699 e A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio ai tempi dell’isolamento: brevi note sul Decreto Cura Italia*, in *I Contratti*, 2020, I, 213 ss.

⁷ Pure in questo caso la letteratura è da tempo molto ricca, ancor assai prima dell’avvento della crisi epidemiologica da Covid-19, nuovamente senza pretesa di completezza: si vedano già V. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; M. ZACCHEO, *Rischio e sopravvenienza*, Milano, 1994; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (dir. da), *Il trattato del contratto*, V, *Rimedi*, Milano, 2006, 689 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, 3 ed., Torino, 2004, p. 722 ss.; M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur e dir. Priv.*, 2003, p. 467 ss.; F.P. TRAISCI, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

⁸ In argomento, si vedano C.P. GILLETTE, *Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts*, in *69 Minnesota Law Review*, 1984, 521 e già E.A. FARNSWORTH, *Disputes over Omissions in Contracts*, in *68 Colum. L. Rev.*, 1968, 860, richiamati da FA. BENATTI, *Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales*, in W.H. VASQUEZ REBAZA, *Principales cláusulas de la contratación privada contemporánea, Ius et Veritas*, Lima, 2021, 89 ss., note 3 e 4.

È un dato di fatto indiscutibile che in ogni programmazione possano “germinare” delle varianti⁹ e non si può sostenere che l’assenza di una disciplina convenzionale sui rischi da sopravvenienze, tipiche o atipiche, queste ultime, individuabili grazie all’istituto della c.d. presupposizione concepito come fonte di condizioni “implicite” del negozio¹⁰, possa essere letta come una tacita allocazione del rischio stesso a carico della sola parte che lo subirà in concreto.

I contraenti, come è stato opportunamente notato, ignorano i rischi che non possono pronosticare e che men che meno possono controllare a costi accettabili¹¹.

Ma tornando al quesito poc’anzi prospettato, come si pone il nostro ordinamento di fronte alla questione delle sopravvenienze pregiudizievoli sulla funzionalità dei contratti tra privati? Si può pensare che ciascun contraente abbia il diritto a pretendere la “continuità contrattuale”, invocando, se del caso, le “regole” della buona fede, dell’equità o del principio di “giustizia contrattuale”?

2. Le due casistiche tipiche di sopravvenienze: l'impossibilità sopravvenuta e la eccessiva onerosità.

Dal punto di vista del diritto scritto, il nostro sistema prende espressamente in esame soltanto due casistiche tipiche di “sopravvenienze”. Per un verso, la situazione dell’impossibilità sopravvenuta – in tutto o in parte¹² – della prestazione *ex art. 1464 c.c.*, se non altro in termini di temporaneità (*ex art. 1256, secondo comma, c.c.*): un concetto che se, da un lato, ha consentito l’elaborazione della

⁹ Testualmente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰ Sul punto, recentemente, R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1675, note 61, 62 e 63 e A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1694 ss., note 9, 10 e 11.

¹¹ Testualmente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 20.

¹² In vero secondo la giurisprudenza l’impossibilità dovrebbe essere assoluta: Cass., 8 giugno 2018, n. 14915 e Cass., 10 giugno 2016, n. 11914. Alcuni esponenti della dottrina si sono orientati verso la possibilità di temperare la rigidità del carattere della assolutezza richiamando il principio dello “sforzo diligente esigibile” per il particolare tipo di obbligazione di volta in volta considerata: si veda anche per i riferimenti bibliografici A. CINQUE, *op. cit.*, 1693, nota 7.

nozione di “forza maggiore”¹³ comunque, dall’altro lato, non contempla “l’impotenza finanziaria”¹⁴. Per altro verso, quella della eccessiva onerosità – che potrebbe essere diretta o indiretta¹⁵ – delle prestazioni dedotte nel contratto *ex art.* 1467 c.c.¹⁶.

Il carattere della eccessività da riconnettere alla sopravvenuta onerosità della prestazione viene, infatti, generalmente interpretato dalla giurisprudenza in termini assai rigorosi, che conducono a non considerare su larga scala e ad ampio raggio forme di soltanto “notevole” sopravvenuta onerosità (pur rilevando invece tale tratto meno marcato all’interno della disciplina di alcuni contratti tipici, come l’appalto, l’affitto, il mutuo e l’assicurazione: cfr. gli artt. 1623, 1635, 1636, 1664, 1818, 1897 e 1898 c.c.¹⁷).

Al tempo stesso la stessa Corte di Cassazione mostra sensibili chiusure pure nei confronti delle sopravvenienze “contrattuali” poc’anzi richiamate in via esemplificativa, frequentemente ritenute correlate a “ordinari fattori di evoluzione del mercato” o “a normali fluttuazioni di mercato”¹⁸.

Tuttavia, come è risaputo, in entrambe le situazioni di sopravvenienze tipiche - quelle della impossibilità sopravvenuta totale

¹³ La quale può essere ritenuta sussistente ogni qualvolta sia stato impossibile eseguire la prestazione per “una situazione cogente che impedisca l’adempimento dell’obbligazione”: cfr. Cass., 30 aprile 2012, n. 6594.

¹⁴ G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, 849; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 7 e Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, in *Banca dati Pluris*.

¹⁵ Su tali profili si veda CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶ Una nozione da ripensare in chiave meno asfittica, posto che, stando all’indirizzo interpretativo prevalente, l’eccessiva onerosità non rilevarebbe mai in presenza di problematiche di carattere temporaneo: A.A. DOLMETTA, *Obbligazioni e contratti, Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., par. 12, ultima pagina, e non consentirebbe mai la sospensione dell’esecuzione (Cass., 26 gennaio 2018, n. 2047) e richiede comunque la pronuncia di una sentenza costitutiva. Rilevano in proposito R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 718 che il contratto in caso di onerosità sopravvenuta “è risolubile, non è risolto”.

¹⁷ Su questi temi ultimamente E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 131 ss e A. CINQUE, *op. cit.*, 1703, nota 42.

¹⁸ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 9, il quale con particolare riguardo al tema specifico delle sopravvenienze contrattuali richiama Cass. Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in un caso di usura sopravvenuta nell’ambito di un contratto di mutuo.

o parziale delle prestazioni dedotte nel contratto e della sopravvenuta eccessiva onerosità - il nostro ordinamento offre rimedi di carattere ablatorio e/o estintivo, che non permettono di conservare il vincolo negoziale. Di conseguenza tali rimedi se applicati su larga scala – come l'emergenza epidemiologica ha posto in risalto – si rivelano dannosi per il sistema economico complessivo, determinando uno *shock* simmetrico della domanda e dell'offerta¹⁹.

Entrambe le figure cioè, pur essendo emblematicamente rappresentative della rilevanza giuridica delle sopravvenienze nella disciplina dei contratti in generale, nella duplice manifestazione della “eccezionalità”²⁰ ed “imprevedibilità” degli eventi scatenanti, prevedono e conducono ad ipotesi di assoluta caducazione del regolamento negoziale.

In altri termini: il nostro ordinamento non contempla a chiare lettere - a meno che il creditore della prestazione, cioè il soggetto forte del rapporto e non quello indebolito dalle circostanze sopravvenute, non voglia esplorare questa eventualità²¹ - scenari favorevoli alla prosecuzione del contratto nell'ottica di una equa modificazione delle sue clausole e dei suoi termini, con l'obiettivo di prevenire gli opposti opportunismi dei contraenti. Ovvero: da una parte, l'indiscriminato inadempimento di chi potrebbe invece adempiere le proprie obbligazioni essendo realisticamente in grado di fronteggiare i fenomeni avversi, straordinari ed imprevedibili che sono sopravvenuti (creandosi così una sorta di debitore immune, protetto ad ampio spettro) e, dall'altra parte, la sorda ed egoistica riluttanza e ritrosia dei creditori a non demordere dalle loro acquisite pretese (il contratto – fino a prova contraria – ha sempre forza di legge tra le parti).

¹⁹ R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1665, nota 19; A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1699 ss. e note 25 e 26; A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 11.

²⁰ Per un chiarimento dell'espressione, che va ricollegata al sopraggiungere di un evento esterno alle parti contrattuali, straordinario sul piano oggettivo e impronosticabile e inevitabile su quello soggettivo: si vedano Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396 e Cass., 23 febbraio 2007, n. 2661.

²¹ Sul punto ancora A. CINQUE, *op. cit.*, 1707 ss.

3. *La nozione di buona fede e la sua portata sistematica anche quale possibile fonte di integrazione del contratto.*

Diverse sono le considerazioni che possono esser svolte facendo leva sulla nozione di buona fede e sulla sua portata sistematica, anche quale fonte di integrazione del contratto *ex art. 1374 c.c.*, che potrebbero portare ad individuare in quest'ultima il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione del contratto (soprattutto se di durata) in caso di sconvolgimento dell'economia contrattuale dovuto a fattori esterni che rendono più gravosa l'esecuzione della prestazione originariamente assunta.

Più precisamente, in questi frangenti, si è da tempo ritenuto che l'altra parte non può giovare dell'intervento di una causa esterna per pretendere immediatamente lo scioglimento del rapporto²² e anche al di fuori della categoria dei contratti di durata, si è sviluppata in dottrina l'idea che la buona fede integrativa *ex art. 1374 c.c.* implichi comunque l'inclusione nel contratto di una clausola di rinegoziazione qualora le parti non la abbiano prevista per mera distrazione o perché abbiano preferito la scelta di un testo laconico, senza averla esclusa esplicitamente²³. Ci sarebbe, insomma, secondo una parte degli interpreti, una via che valorizzando la nozione di buona fede integrativa²⁴ porterebbe a postulare la rinegoziazione come cammino necessitato di adeguamento del contratto alle circostanze e alle esigenze sopravvenute²⁵.

²² F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss. e ancor più recentemente, ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit.

²³ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), Milano, 2001, p. 1042 ss.

²⁴ Anche se secondo altri osservatori, ci si troverebbe fuori dal campo delle attività *stricto sensu* interpretative, poiché così si maschererebbe in realtà un intervento correttivo di tipo additivo sul contratto, al di là dei casi in cui la legge espressamente ne consente l'integrazione: in proposito si veda A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1709, nota 64.

²⁵ Peraltro, sin dalla fine del 1600, si usava dire che la buona fede fosse l'anima dei commerci (diceva Giuseppe Casaregis, *Bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii*) e scavando nelle fonti – come qualche anno fa aveva fatto Guido Alpa – può essere dapprima individuata una parabola ascendente del percorso integrativo sopra sintetizzato, che abbraccia tutto l'Ottocento, e poi una parabola

In definitiva, la buona fede dovrebbe in questi casi assumere un carattere “non bloccato, ma mobile, per portare a compimento il risultato prefigurato *ab origine*, tenendo anche conto delle mutate circostanze che ne discendono”, attribuendo così prevalenza ad un approccio in grado di valorizzare l’analisi economica del diritto dei contratti, “sostituendo, nell’ambito della realtà più complessa di quelli a lungo termine, alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull’equilibrio del contratto”²⁶.

Per concludere, è comunque corretto sostenere che “in termini generali” il Codice Civile non contiene disposizioni sulla esecuzione del contratto, *rectius* delle obbligazioni che ne discendono, ad eccezione dell’invocazione al rispetto del principio di buona fede.

discendente durata per tutta la prima parte del Novecento, che ha poi cominciato a risalire con gli studi di Stefano Rodotà (a partire da ID. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969). Peraltro, già in passato si discuteva dell’obbligo delle parti di “prendersi cura dell’affare comune” (testualmente J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, in oeuvres complètes*, nouv. èd, Paris, 1835, 134: citato da, G. ALPA, *op. cit.*, 725, nota 10) e si riteneva che l’inclusione nel contratto – ad opera del giudice – di clausole dettate dall’equità, lungi dall’esser considerata una operazione che interferisce con la volontà delle parti, veniva ritenuta una sua semplice esplicitazione (G. ALPA *op. cit.*, 726). Ed ancora si sottolineava “non è equo che una parte profitti di mutate circostanze per imporre all’altra un modo di esecuzione del suo obbligo che non avrebbe accettato se avesse potuto prevederlo” (B. BRUGI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, IV, Milano, 1923, 545, richiamato da G. ALPA, *op. cit.*, p. 726, nota 23; in argomento si veda anche CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, 22). Non senza – da ultimo – dimenticare che i primi commentatori degli artt. 1374 e 1375 del Codice Civile del 1942, da poco introdotto, nel soffermarsi sulle regole di comportamento nell’esecuzione del contratto, hanno rimarcato che “il debitore deve immedesimarsi negli interessi del creditore che egli ha promesso di soddisfare e nel conflitto fra gli interessi propri e quelli altrui che formano oggetto dell’impegno e deve considerare come propri quelli altrui, fino al punto in cui il programma contrattuale abbia lo svolgimento che ambo le parti si sono proposte e che per conseguenza anche la parte contraria ha avuto di mira” (G. ALPA, *op. cit.*, 728 ss. e nota 41, che riporta il pensiero di Mario Ghiron).

²⁶ Testualmente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 23, sul presupposto, esplicitamente dichiarato, che “il venir meno dei flussi di cassa è un contagio diffuso rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse”.

4. *I principi a protezione del programma negoziale ricavabili dalle prassi del commercio internazionale.*

Ma sembra opportuno allargare lo sguardo.

Dal punto di vista dei principi ricavabili dalle prassi del commercio internazionale emerge nitidamente che è stato attribuito un peso assai rilevante non esclusivamente ai già incontrati criteri della ragionevolezza e della buona fede – come norma imperativa di attuazione del rapporto – e alla rilevanza della nozione di “forza maggiore”²⁷, che ad esempio proprio nel contesto della pandemia è stata ridefinita dalla Camera Internazionale di Commercio di Parigi (ICC)²⁸.

Ci si è, infatti, spinti più nel dettaglio, prevedendo, ad esempio, la sanzionabilità di ogni manifestazione di *gross disparity*, idonee a dare peso anche agli squilibri economici in fase di esecuzione del contratto e fanno sorgere l’obbligo di comportarsi in modo solidale in presenza di sopravvenienze che possono turbare l’originario equilibrio tra le contrapposte prestazioni, nonché il c.d. *duty to mitigate losses*²⁹.

Risulta quindi chiaramente percepibile la spinta ad inquadrare il contratto secondo una veduta più ampia. Ovvero non più come un

²⁷ In argomento, A. VENURELLI, *Clausola di forza maggiore*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Le clausole negoziali*, cit., p. 1003 ss.; A. GEMMA, *op. cit.*, p. 730 s., nota 10 e FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 201 ss., note 9 e 10.

²⁸ Ed invero la clausola introdotta nel 2020 dalla Camera Internazionale di Commercio di Parigi (ICC) proprio nel contesto della pandemia, definisce la forza maggiore come: “il verificarsi di un evento o circostanza (...) che impedisce o ostacola una parte nell’esecuzione di uno o più dei suoi obblighi contrattuali ai sensi del contratto, se e nella misura in cui la parte colpita dall’adempimento (...) dimostri: a) che tale impedimento va oltre il suo ragionevole controllo; e b) che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto; e c) che gli effetti dell’impedimento non avrebbero potuto essere ragionevolmente evitati o superati dalla Parte interessata” (si vedano in merito, F. BORTOLOTTI, *ICC Force Majeure and Hardship Clauses*, ICC International Chamber of Commerce, marzo 2020; nonché FA. BENATTI, *op. cit.*, 201). Del pari l’art. 7.1.7 dei Principi Unidroit in Materia di Contratti Commerciali Internazionali del 2016 identifica la forza maggiore come le “circostanze estranee alla [sua] sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuta a prevedere tale impedimento al momento della conclusione del contratto o ad evitare o superare l’impedimento stesso o le sue conseguenze”.

²⁹ Si vedano R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1687, note 110 e 111 e FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., p. 207.

ambito strettamente antagonistico, ma piuttosto come uno scenario all'interno del quale dare per immanenti, e quindi promuovere, approcci cooperativi, che invitino a dedicare sempre maggior attenzione al monitoraggio e alla conseguente gestione delle alterazioni che possono interessare il cosiddetto "rischio contrattuale"³⁰.

In questa prospettiva, pertanto gli operatori del commercio internazionale hanno contribuito alla elaborazione della c.d. *Doctrine of frustration*³¹ e da un punto di vista applicativo alla diffusione spesso in associazione con la nozione di "forza maggiore", delle clausole di adeguamento di c.d. *Hardship*. Una locuzione che richiama un ampio ventaglio di circostanze sopravvenute rispetto al momento della conclusione dell'accordo che ne alterano l'originario equilibrio e ne rendono difficile l'esecuzione³². Clausole di autentica rinegoziazione, quelle di *Hardship*, così frequenti che sono poi entrate nel testo dei Principi dei contratti del commercio internazionale (cfr. l'art. 6.2.3) e hanno influenzato i redattori del progetto di codice civile europeo (art. 6.111) che hanno previsto in caso di mutamento delle circostanze tali da rendere eccessivamente onerosa la prestazione – l'obbligo di rinegoziazione dell'accordo e, in mancanza, l'intervento del giudice a fini manutentivi del medesimo contratto³³.

Questi ultimi rilievi consigliano quindi di svolgere costantemente delle analisi – parrebbe in realtà trattarsi di una ulteriore e rilevante forma di *risk assessment* e conseguente *risk management* – che richiamino maggiore sensibilità sul versante delle conseguenze socio-economiche delle sopravvenienze sperequative ed inducano a riflettere non soltanto sulla razionalità giuridica, ma anche sulla razionalità

³⁰ Sul punto R. FORNASARI, *op. cit.*, 1663, nota 9.

³¹ In proposito, senza pretesa di completezza, R. FORNASARI, *op. cit.*, 1675, nota 62; FA. BENATTI, *op. cit.*, 203, nota 19 e già V. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e frustration of contract (in margine ad un "caso di Suez")*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, I, 1239 ss. Il contributo ha preso spunto da un evento originato dalla chiusura del canale di Suez, un fenomeno riverificatosi anche nel marzo 2021 a seguito dell'arenarsi della nave porta container *Ever Givens*.

³² A. FRIGNANI, *Le hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 681 ss.; M. FONTAINE, *The Evolution of the Rules on Hardship*, in F. BORTOLOTTI-D. UFOT (ed.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, Paris, 2018, 3 ss.

³³ G. ALPA, *op. cit.*, 723, note 7 e 8.

economica del percorso contrattuale. Un percorso – da tenere sotto esame – che presuppone un controllo sulla proporzionalità delle contrapposte relazioni³⁴.

Una proporzionalità da escludersi in casi di marcato loro squilibrio – anche transitorio – nella fase di esecuzione³⁵.

Le sopravvenienze creano, infatti, sproporzione tra le prestazioni e la sproporzione determina non soltanto la perdita di interesse della parte svantaggiata, ma addirittura potrebbe far venir meno la meritevolezza degli effetti del contratto originario, se si ragiona in dimensione economico-sociale.

Il contratto potrebbe, cioè, apparire lecito, ma non più idoneo a realizzare gli interessi effettivi delle parti.

Come si tornerà a dire, occorrerebbe passare dall'esame del rapporto negoziale ad una valutazione del sistema nel suo complesso. Ne discende che il contratto e le sue clausole – lo si vedrà ancora più avanti – anche quelle c.d. *multi-tiered* o *multi-steps* riguardanti le modalità di risoluzione non soltanto delle controversie, ma anche degli stalli e degli *stress* contrattuali in genere, andranno viste non come un punto di arrivo intangibile e cristallizzato, bensì come il momento di una relazione che prioritariamente deve poter continuare a produrre i suoi effetti in maniera rimodulata. Come è stato rimarcato occorrerebbe passare dalla visione del “contratto-fine”, alla distinta dimensione, verso la quale le parti andrebbero accompagnate, del “contratto-ponte”.

Lungo questa direttrice, si sono ormai da tempo orientati i fautori della *Relational Theory of Contract* e tutti coloro che propendono per forme di interpretazione funzionale³⁶, incentrate – come si è rammentato poc'anzi – su vedute che passano dal piano della relazione al piano del sistema, rispetto alla risoluzione dei problemi in dimensione pragmatico-conservativa, piuttosto che dare prevalenza a indirizzi formalistici.

³⁴ Tar Lazio, 1 agosto 2005, n. 6056 già parlava di “alterazione del sinallagma di proporzionalità”.

³⁵ C. SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, in *Lex Social*, vol. 7, num 1 (2017), 538 ss.

³⁶ Si veda, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, R. FORNASARI, *op. cit.*, 1662, nota 4.

La stessa nozione di sinallagma sottintende un indice relazionale e imporrebbe la conservazione della sua originaria simmetria anche in presenza di inadempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore.

Le parti – soprattutto se si tratta di imprenditori come accade nell’angolo visuale che si sta privilegiando – non guardano soltanto in modo miope all’adempimento delle singole e rispettive obbligazioni, esse considerano la realizzazione del programma contrattuale, che si sostanzia in una attività di gestione del rapporto che richiede monitoraggi e manutenzioni.

5. Continua: la regolamentazione delle sopravvenienze nei contratti di Take or Pay e nei patti parasociali.

Sempre ed ancora nel settore del commercio internazionale e principalmente nell’ambito di alcune tipologie particolari di contratti di fornitura – è emblematico il settore dei cosiddetti contratti di *Take or Pay*³⁷ – il tema delle sopravvenienze viene praticamente considerato come un evento tutt’altro che eccezionale. E soprattutto in quei frangenti vengono abitualmente pattuiti meccanismi specifici di aggiustamento del corrispettivo o comunque di risoluzione delle problematiche insorte nel piano della esecuzione del rapporto, all’insegna, in principalità, della rimodulazione degli accordi originali, assicurando il tratto espresso della continuità.

Sembra questo il viatico – se si vuol provare a reperire un valore dell’ordinamento – per fare emergere la centralità di una obbligazione a rinegoziare (e del corrispondente diritto a pretendere la “continuità contrattuale”) anche come percorso in grado di porre rimedio a congiunture sfavorevoli, evitando che si radichino negatività che possono trasformarsi in elementi di debolezza strutturale di interesse filiere produttive e dei relativi mercati.

Una centralità da guadagnare a scapito dei ruoli tradizionalmente occupati da istituti e/o rimedi invocabili dalla disciplina generale dei

³⁷ Su questo tema sia permesso rinviare a E. RIMINI, *Profili giuridici dei contratti con clausole “Take or Pay” nei rapporti di fornitura a lungo termine nel mercato del gas naturale*, in *Società, Banche e Crisi d’impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, vol. 1, Torino, 2015, 127 ss.

contratti e riguardanti la gestione delle sopravvenienze in prospettiva soltanto demolitoria. Ci si riferisce alla invocabilità della clausola di forza maggiore, della *exceptio doli generalis*³⁸, della presupposizione (uno strumento di estrazione giurisprudenziale che - come si è già anticipato - ha avuto il merito di fare emergere le c.d. sopravvenienze atipiche) e dei percorsi incentrati sul difetto della causa in concreto³⁹, da verificarsi non solo nella fase genetica e precontrattuale, ma anche nella fase di esecuzione del contratto.

Tutte teorie che mostrano alcuni denominatori comuni, rappresentati, appunto, dalla buona fede oggettiva, in chiave tanto integrativa (*ex artt. 1374 e 1375 c.c.*), quanto valutativa (*ex art. 1460, secondo comma, c.c.*) e dalla causa in concreto, quale fondamento per superare i conflitti in atto attraverso le sue assai svariate modalità di concretizzazione nei casi pratici che coinvolgono come è stato recentemente ricordato, “senza pretesa di completezza e senza l’ordine di apparizione sulla scena, i valori, la buona fede, la solidarietà, i principi costituzionali, la congruità dello scambio, l’adeguatezza delle reciproche prestazioni, l’equità, l’equilibrio delle posizioni delle parti, la ragionevolezza, la razionalità e la proporzionalità”⁴⁰, ma pur sempre in una dimensione demolitoria, che non giova all’interesse delle parti (men che meno al contraente momentaneamente più debole) e da ultimo al sistema nel suo complesso.

Occorre quindi insistere su quell’orientamento che valorizzando l’ispirazione solidaristica che la Costituzione, con l’art. 2, infonde alla

³⁸ La quale utilizza la buona fede in funzione valutativa come strumento di controllo dell’autonomia privata: si veda A. GEMMA, *op. cit.*, p. 749, nota 28 e in termini più generali, A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, Milano, 1998.

³⁹ Sul tema della causa in concreto, senza alcuna pretesa di completezza, A. GEMMA, *op. cit.*, 736, 739; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo non compiacente né reticente con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 957 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 589 ss.; V. DE LORENZI, *Clausole claims made, interesse meritevole di tutela, causa concreta e vuoti di copertura assicurativa*, in *Riv. ass.*, 2020, I, 533 ss.; nonché CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, 13.

⁴⁰ Letteralmente F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2021, I, p. 13 ss., che comunque propende per “porre limiti” alla definizione e concretizzazione della causa in concreto.

disciplina del contratto⁴¹, ritiene che quest'ultimo sia “innervato” dal principio, certamente “solidaristico”, dell'andare in soccorso delle altrui sofferenze per mitigarle⁴² e conduca se non verso un suo salvataggio integrale, verso la concezione che anche il contratto, al pari di altri meccanismi articolati, abbia bisogno fisiologicamente di momenti di manutenzione che possono determinare sostituzioni di alcune delle sue componenti.

Veri e propri “tagliandi”, che possano permettere di proseguire la marcia pure in condizioni avverse, non regolate aprioristicamente, attraverso la distribuzione delle negatività emerse, salvando così il rapporto possibilmente secondo il criterio dell'equo contemperamento degli interessi delle parti *ex art. 1371 c.c.*⁴³.

Un cambio di approccio che, valorizzando l'analisi di economica del diritto dei contratti, sostituisca alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione, tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sul bilanciamento delle prestazioni.

Un cambio di approccio che conduca – secondo alcuni – alla elaborazione del nuovo concetto di “giustizia contrattuale”, in grado di contrapporsi alla “legalità formale”⁴⁴.

Come è già stato sottolineato, però, il tema della rinegoziazione – e della sua rintracciabilità come valore dell'ordinamento – non finisce con la sua evocazione. Inizia qui, piuttosto⁴⁵. In altri termini: ciò che conta è il risultato, non il tentativo di conseguirlo.

La rinegoziazione non è, insomma, qualificabile come un approdo finale, è piuttosto una tappa intermedia, con la quale la autonomia privata deve confrontarsi con – più verosimilmente – o senza, l'aiuto di

⁴¹ A. GEMMA, *op. cit.*, p. 737, *contra*, F. BENATTI *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., p. 14.

⁴² A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 5.

⁴³ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 5.

⁴⁴ V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica del diritto*, 2007, 451 ss. ID., *Contrastare le diseguaglianze nelle relazioni contrattuali. Tra diritto comune dei contratti e diritto dei mercati*, in *Questione giustizia*, 2020, I, 32 ss.; F. MACARIO, *Soppravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, Bologna, 2007, 179 ss.; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 23. *contra* F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., 12, nota 26.

⁴⁵ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, par. 3.

specialisti, di estrazione multidisciplinare. Con espressioni ancora più chiare, è stato rimarcato che “il vero problema della tesi della sussistenza di un obbligo di rinegoziazione è il suo fallimento”⁴⁶.

Tuttavia – sempre per continuare a ragionare all’interno della appena abbozzata metafora – occorre dare per scontato che non sempre le manutenzioni “fai da te” possano conseguire lo scopo prefissato. Il tema cruciale diventa pertanto quello della individuazione delle modalità con le quali assorbire l’evento sopravvenuto in tutti quei casi in cui tale risultato non è stato concretamente raggiunto. In un mondo ideale, le parti dovrebbero poter essere in grado di formulare *a priori* in modo molto attento e scrupoloso le clausole negoziali regolanti le sopravvenienze⁴⁷, con l’obiettivo di contribuire – per lo meno – alla emersione di parametri-guida per la loro gestione⁴⁸.

Per lo studioso di diritto commerciale, l’esperienza maturata in materia di redazione dei patti parasociali è indicativa di come in alcuni particolari settori le parti abbiano già dato dimostrazione di grande autonomia, flessibilità e soprattutto capacità nello scegliere non soltanto gli eventi da dotare di rilevanza – caratterizzati dai profili “straordinarietà” ai quali già si è fatto cenno (autentici casi di “sopravvenienze ampliative”); ma soprattutto – per quel che maggiormente interessa – come fronteggiarli.

Come è noto, ci sono regole che definiscono obiettivi e li risolvono e regole che si limitano a definire procedimenti, che dovrebbero, per un

⁴⁶ Si veda ancora F. BENATTI, *op. cit.*, 15 s. e nota 34.

⁴⁷ FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 200 e 204, sottolinea l’importanza della fase del c.d. *drafting* e le criticità che rendono non agevole il superamento del testo contrattuale anche in presenza di regole generali applicabili, a maggior ragione se sussistono le c.d. *entire agreement clauses*, derivanti dal non definire con la dovuta precisione le pattuizioni rilevanti, soprattutto per la frequente utilizzazione di modelli standard, densi di disposizioni ambigue o troppo generiche forse con l’intenzione di lasciare al momento di un eventuale contenzioso la loro chiarificazione.

⁴⁸ La creatività degli operatori ha ormai da qualche tempo delineato nuovi modelli di soluzioni negoziali per considerare – soprattutto attraverso le c.d. clausole MAC – *Material Adverse Changes* – sopravvenienze non prevedibili o comunque non previste. In argomento S. GARCIA LONG, *Un Big MAC per favor. La clausola MAC en fusiones y adquisiciones*, Lima, 2016. In ogni caso potrebbero emergere parametri-guida che potrebbero essere più agevolmente individuati nei singoli casi concreti ogniqualvolta il giudice sia in grado di capire a che punto e per quali ragioni il percorso di rinegoziazione si sia interrotto.

verso, scongiurare gli abusi (come, ad esempio, l'intraprendere trattative maliziose, senza avere, cioè, alcuna seria intenzione di modificare il contratto originario) e, per altro verso, salvaguardare il principio di uguaglianza e quindi anche quello della parità di trattamento di coloro che si trovano sulla stessa linea di partenza.

In questa seconda ipotesi risulta frequente la previsione dell'obbligo di intraprendere delle negoziazioni amichevoli ed a tappe successive, per superare gli stalli decisionali in grado perciò solo di far comprendere - alle parti e se del caso al giudice - a che punto e per quali ragioni il percorso di "rinegoziazione" si sia interrotto.

Anche in questo frangente - è fuori di dubbio - le consuetudini maturate nel campo del commercio internazionale sono state ritenute delle rilevanti fonti di ispirazione, specialmente sul versante dei sempre più diffusi percorsi di "procedimentalizzazione" e del dibattito sviluppatosi sulla loro tenuta e soprattutto della loro *enforceability*.

Ci si intende riferire in prima battuta, ma non solo, alle già richiamate c.d. *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*⁴⁹ che sono sostanzialmente strutturate su momenti distinti, indipendenti gli uni dagli altri e comunque progressivi, che prevedono diversi modi di affrontare il tema del superamento di crisi contrattuali anche momentanee e non necessariamente molto rilevanti. Quelle clausole che possono ricomprendere nel loro complesso lo *stage* o appunto il *tier* della negoziazione, quello della mediazione, quello dell'arbitraggio affidato ad un esperto ed in ultima istanza quello dell'apertura di un procedimento arbitrale, da intendersi non come un momento traumatico, ma come una fase, quasi fisiologica, della evoluzione del rapporto negoziale.

In seconda battuta, meritano anche di essere ricordate sia la c.d. *Market Economically Clause*, quella clausola in base alla quale durante l'esecuzione di un contratto pluriennale di fornitura deve essere sempre assicurata pure al compratore (dunque non solo al venditore, che

⁴⁹ In argomento, senza pretese di completezza, D. KAYALI, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, 6 *Journ. Int. Arb.*, 2010, 551 ss., C. OETIKER - C. WALZ, *Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland*, in ASA Bulletin, 2017, Vol. 35, fasc. 4, p. 872, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2014, 278 ss.; M. PRYLES, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, in A. J. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, in *ICCA International Arbitration*, L'Aia, 2001, 24 ss.

solitamente si trova nella condizione economicamente più favorevole) la possibilità di mantenere nel corso di tutta la relazione negoziale *a sustainable margin*⁵⁰, sia la *Profit-Sharing Clause*, quella clausola che consente anche al venditore di pretendere una revisione del corrispettivo ogniqualvolta ritenga che il compratore stia ottenendo – sempre in applicazione della clausola *Take or Pay* in atto – più vantaggi di quanto non sia equo ritenere⁵¹.

In terza battuta, merita di essere ricordata la non rara applicazione, a testimonianza della volontà di ricercare percorsi procedurali particolarmente snelli, anche se non privi di rischi (ma proprio tale constatazione rappresenta un effettivo incentivo per tutte le parti a risolvere presto e possibilmente bene tra loro la situazione di *stress* emersa), della prassi arbitrale internazionale nota con l'appellativo di *Baseball Arbitration*.

Quella prassi in virtù della quale – tramite la preventiva e spontanea condivisione di uno specifico accordo compromissorio – ogni parte sottopone preventivamente al Collegio Arbitrale designato una propria proposta di soluzione della disputa ed il Collegio Arbitrale si limita, con rapidità e snellezza di procedura, a scegliere una delle due proposte di superamento dell'*impasse* esecutivo formulata dalle parti, senza possibilità di modificarla in alcun modo. L'alternativa, secca ed altrettanto rapida, di scegliere una delle due proposte di soluzione, senza possibilità di modulazioni di sorta, dovrebbe indurre ciascuna parte a presentare agli Arbitri, senza troppe riserve e tatticismi, una proposta di decisione ragionevole ed equilibrata, posto che se così non si operasse, il rischio di veder accolta la proposta di soluzione della

⁵⁰ In questo caso l'onere della prova circa la non economicità del rapporto in un certo periodo storico grava sulla parte che intende avvalersi della previsione che permette, non a caso, soltanto al ricorrere di alcune precise condizioni, di rivedere i corrispettivi originariamente concordati. Si rinvia ancora a E. RIMINI, *op. cit.*, p. 130 ss.

⁵¹ Del resto, nei testi contrattuali redatti quasi sempre in lingua inglese, si incontrano espressioni – autentici *standard* – quali *reasonable rate of return* o *reasonable margin* che sono la rappresentazione del fatto che alla base di ogni contratto – specie se riguardante il commercio internazionale – debba essere garantito – come se si trattasse di un principio cardine ed irrinunciabile di una moderna *lex mercatoria* – un equilibrio tra le diverse posizioni negoziali. Nuovamente si rinvia a E. RIMINI, *op. cit.*, 134.

disputa formulata dalla controparte sarebbe elevatissimo, in pratica una certezza vera e propria⁵².

6. *La rinegoziazione: l'indispensabile aiuto di commissioni tecniche composte da professionisti neutrali ed i limiti sul versante della c.d. enforceability.*

Tanto premesso, ed a prescindere dalle a mio avviso preziose indicazioni che si possono trarre dall'esperienza del commercio internazionale, in piena emergenza epidemiologica, è stato efficacemente rimarcato che quando le parti non riescono a "rinegoziare" da sole, quando non riescono a costruire i termini contenutistici di prestazioni di ordine sostitutivo, allora sarebbe non soltanto auspicabile, ma addirittura indispensabile il ricorso a "commissioni tecniche di arbitratori", che utilizzino criteri correttivi di carattere neutrale (come – in quel contesto si suggerisce – le indagini mensili dell'Istat circa settori economici e categorie di impresa).

Collegi di "arbitratori" – è stato sottolineato – e non di arbitri, ossia non di giudici privati, ma di soggetti esperti e competenti nelle vicende dell'economia e della finanza, i quali con determinazione inappellabile e definitiva, ricostruiscono il contenuto del rapporto⁵³.

Si tratterebbe – in altri termini – di prevedere appositi organismi, specifiche strutture che forniscono non l'assistenza tipica del mediatore, ma aiuti di matrice decisoria suffragati dalla elevata professionalità e comprovata esperienza dei soggetti coinvolti in modo neutrale. Organismi e strutture che potrebbero agevolare l'emersione e la successiva raccolta di *best practices*, in taluni casi autentici protocolli

⁵² Sul punto ancora E. RIMINI, *op. cit.*, 135 s. Si segnala che esiste una variante al predetto sistema alternativo di risoluzione di controversie noto con l'espressione di c.d. *Night Baseball Arbitration* che si oppone alla versione poc'anzi descritta, invece, nota con l'espressione di *Day Baseball Arbitration*, nel primo caso il Collegio Arbitrale non conosce le proposte offerte dalle parti in busta chiusa, ma lavora "in the dark" al fine di individuare la soluzione ritenuta più congrua per una ipotetica definizione dell'*impasse* e successivamente procede a verificare quale delle due parti abbia proposto la soluzione più vicina a quella ipotizzata, scegliendola come definitiva.

⁵³ Si veda N. SALDUTTI, *Intervista a Natalino Irti. L'emergenza e il diritto. Cosa cambia nei contratti. Il rischio dell'incertezza normativa, i contenziosi e le rinegoziazioni*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2020, 41.

comportamentali in grado di essere sartorialmente adattati nelle diverse circostanze.

È sin troppo evidente che il percorso appena abbozzato si rivela sicuramente intonato ai principi di natura costituzionale, rinforzati a livello comunitario, della rilevanza sociale delle imprese e dell'interesse generale alla loro sopravvivenza, seppur con modalità e forme rivisitate, se necessario.

È altresì evidente che l'adozione di simili soluzioni non può che avere una matrice genetica di stampo volontaristico, ed esse potrebbero certamente contribuire a far diventare, attraverso incentivi e disincentivi, il comportamento più "conveniente", anche quello più "giusto", posto che quand'anche venisse ritenuto costantemente invocabile – sulla base delle tracce, di mere tracce, di indirizzi di fondo si tratta, alla prova soprattutto della giurisprudenza attuale⁵⁴, rinvenibili dal sistema – un obbligo di rinegoziazione, della sua *enforceability* occorrerebbe poi discutere⁵⁵.

E cioè ci si dovrebbe chiedere se in caso di assenza di un percorso di rinegoziazione o del suo fallimento, il giudice – in ultima istanza – possa ritenersi investito della facoltà di intervenire sul contratto e sul suo contenuto⁵⁶.

Una *enforceability* che soltanto in casi molto sporadici – pure qualora si dovesse ritenere di trovarsi al cospetto non di un solo dovere di rinegoziazione⁵⁷, ma addirittura di un obbligo a stipulare una modifica del contratto – potrebbe convincere il giudice, oltre a risarcire il danno da riferire al probabile esito della trattativa e quindi all'interesse contrattuale c.d. positivo⁵⁸, a pronunciare una sentenza

⁵⁴ Si veda CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 22, che richiama Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 e Cass., 24 settembre 1999, n. 10511.

⁵⁵ Per una recente ricognizione delle posizioni assunte all'interno di un dibattito ancora molto vivace, R. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1681 ss.

⁵⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 969 e F. MACARIO, *Adegamento e rinegoziazione*, cit., 322

⁵⁷ La cui consapevole violazione comporterebbe una responsabilità per danni limitati all'interesse negativo: A. GENTILI, *La replica delle stipule: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, II, 719 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. Impr.*, 2002, II, 814; A. CINQUE, *op. cit.*, 1713.

⁵⁸ In tal senso F. MACARIO, *op. cit.*, 403.

costitutiva degli effetti del contratto rinegoziato⁵⁹ o a pronunciare – come è stato recentemente prospettato – un provvedimento *ex art.* 614 bis c.p.c.⁶⁰.

Si tratterebbe – in estrema sintesi – di una estrema *ratio*, neppure agevolmente invocabile, che dovrebbe spingere le parti ad effettuare una valutazione anticipata del fenomeno – quanto meno sotto il profilo delle condotte da assumere – e a prevedere clausole di manutenzione dettagliate e precise, proprio per evitare l'intervento del giudice⁶¹, che sarebbe poi sempre in grado di esprimersi in termini di condanne risarcitorie.

Proprio a questo proposito, merita di essere rammentata la recente riflessione e contestuale proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia elaborata dall'Associazione dei Civilisti Italiani. In tale contesto⁶² e nel codice argentino, per

⁵⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., 1711; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 424. Un approdo francamente difficile da raggiungere poiché l'obbligo di rinegoziare è qualcosa di ben diverso da quello di concludere un contratto già predeterminato nel suo oggetto: così F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., p. 15 ss. e nota 34.

⁶⁰ A GEMMA, *op. cit.*, 747 ss.

⁶¹ Il quale avrebbe il potere di entrare nel sinallagma del rapporto negoziale: in termini generali è singolare che recentissimamente la stampa quotidiana abbia dato conto di una ricerca empirica di carattere statistico dalla quale è emerso che in Italia il crollo nella fiducia nei magistrati è passata dal 68% al 39%: cfr. N. PAGNONCELLI, *“Il crollo della fiducia nei magistrati. In 11 anni è passata dal 68% al 39%”*, in *Corriere della Sera*, 13 maggio 2021, 14. Ancora va rammentato che nella prassi soprattutto dei contratti del commercio internazionale se, da un lato, vengono inseriti parametri di riferimento flessibili per la possibile rinegoziazione in modo da offrire indicazioni dotate di una certa discrezionalità, dall'altro lato, i contraenti non prevedono possibilità di modifica da parte del giudice, proprio per una naturale diffidenza nelle sue capacità di correggere l'accordo: sul punto si rinvia a FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 204.

⁶² Occasionato dall'art. 1 lett i) del d.d.l. delega n. 1151 del 2019, si vedano in proposito F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice*, in *Ius Civile*, 2019, p. 397 ss.; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile*, in *Jus.*, 2020, 205 ss., L'Associazione dei Civilisti Italiani – dopo aver constatato che negli ultimi vent'anni il tema della rinegoziazione e quello contiguo e più problematico dell'obbligo di rinegoziazione è stato affrontato da numerosi studiosi in vario modo e con diverse, e talora antitetiche, conclusioni – ha, infatti, insistito, facendo leva sulle recenti esperienze di codificazione delle sopravvenienze nel codice francese. Sul tema si veda FA. BENATTI, *L'imprévision nel code civil riformato*, in *Giur. It.*, 2018, II, 1302 ss., che

l’inserimento all’interno della prevista riforma del codice civile, di un nuovo art. 1468 bis, che consenta alla parte pregiudicata dalle sopravvenienze di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali⁶³.

Ma anche in questa occasione si è correttamente dubitato delle opportunità di affidare in ultima istanza al giudice, il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali. E ciò sia per l’eccessiva compressione che avrebbero subito i principi dell’autonomia privata e della libertà – costituzionalmente garantita – di iniziativa economica, sia per le perplessità manifestate soprattutto dalle dottrine di indirizzo gius-economico, a proposito della idoneità del giudice a fare il contratto⁶⁴. Il contratto è un’operazione tra due parti contrapposte che si rifanno – sempre che non ricorrano casi di scorrettezza o frode – alla prassi degli affari che concludono e sarebbe difficile immaginare che il giudice possa sempre conoscere i bisogni, le aspettative, le prospettive ed i programmi di ciascuno⁶⁵.

L’attribuzione di un simile potere di intervento proattivo al giudice di fronte a sopravvenienze tipiche e/o atipiche (ovvero l’affidamento a quest’ultimo del governo della rimodulazione attraverso interventi eteronomi di integrazione del contratto divenuto iniquo) neppure per il tramite della teorizzazione in chiave di risoluzione del conflitto della equità giudiziale *ex art. 1374 c.c.* – eleverebbe, in uno scenario di sicuramente nobili intenzioni, a strumento rimediale generale, un rimedio residuale e di incerta applicazione⁶⁶.

rammenta a p. 1304 anche il contenuto dell’art. 1271 del codice civile rumeno del 2011, precedente alla novella transalpina del 2016.

⁶³ Si veda anche F. MACARIO, *Dalla risoluzione all’adeguamento del contratto. Appunti sul prospetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro.it*, 2020, 3, V, 102.

⁶⁴ Sul tema A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1714 ss., note 89 e 90.

⁶⁵ In tal senso anche FA. BENATTI, *Contratto e Covid-19*, cit., 209.

⁶⁶ Tanto più che se potesse essere immaginato un vero e proprio obbligo a concludere un contratto modificativo il cui contenuto venga rimesso puramente e semplicemente ad una successiva determinazione da parte del giudice, una simile pattuizione dovrebbe comunque ritenersi nulla per indeterminabilità del suo oggetto: così P. RESCIGNO, *L’adeguamento del contratto nel diritto italiano*, p. 305 e M. P. PIGNALOSA, *Clausola di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, II, 422.

Non appare dunque esserci spazio per un *endorsement* in bianco al giudice che dovrebbe effettuare solo valutazioni “di conformità” e non potrebbe superare il precetto di cui all’art. 1372 c.c. secondo cui il contratto non solo ha forza di legge tra le parti, ma soprattutto può essere sciolto soltanto per mutuo consenso o per la ricorrenza di cause ammesse dalla legge.

Inoltre, ragionando in quest’ottica, non si potrebbero escludere rischiose derive verso l’imboccatura di soluzioni pretorie imprevedibili, con incrinatura del principio di non retrattabilità su impulso unilaterale, del consenso validamente prestato. In altre parole, il giudice potrebbe inserirsi nella relazione negoziale unicamente quando dal contratto risultino indici “certi” per una soluzione “sicura”⁶⁷.

Al riguardo è stato, infatti, correttamente notato che neppure la pandemia è in grado di legittimare una “giustizia emergenziale del contratto”. I rapporti rilevanti, come si è già ricordato, sono pur sempre rapporti tra imprenditori e l’equilibrio rinnovato, se le parti non riescono da sole, va ritrovato con l’aiuto di competenze e *skills* multidisciplinari.

Anche in presenza di mercati sfigurati dal Covid non ci dovrebbero essere contraenti immuni⁶⁸.

⁶⁷ Testualmente, F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., 16. Il criterio del mercato rappresenterebbe, in definitiva, un’altra alterazione del rapporto, analoga alla sopravvenienza. Di conseguenza – ad avviso di A. CINQUE, *op. cit.*, p. 1718 – si arriverebbe al risultato di sostituire “un male con un altro male”. Del resto, N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 71, ha ben chiarito che il diritto non prescrive, né controlla gli scopi dei singoli atti negoziali, ma nel regolarne forma e modalità, tutela la libertà e la consapevolezza della decisione ed ha anche avuto occasione di aggiungere – ID., *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 563 ss. – che il contenuto del contratto non può definirsi né giusto, né ingiusto, nella misura in cui siano state rispettate le regole che presiedono alla sua formazione.

⁶⁸ Da ultimo – e per completezza – va osservato che gli ostacoli appena menzionati non sono considerati insuperabili da coloro che attribuiscono alla rinegoziazione la portata di un obbligo legale discendente dalla natura imperativa della buona fede che imporrebbe nei rapporti di durata la manutenzione del vincolo contrattuale mediante quelle modificazioni del regolamento negoziale idonee a contrastare gli effetti negativi delle circostanze sopravvenute che abbiano i già rimarcati caratteri della straordinarietà e della imprevedibilità. Secondo questa corrente di pensiero (G. SICCHIERO, *op. cit.*, 777 ss.; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI MASSIMARIO E DEL RUOLO, *op. cit.*, p. 17) sarebbe infatti rintracciabile nel sistema

l'esigenza di valutare le congruità dei fatti sopravvenuti rispetto all'equilibrio economico del contratto e dunque di riconsiderare le conseguenti ripartizioni dei rischi e dei costi.