

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2020

[rivista.dirittobancario.it](http://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, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, 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 ABBAIA 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



## **Clausole di forza maggiore, di «hardship» e di «assenza di effetti sfavorevoli»: riflessioni ai tempi della “grande epidemia”.**

**SOMMARIO:** 1. Alcune considerazioni preliminari. – 2. Le clausole di forza maggiore e di «hardship»: una distinzione tutt’altro che semplice (anche ai tempi del Covid-19). – 3. Gli elementi “minimi” comuni alle clausole di forza maggiore e altre problematiche di recente emersione. – 4. Due approcci a confronto: i principi dell’*European Law Institute* e le clausole dell’*International Chamber of Commerce* di fronte all’emergenza. – 5. Alcune riflessioni sulla clausola di «hardship». In particolare: sussiste un obbligo di rinegoziazione? – 6. Ancora a proposito di allocazione del rischio: la diversa prospettiva della clausola «M.A.C.». – 7. Conclusioni.

### *1. Alcune considerazioni preliminari*

Le attuali e drammatiche circostanze relative al diffondersi dell’epidemia del «Covid-19» rappresentano un’occasione per svolgere alcune riflessioni – su profili vecchi e nuovi – in merito a quelle previsioni pattizie finalizzate a salvaguardare una delle parti di un *contratto commerciale* – tendenzialmente di durata o ad esecuzione non immediata – qualora si verificassero situazioni, imprevedibili al momento della conclusione dell’accordo, tali da rendere impossibile (o molto complessa) l’esecuzione dell’obbligazione caratteristica o da squilibrare in modo significativo il sinallagma contrattuale in misura tale da rendere tale obbligazione eccessivamente onerosa per una delle parti. Queste situazioni si possono ovviamente verificare con riferimento tanto a contratti regolati dalla legge domestica quanto in accordi che vedano, quali parti, persone fisiche o enti appartenenti a giurisdizioni diverse e, quali fonti regolatrici del contratto, *leggi diverse* da quelle in cui opera il soggetto che intenderebbe salvaguardare la propria posizione contrattuale o, addirittura, *fonti sovranazionali* di diritto uniforme<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Si tratta di un tema particolarmente complesso ed articolato a cui in tale sede è possibile fare solo un cenno nella misura in cui sia strumentale all’illustrazione del pensiero esposto nel saggio. Al riguardo ci si può limitare a ricordarne il fondamento che, per l’ordinamento interno, è senz’altro rappresentato dall’art. 2 della legge n. 218/1995 di riforma del sistema del diritto internazionale privato laddove si fa salva

A ben vedere, le situazioni richiamate possono verificarsi anche con riguardo a contratti che non abbiano natura strettamente commerciale e che sconfinino nell'ambito societario e finanziario. Il riferimento è, in particolare, ai *contratti di compravendita* di pacchetti azionari o di partecipazioni di società, soprattutto nel caso in cui le parti abbiano previsto un adempimento dilazionato delle obbligazioni di pagamento e, ancora, ai *contratti di finanziamento* stipulati, secondo diverse forme tecniche, da soggetti autorizzati ad erogare credito, da un lato, e imprese

---

l'applicazione di Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia. Sul punto, cfr. A. MAZZONI, *L'"Unidroit" fino agli anni '70 e i suoi contatti con i giuristi italiani del tempo*, in *Contr. Impr.*, 2016, 311-326; S.M. CARBONE, *La cooperazione tra organizzazioni internazionali nello sviluppo del diritto internazionale privato e del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 1-19; L.G. CASTELLANI, *Le iniziative dell'Uncitral ("United Nations Commission on International Trade Law" – Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale) per la promozione della CISG e delle Convenzioni correlate: prospettive italiane*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2013, 384-392A. MAZZONI, *The choice of Unidroit Principles as Rules of Law Applicable to International Shareholders' Agreements – La scelta dei Principi di Unidroit come norme giuridiche applicabili agli accordi parasociali internazionali*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, 478-490 F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2003, 284; R. GOODE, *Commercial Law in the Next Millenium*, London, 1998; P.F. SOLETTI, *I contratti del commercio internazionali tra ordinamenti statali e "lex mercatoria" – The international commercial contracts between state systems and "lex mercatoria"*, in *Dir. comm. int.*, 2017, 41-80; M.L. CHIARELLA, *Armonizzazione del diritto dei contratti: percorsi teorici e stato dell'arte - [Harmonization of contract law: theoretical pathways and state of the art]*, in *JusOnline*, 2017, 1, 92-129; M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in *Jus Civile*, 2017, 6; E. FINAZZI AGRÒ - A. VENEZIANO, *The use of the Unidroit Principles in order to interpret or supplement national contract law - utilizzo dei principi unidroit al fine di integrare o interpretare il diritto contrattuale nazionale*, in *Ann. dir. comp. e studi leg.*, 2018, 39-62; J. M. BONELL, *The law governing international commercial contracts: current deficiencies and possible remedies - il diritto in materia di contratti commerciali internazionali: attuali carenze e possibili rimedi*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 589-601; si v. altresì F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008; F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi del commercio internazionale*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto comm. dell'ec.*, XXX, Padova, 2003; nella dottrina straniera, J.M. BONELL, *The Unidroit Principle of Commercial International Contracts and the Principles of European Contract Law. A Comparison*, in R. Cranston (a cura di), *Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode*, Oxford, 1997, 91-103; C. BRUNNER, *Force Majeur and Hardship under General Contract Principles. Exemption for non-performance in International Arbitration*, The Netherlands, 2009.

che necessitino di risorse per finanziare il proprio “capitale circolante” ovvero, in alcuni più specifici casi, fondi di *private equity*, che intendano contrarre debito a servizio di acquisizioni societarie, dall’altro lato; nonché all’emissione e sottoscrizione di *prestiti obbligazionari* nell’ambito di operazioni di finanza strutturata<sup>2</sup>. Laddove, per tutti tali casi, si pone poi il problema di verificare la compatibilità tra i meccanismi finalizzati a esentare una parte dall’adempimento delle proprie obbligazioni e la natura pecuniaria delle stesse<sup>3</sup>.

S’intendono pertanto svolgere, in prima battuta, alcune considerazioni in merito all’individuazione delle principali differenze tra le clausole di forza maggiore e quelle di «hardship», per poi prendere in esame le recenti tendenze che, sotto tale profilo, si sono recentemente affacciate sul panorama internazionale in occasione della situazione emergenziale sanitaria e del suo impatto sull’autonomia privata. La parte centrale del saggio sarà invece dedicata ad affrontare la questione relativa alla sussistenza di obblighi di rinegoziazione nel caso in cui si verificano situazioni di squilibrio contrattuale. L’ultimo paragrafo avrà infine a oggetto alcune riflessioni circa il ricorso alle clausole di «assenza di effetti sfavorevoli significativi», già note alla c.d. «best practice» degli affari, sebbene periodicamente oggetto di ripensamenti e riflessioni, anche alla luce dei mutabili scenari storici e geo-politici che ne possono influenzare anche sensibilmente il contenuto.

## *2. Le clausole di forza maggiore e di «hardship»: una distinzione tutt’altro che semplice (anche ai tempi del Covid-19)*

Tali riflessioni si collegano evidentemente alle questioni concernenti il ricorso e l’individuazione delle funzioni ascrivibili a specifiche previsioni contrattuali, note da tempo alla prassi contrattuale ma fonte di numerose problematiche sia dal punto di vista del loro inquadramento sia sotto il profilo sistematico, quali le clausole di «forza

---

<sup>2</sup> Nello specifico si v. INTERNATIONAL CAPITAL MARKET ASSOCIATION (ICMA), *Icma Force Majeure Clause And The Covid-19 Pandemic*, reperibile in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), marzo 2020, dove chiarimenti circa la corretta interpretazione ed applicazione della clausola originariamente contenuta nell’ *ICMA Primary Market Handbook, Appendix A-9* in ragione dell’emergenza da Covid-19.

<sup>3</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 6 con riguardo al ricorso alle clausole «M.A.C.».

maggiore» (o, secondo la dizione internazionale, di «force majeure»), le clausole di c.d. «hardship»<sup>4</sup> e, infine, quelle che regolano l'«assenza di effetti sfavorevoli» (note anche con l'acronimo «M.A.C.», ossia «material adverse change»)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> U. DRAETTA, *Les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 297 ss., laddove, a proposito del rapporto tra le due clausole, l'a. chiarisce che «ne pourra jamais être tranchée d'une façon définitive, dar les différents législateurs, au niveau national et international, sans doute nuanceront toujours leur solutions à la faveur de l'un ou l'autre des deux principes selon les différentes traditions juridiques qui les caractérisent»; F. BORTOLOTTI, *Le clausole di forza maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla "ICC Force Majeure Clause 2003"*, nota a Trib. Busto Arsizio 13 dicembre 2001, in *Dir. comm. int.*, 2004, 3-24; nonché a T. SHABUROVA, *Force majeure as a way to mitigate company's risks: comparison between Common law, Fidic, Italian and Russian Law – "Force majeure" una via per mitigare il rischio d'impresa: una comparazione tra "Common law", Fidic, e ordinamento italiano e russo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 69-76; A. MAZZONI, *Cause di esonero nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili e "force majeure" nei contratti internazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 539-573; D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 23-40; A. BARENGHI, *A proposito della forza maggiore*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 365-379; con specifico riguardo alla clausola di «hardship», v. il saggio di D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della "hardship clause" nel diritto positivo italiano*, in *Contr. Impr.*, 2013, 951-987; nonché A. FRIGNANI, *Le hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione del rischio negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 680-712.

<sup>5</sup> La letteratura italiana non ha trattato in modo esteso le questioni connesse con l'utilizzo della clausola «MAC» fatta eccezione per alcuni contributi tra cui, *in primis*, si v. i riff. in G. DE NOVA, *The Sale and Purchase Agreement. Un contratto commentato*, Torino, 2019, 197 ss.; ID., *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 47 ss., sulla difficoltà in particolare di ricondurre istituti o regole importate da altri ordinamenti alle norme di quello interno; M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, 251; L. RENNA, *Le ulteriori clausole pattuite tra venditore e acquirente*, in *Compravendita di partecipazioni sociali. Dalla lettera di intenti al closing*, Bologna, 2015, 267 ss.; A.A. SCHWARZ, *A "Standard Clause Analysis" Of The Frustration Doctrine And The Material Adverse Change Clause*, in *57 University of California Law Review* 789 (2010), 789 ss.; K.A. ADAMS, *A Legal Usage Analysis of "Material Adverse Change" Provisions*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 10, 1, 2004, 9-53; S.M. DAVIDOFF, *Gods at War: Shotgun Takeovers, Government by Deal, and the Private Equity Implosion*, New Jersey, 2009, 47-73; nella giurisprudenza straniera, v. *England & Wales High Court* nel caso *Levison v. Farin* ([1977] 2 All ER 1149) che tuttavia costituisce ancora oggi un *leading case* in materia; nella giurisprudenza americana, da ultimo, si ricordi la pronuncia della Delaware Court of Chancery nel caso *Akorn, Inc.*

Si tratta di previsioni contrattuali aventi, come anticipato, funzioni e caratteristiche differenti, accomunate tuttavia – almeno da un punto di vista generale – quanto meno da tre caratteristiche: da un lato, dalla funzione generale, a ciascuna di essa ascrivibile, di tutelare la parte che – in ragione della situazione imprevedibile venutasi a verificare – si venga a trovare in una posizione di debolezza rispetto alla corretta esecuzione degli obblighi contrattuali a suo carico; dall’altro lato, dall’adattabilità a contesti differenti, rispetto ai quali non ci si intende riferire esclusivamente alla dimensione domestica o internazionale in cui se ne può fare ricorso, ma altresì alla loro idoneità ad essere contemplate in contratti aventi natura tra loro differente e, inoltre, nella possibilità di mutare, nella loro concreta formulazione, in dipendenza di vari fattori tra cui va senz’altro ricordato lo specifico momento storico in cui vengono negoziate ed incluse nella trama contrattuale, come è stato ben messo in luce anche dalla letteratura straniera<sup>6</sup>.

In un’ottica ancora diversa, poi, tutte queste previsioni – quanto meno quando siano riferibili a rapporti contrattuali «B-2B» – finiscono per esaurire la loro funzione in uno specifico – e spesso assai sofisticato – strumento di (ri-allocazione) del rischio d’impresa. Tali funzioni si manifestano chiaramente nel caso in cui ricorrano eventi idonei ad

---

v. *Fresenius Kabi AG*, C.A. Nr. 2018-0300-JTL (del. Ch. 1. October 2018); sul significato di «material» secondo la giurisprudenza americana, v. il *leading case IBP, Inc. Shareholders Litigation v. Tyson Foods, Inc.*, 789 A.2d 14 (Del. Ch. 2001) che vi si riferisce come «any adverse change that would have had an effect on a given decision» da valutarsi «from the longer-term perspective of the reasonable acquiror»; nonchè tra gli altri fondamentali casi in cui i giudici sono stati chiamati a decider sull’attivazione della clausola cfr. *Frontier Oil Corp. v. Holly Corp.*, 2005 Del. Ch. (April 29, 2005); *S.C. Johnson & Son, Inc. v. DowBrands, Inc.*, 167 F. Supp. 2d 657 (D. Del. 2001); *Goodman Mfg. Co. v. Raytheon*, 1999 U.S. Dist. (S.D.N.Y. Aug. 31, 1999); *Pacheco v. Cambridge Technology Partners*, 85 F.Supp.2d 69 (D. Mass. 2000); *In re Digital Resource, LLC*, 246 B.R. 351 (8th Cir. B.A.P. Mar 31, 2000); *Pan Am Corp. v. Delta Airlines*, 175 B.R. 438, 492-493 (S.D.N.Y. 1994); *Pine State Creamery Co. v. Land-O-Sun Dairies*, 201 F.3d 437 (4th Cir. 1999); *Polycast Technology Corp. v. Uniroyal, Inc.*, 792 F. Supp. 244 (S.D.N.Y. 1992); *Raskin v. Birmingham Steel Corp.*, Del. Ch., 1999 WL 193326 (Dec. 4, 1990); *Bear Stearns Co. v. Jardine Strategic Holdings*, No. 31371187, slip. op. (N.Y. Sup. June 17, 1988), aff’d mem., 143 A.D. 2d 1073, 533 N.Y.S. 2d 167 (App. Div. 1988).

<sup>6</sup> In questi termini, cfr. R. HOOLEY, *Material Adverse Change Clauses after 9/11*, in S. Worthington (a cura di), *Commercial Law and Commercial Practice*, Oxford - Portland, 2003, 305-334.

incidere sull'«ordinary course of business» e, in particolare, sulla capacità di regolare adempimento quanto meno di una delle parti del contratto; in tale senso, è quasi banale richiamare la circostanza che il diffondersi di un *virus*, che ha poi dato luogo a una «pandemia», su scala pertanto mondiale, possa avere tutte le caratteristiche per provocare i menzionati effetti sul programma contrattuale convenuto tra le parti<sup>7</sup>.

A tale riguardo – limitando per un momento il discorso alle clausole di forza maggiore e di *hardship* – è possibile svolgere due riflessioni, la prima delle quali dedicata proprio all'*evento* attorno al quale sono generalmente formulate tali previsioni per verificare quali *caratteristiche* lo devono connotare ai fini di un corretto funzionamento delle previsioni in cui è richiamato. Il punto non consente di dare una risposta definitiva in quanto gli elementi caratterizzanti la «forza maggiore» e l'«*hardship*», qualora siano oggetto di una specifica disciplina, variano da giurisdizione a giurisdizione, finendo per essere dipendenti dalla legge applicabile al contratto<sup>8</sup>. Le due nozioni, inoltre, non sono nemmeno prese in considerazione dal diritto positivo di molti ordinamenti come accade per quello interno, nonché per quelli inglese e statunitense<sup>9</sup>. Sebbene si possa convenire con l'opinione di chi ha ritenuto che vi sia un labile confine tra le due previsioni<sup>10</sup>, volendo individuare qualche tratto di differenziazione si può ancora oggi

---

<sup>7</sup> Cfr. WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, consultabile in [www.who.org](http://www.who.org).; Sottolinea il fatto che si tratti di una tematica che incrocia il diritto civile con profili inerenti il diritto commerciale e, in particolare, i contratti d'impresa, A. MONTEVERDE, *L'incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempite e responsabilità del debitore*, in M. IRRERA (a cura di) *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020, 153.

<sup>8</sup> Ma si considerino altresì le specifiche previsioni contenute in fonti di diritto uniforme come la Convenzione di Vienna.

<sup>9</sup> Cfr. *Section 2-615 U.C.C. (Excuse by Failure of Presupposed Conditions)*; in dottrina, T.J. BERMAN, *Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade*, in *Colum. L. Rev.*, Vol. 63, No. 8 (Dec., 1963), 1413-1439; ma si ricordi che altre previsioni del BGB fanno riferimento alla forza maggiore: è il caso dei §§206 e 701 relativi alla responsabilità dell'albergatore e alla sospensione della prescrizione per l'ipotesi in cui negli ultimi sei mesi di decorrenza della prescrizione il creditore non abbia potuto agire a tutela del proprio credito per un evento di forza maggiore.

<sup>10</sup> Così, U. DRAETTA, *op. cit.*, 297 e 303 ss.

ritenere che le due previsioni operino tutto sommato in modo diverso, posto che, da una parte, la «forza maggiore» riguarda generalmente *il piano dell'adempimento* dell'obbligazione che viene resa impossibile dall'evento dedotto nel contratto (in termini più o meno specifici) e l'«hardship», dall'altra parte, ha invece tendenzialmente attinenza con il profilo relativo *all'equilibrio economico* tra prestazione e controprestazione (che diventa, a sua volta, “eccessivo” per l'accadimento medesimo). Anche sotto il profilo degli effetti sull'assetto contrattuale, inoltre, le due clausole si differenziano significativamente: la forza maggiore, infatti, tendenzialmente comporta, innanzitutto e in prima battuta, una *sospensione* delle obbligazioni in capo a una delle parti, esimendola dall'adempimento, e, solo in un secondo ed eventuale momento, la *risoluzione* del contratto (qualora l'obbligazione non possa più essere eseguita o l'altra parte vi perda interesse). La clausola di «hardship», invece, tipicamente “innesca” una rinegoziazione finalizzata a rimodulare il sinallagma per adeguarlo agli effetti discendenti dall'evento occorso.

Tanto chiarito, va evidenziato che l'ordinamento interno non contempla né una definizione di «forza maggiore» né un'espressione equivalente a quella di «hardship» la cui previsione è pertanto il frutto dell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti. Sotto tale profilo, dunque, non vi è una coincidenza né dell'una con il concetto della «impossibilità sopravvenuta» (cfr. art. 1256, comma 1, c.c.), né dell'altra con il presupposto dell'«eccessiva onerosità sopravvenuta» (art. 1457 c.c. in cui pure l'espressione ricorre)<sup>11</sup>, laddove, nel primo caso, l'elemento in comune potrebbe essere al limite rappresentato dalla natura dell'evento (per l'appunto «impossibile») e, nella seconda ipotesi, dal riferimento all'assetto economico delle parti contrattuali. Anche l'ordinamento inglese, per parte sua, non conosce alcun istituto a cui possa essere ricondotta la «forza maggiore» la cui previsione – ed estensione – è subordinata ai patti convenuti tra le parti e alla loro rispettiva forza negoziale in forza del principio della «sanctity of contract»<sup>12</sup>. Ne consegue dunque che, in assenza di una previsione

<sup>11</sup> Ma si badi che il concetto di «forza maggiore» è contemplato anche da altre previsioni del codice civile, come l'art. 1785 c.c.

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. N. NASSAR, *Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions*, Dordrecht - Boston - London, 1995, 193 ss.

espressa, l'evento imprevedibile potrà giustificare l'adempimento solo qualora si soddisfino gli stringenti requisiti della «frustration doctrine» tra i quali non è del tutto scontato che vi rientrino anche situazioni di «pandemia», come peraltro parrebbe confermato dagli orientamenti giurisprudenziali di riferimento. Secondo tale impostazione, infatti, dovrebbero più che altro ricorrere circostanze che determinino l'«illegality» dell'obbligazione<sup>13</sup> o mutamenti del quadro normativo tali da non poter essere stati valutati dalle parti del contratto come

---

<sup>13</sup> La «dottrina» è diffusa negli ordinamenti anglosassoni come rilevato da R. KILEY, *The doctrine of "Frustration"*, in *American Bar Association Journal*, Vol. 46, No. 12 (December 1960), 1292 ss.; si v. anche il risalente studio di G.J. WEBBER, *The effects of war on contracts*, London, 1946; A.A., CHUKREYEV, *The Doctrine of Frustration in English Contract Law*, in *Journal of the Higher School of Economics*, (2017), 188; quanto al Regno Unito, le corti hanno tradizionalmente respinto le nozioni di «just solution», «foundation of contract», «failure of considerazione» e «implied terms», adottando invece il *test* per verificare se sia occorso un cambiamento significativo nelle obbligazioni contrattuali: il *leading case* è rappresentato dalla decisione della *House of Lords* in *Davis Contractors Ltd. c. Fareham UDC* [1956], in *AC 675, 729*; si legga, altresì, la più recente sentenza pronunciata da Bingham LJ in *J. Laritzen AS v Wijismuller BV (The Super Servant Two)*, [1990] 1 Lloyd's Rep 1; il diritto inglese disciplina gli aspetti legati alle conseguenze della «frustration» con norme di diritto positivo: cfr. *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*. L'attuale situazione emergenziale ha reso anche il Regno Unito più sensibile rispetto al rapporto tra adempimento delle obbligazioni contrattuali e Covid-19: cfr., sul punto, UK GOVERNMENT, *Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the Covid-19 emergency*, parr. 15-19, in <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-responsible-contractual-behaviour-in-the-performance-and-enforcement-of-contracts-impacted-by-the-covid-19-emergency>.

Per un'analisi delle questioni pratiche discendenti dalla situazione emergenziale, cfr. anche R. BROOM - P. BRENNAN, *Invoking Force Majeure Due to Covid-19 under English Law*, 29 April 2020, in [www.squirepattonboggs.com](http://www.squirepattonboggs.com). Anche la dottrina italiana si è occupata della «frustration» in un'ottica comparatista: sul punto, v. ad esempio G. ALPA, *Conceptions and definitions of contract*, in U. Mattei - A. Candian - B. Pozzo - A. Monti - C. Marchetti (a cura di), *Studi in Onore di Gambaro: un giurista di successo*, Milano, 2017, 943 che sottolinea come il concetto sia corrispondente a quelli di *imprévision* in Francia, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* in Germania e che nell'ordinamento interno corrisponde sostanzialmente alla figura della *presupposizione*: sul tema, cfr. C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; v., altresì, A. BELFIORE, *La presupposizione*, Torino, 2001.

accaduto<sup>14</sup>. Ma anche tale conclusione non è suffragata da una giurisprudenza univoca. Infatti, la possibilità di riconoscere una fattispecie di «frustration» idonea a comportare la risoluzione del contratto è stata esclusa anche successivamente alla vittoria del referendum<sup>15</sup> che ha sancito la volontà del Regno Unito di uscire dall'Unione Europea come dimostrato nel recentissimo caso che ha visto coinvolta la *European Medicine Agency*<sup>16</sup>.

### 3. Gli elementi “minimi” comuni alle clausole e altre problematiche di recente emersione

Considerando la prospettiva degli *ordinamenti* nazionali e riferendosi sia al diritto positivo, sia al formante giurisprudenziale, sia al “diritto vivente” è comunque possibile individuare quanto meno un nucleo comune di requisiti “minimi” che, da una parte, parrebbe avvicinare le singole giurisdizioni e che, dall'altra parte, l'attuale situazione emergenziale sembra soddisfare pienamente: ci si riferisce, in particolare, alla circostanza che l'impossibilità di eseguire la prestazione sia (i) *sopravvenuta*, con ciò intendendosi che essa sia occorsa a valle della conclusione del contratto; (ii) *straordinaria*, secondo una valutazione di carattere oggettivo da valutarsi, pertanto e ad esempio, sulla base della diffusione o del raggio di azione della circostanza ritenuta tale; (iii) *imprevedibile*, secondo una *prospettiva soggettiva* che tenga conto della sfera di conoscenza (e di conoscibilità) della parte, avendo – ad esempio – riguardo alle caratteristiche del

---

<sup>14</sup> Cfr. J-H. HERCHENRÖDER, *Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht*, in M. Kramme – C. Baldus – M. Schmidt-Kessel (a cura di), *Brexit und die juristischen Folgen Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2017, 57 ss.; D. PAULUS, *Der „Brexit“ als Störung der „politischen“ Geschäftsgrundlage?*, *ivi*, 99; S. STIEGLER, *Der EU-Austritt Großbritanniens aus gesellschaftsrechtlicher Sicht*, 129.

<sup>15</sup> *European Union Referendum Act 2015* che ha regolato i termini del referendum consultivo del 2016.

<sup>16</sup> Il caso a cui ci si riferisce nel testo è *Canary Wharf (BP4) T1 Limited & ors v European Medicines Agency [2019] EWHC 335 (Ch)*: la *High Court of Justice* ha infatti respinto le richieste dell'EMA fondate sull'argomentazione che «...after Brexit Day145 future performance of the Lease (and payment under it) will become ultra vires for the [EMA] and so unlawful as a matter of EU law.» (cfr. par. 234 della decisione).

settore o della filiera in cui abitualmente opera, ma da valutarsi, comunque, secondo un *giudizio oggettivo*: requisiti che ben potrebbero ritenersi soddisfatti applicando un *test* prognostico *ex ante* e domandandosi se un altro debitore, con le medesime caratteristiche, sarebbe in grado di adempiere all'obbligazione; e, infine, (iv) *assoluta* o *inevitabile*: il che si ricollega, ovviamente, al concetto d'*imputabilità*, in quanto non deve essere ravvisabile in capo al debitore alcun profilo di colpa per avere contribuito allo stato d'impossibilità<sup>17</sup>, potendo poi manifestarsi in via temporanea o definitiva a seconda dei casi.

Se, tuttavia, si prendono in considerazione le fonti internazionali, la prospettiva della «forza maggiore» in parte muta, articolandosi ulteriormente. Nel caso di applicazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci (Convenzione di Vienna del 1980; d'ora innanzi, «CISG»), ad esempio, vengono in rilievo quanto meno tre profili che le fonti nazionali spesso trascurano e che sono pertanto lasciate all'autonomia delle parti tutte le volte in cui il contratto non sia assoggettabile o assoggettato alla CISG perché al fuori dell'ambito di applicazione della stessa o per scelta delle parti (c.d. «opt-out»). Per invocare l'esimente da responsabilità<sup>18</sup>, è

---

<sup>17</sup> Con riguardo all'ordinamento interno l'«impossibilità sopravvenuta» è stata oggetto di elaborazione da parte della giurisprudenza della Suprema Corte che ne ha individuato i tratti nell'imprevedibilità, nell'eccezionalità e nell'assenza di colpa nel soggetto che la invoca: cfr. sul punto, Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 1997, n. 965 che si riferisce anche all'inefficacia di qualsiasi azioni del soggetto obbligato a eliminare la forza maggiore con un approccio che avvicina il concetto di «impossibilità sopravvenuta» a quello adottato da fonti internazionali; di recente, cfr. anche Cass. civ. 19 ottobre 2006, n. 22396. Da un punto di vista di diritto comparato, si v. F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, in nota [4]; nonché J.T. BERMAN, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> L'articolo 79(5) CISG prevede tuttavia che «Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention» operando, pertanto, come esimente con riguardo a eventuali richieste di risarcimento del danno ma non, ad esempio, rispetto ad altri rimedi come quello della riduzione del prezzo (cfr., sul punto, *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, lett. F)). Non tanto diverso è l'art. 7.1.7 degli *Unidroits Principles of international Commercial Contracts*, 2010 e i *Principles of European Contract Law* 1997 (cfr. art. 8.108), laddove invece la clausole di forza maggiore predisposta dall'*International Chamber of Commerce*, nella versione del 2003 (e su cui v. *infra*, par 5) prevede – all'articolo 3 – una lista di eventi considerati come imprevedibili ai fini dell'applicazione della clausola adottando, pertanto, una tecnica parzialmente diversa da quella delle altre fonti di diritto uniforme.

sufficiente che la parte dia prova che l'inadempienza dipenda da un «impedimento» (con nozione più ampia, pertanto e almeno dal punto di vista letterale di quella di «evento imprevedibile»); dall'altro lato, tuttavia, la regola contenuta nell'articolo 79 si focalizza sul profilo dell'imputabilità della parte che invoca l'esimente in quanto se, da una parte, l'impedimento deve collocarsi al di là della sua sfera di controllo, dall'altra parte, deve anche provare che non era ragionevolmente tenuto a prevederlo al momento della conclusione del contratto o ad evitarlo o a superarne le conseguenze. Il secondo e il terzo profilo invece riguardano da una parte i rapporti con eventuali terzi e dall'altra parte gli oneri cui soggiace la parte inadempiente. Entrambi sono particolarmente importanti nell'economia della fattispecie, posto che con il *primo* si regola lo scenario – particolarmente diffuso nella compravendita internazionale e non necessariamente coincidente con l'ipotesi di collegamento negoziale<sup>19</sup> – in cui la corretta esecuzione del

---

<sup>19</sup> La giurisprudenza si è espressa più volte sulle diverse tipologie di collegamento: sul collegamento unilaterale o bilaterale si v., ad esempio, Cass. civ., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Contratti*, 2007, 897; sulla distinzione tra collegamento necessario e volontario, si v. Cass. Civ., 27 aprile 1995, in *Giur. civ.*, 1996, I, 1093. Per un inquadramento generale della nozione, generalmente fondata sul principio di autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c., si rinvia al risalente ma fondamentale saggio di G. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275, nonché al lavoro di G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche e di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 402 e agli studi monografici di G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 207 e, più di recente, di G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; F. MESSINEO, voce «Contratto collegato», in *Enc. dir.*, vol. X, Roma, 1962; F. DI SABATO, *Unità e pluralità (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412; M. R. SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. merito*, 1972, p. 149; F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 436; nonché F. BARTOLINI, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto*, in *Contratti*, 2013, 4, 339; A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel frazionamento del rapporto giuridico*, Torino, 2009, 206; A. PIRONTI, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *Contratti*, 2008, 1093; E. BATTELLI, *Il collegamento negoziale occasionale*, in *Contratti*, 2008, 132; A. ADDANTE, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contr. impr.*, 2004, 1038; F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la "sovrapposizione" contrattuale*, in *Contratti*, 2004, 118; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 71; nonché, L. SEMPLI, *Collegamento negoziale e "considerazione*

contratto principale (la compravendita) dipenda in realtà dall'adempimento, da parte di terzi, di altri contratti a monte della «filiera» e, con il secondo, si prescrive un onere di cooperazione declinato dalla CISG sotto il profilo dei flussi informativi a cui la parte inadempiente è tenuta nei confronti dell'altra parte che andrà informata non solo in merito alla sussistenza dell'impedimento ma anche con riguardo ai suoi effetti sulla sua capacità di adempimento.

Tornando alla prospettiva di partenza, può ritenersi che la situazione epidemiologica da «Covid-19» soddisfi tanto i requisiti identificati a livello nazionale quanto quelli che emergono dall'esame di fonti internazionali come la CISG. È bene tuttavia aggiungere alcune precisazioni posto che, *in primo luogo*, non è tanto l'epidemia (o questa soltanto) a determinare l'impossibilità della prestazione ovvero a creare le circostanze che si pongono al di là della sfera di controllo di una delle parti quanto, piuttosto, il contenuto di eventuali provvedimenti adottati dal legislatore (c.d. «factum principis») per fronteggiare la situazione emergenziale di cui pertanto andrà valutato, di volta in volta, l'impatto sulle singole obbligazioni (come nel caso in cui sia prescritto il divieto temporaneo di eseguire prestazioni di trasporto di merci). Ciò introduce

---

*unitaria della fattispecie*”, in *Giur. it.*, 2005, 10; S. NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, in *Giur. it.*, 2002, 1618. Per il rapporto tra collegamento negoziale e specifici tipi contrattuali (ricordando che oggi la nozione è rinvenibile nel codice del consumo (art. 34) e nella disciplina del patto di famiglia (768-*quater* c.c.), v. A. STABILINI, *Contratto di Swap (c.d. hedging) e collegamento negoziale. La residualità del ricorso ex art. 700 c.p.c.*, in *Società*, 2013, 465; F. AUTELIANO, *Contratti derivati e collegamento negoziale*, in *Contratti*, 2012, 900; F. CAMPIONE, *Contratti di Swap – tutela d'urgenza, interest rate swap e collegamento negoziale*, in *Giur. it.*, 2016, 2, 324; G. SOLINAS, *In tema di leasing e collegamento negoziale*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, 5, 10765. G. RODDI, *Sul collegamento negoziale nel prestito finalizzato*, in *Impresa*, 2002, 2, 10219; P. PERROTTI, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*, in *Contratti*, 2001, 1126; V. VITI, *L'individuazione delle azioni esperibili dall'utilizzatore in leasing verso il venditore inadempiente e la (sottovalutata) rilevanza del collegamento negoziale*, in *Corr. Giur.*, 2016, 785; ID, *Leasing finanziario – il collegamento negoziale e la tutela dell'utilizzatore nel leasing finanziario*, in *Giur. it.*, 2016, 33; I. LIBERO NOCERA, *Collegamento negoziale, causa concreta e clausola di traslazione del rischio: la giustizia incontro il leasing*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 10356; I. REDÌ, *Contratto di leasing e opzione di riscatto anticipato: un'altra figura di collegamento negoziale*, in *Giur. it.*, 2004, 4; M. COSTANZA, *Divieto del patto commissorio e operazioni di leasing e lease back*, in *Fall.*, 2020, 21; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982.

la *seconda* osservazione che riguarda l'ipotesi – affatto infrequente – in cui le parti del contratto appartengano a ordinamenti diversi e siano pertanto assoggettate a provvedimenti incidenti in misura differente sulle obbligazioni contrattuali, con la conseguenza che l'esimente andrà valutata con riguardo alle eventuali misure emergenziali adottate dall'ordinamento in cui opera la parte che intende invocarla, indipendentemente dalla legge scelta dalle parti per regolare il rapporto contrattuale<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Potrebbe essere questa l'ipotesi dell'impresa Alfa con sede nello Stato "A" che ha adottato dei provvedimenti restrittivi che impongono la sospensione temporanea della produzione sul territorio dello Stato "A" che abbia in essere un contratto di fornitura con l'impresa Beta con sede nello Stato "B" che al contrario non abbia adottato analoga misura e il contratto sia regolato dalla legge dello Stato "B". Si consideri che il legislatore, proprio in ragione dello scenario emergenziale è intervenuto per introdurre misure che – di fatto – operano come cause di forza maggiore: in tale senso, cfr. l'art. 91 d.l. n. 18/2020 («Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici») che, con riguardo ai contratti pubblici, sancisce il principio per cui il rispetto delle misure di contenimento del *virus* Covid-19 «è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Gli aspetti di diritto internazionale messi in luce nel testo sono confermati dai provvedimenti emergenziali assunti da altri ordinamenti per il contenimento del Covid-19: sul punto, v. A.A. DOLMETTA, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91, comma 1 D.L. N. 18/2020, in *Banca, borsa*, 2020, I 151 ss. e spec. 154-155 e 157-159, ove l'a., da una parte, tratteggia un confronto tra la forma di esenzione di responsabilità contemplata dal decreto legge n. 18/2020 e l'impossibilità sopravvenuta rilevando che la prima se ne differenzerebbe sia in ragione della diversità della fattispecie (essendo la disciplina civilistica «in sé rigida e secca») in quanto la previsione del comma 6-bis riconoscerebbe al giudice la facoltà di ritenere o che il rispetto delle misure escluda in radice la responsabilità del debitore o di valutare che tale circostanza, ferma la responsabilità del debitore, finisca per condizionare la quantificazione del danno; e, dall'altra parte, sotto il profilo della fattispecie, mantiene inalterata la nozione di impossibilità sopravvenuta a base della disciplina ex artt. 1256 e 1258 c.c.; anche A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giust. civ.*, 3 aprile 2020, il quale rileva che non sussiste alcun automatismo tra «osservanza delle misure di contenimento» ed «esclusione» della responsabilità del debitore; il giudice infatti viene chiamato a valutare se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento; G. MATTARELLA, *Covid 19: le disposizioni adottate dal Governo spagnolo*; A.A. DOLMETTA – U. MALVAGNA, *Covid-19: le disposizioni della legge*

Sempre ragionando sulla “fisionomia” della clausola di forza maggiore e avendo presente l’attuale situazione emergenziale v’è da chiedersi se essa possa – nel presente momento storico – essere effettivamente dotata di quei caratteri – tra cui ovviamente l’«imprevedibilità» – che si è visto esserle ascritti da dottrina e giurisprudenza. Al riguardo, non vi è dubbio che il Covid-19 – *strictu sensu* – non si possa ormai più qualificare come un evento imprevedibile. Ciò non significa, tuttavia, che si possano verificare fatti e/o eventi – anche nella forma di provvedimenti legislativi – che, pur ad esso legati, siano essi stessi «imprevedibili» come ben potrebbe accadere se – successivamente alla stipulazione di un contratto – fossero adottate, per effetto di un provvedimento legislativo, misure nuovamente restrittive dopo un periodo di loro rilassamento<sup>21</sup>.

#### *4. Due approcci a confronto: i principi dell’European Law Institute e le clausole dell’International Chamber of Commerce di fronte all’emergenza*

L’attuale situazione ha stimolato alcune ulteriori riflessioni da parte della dottrina e di organizzazioni dedicate allo studio del diritto comparato a livello europeo e all’uniformazione del diritto. Vale la pena a questo proposito segnalare – anche per la diversità di approcci adottati in merito – sia l’iniziativa dell’*European Law Institute* (“ELI”), sia quella dell’*International Chamber of Commerce* (“ICC”).

---

tedesca; A. TONIOLO, *Covid-19: le disposizioni della legge tedesca*, in *Diritto dell’impresa dopo la pandemia. Osservatorio curato dalla Direzione della Rivista di diritto bancario* ([www. http://www.dirittobancario.it/pandemia-e-diritto-dellimpresa](http://www.dirittobancario.it/pandemia-e-diritto-dellimpresa)); cfr., altresì, il contributo di A. MONTEVERDE, *L’incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute*, cit., 140 e ss.

<sup>21</sup> In tale senso potrebbe ad esempio prevedersi quanto segue «Le Parti sono consapevoli che l’esecuzione del Contratto potrà essere compromessa o resa difficoltosa dalla recente epidemia di nuovo Coronavirus e dalle misure straordinarie attuate dai Governi per contenere l’epidemia. A tal proposito, le Parti stabiliscono che (i) l’adozione di nuovi provvedimenti legislativi che estendano e/o ripristinino misure che limitano e/o sospendono le attività economiche esercitate dalle Parti e/o dai loro fornitori strategici; e/o (ii) la diffusione e/o l’aggravio e/o il ritorno dell’epidemia da Nuovo Coronavirus da cui discenda per le Parti l’impossibilità materiale di provvedere all’esecuzione del Contratto saranno considerati “Eventi Rilevanti” al verificarsi dei quali troverà applicazione la medesima disciplina dettata dal presente contratto per regolare il verificarsi di eventi di forza maggiore».

L'ELI ha infatti promosso l'adozione da parte dei singoli Governi nazionali di una serie di principi elaborati sulla base della considerazione che le misure d'urgenza adottate per contenere gli effetti del Covid-19, da una parte, comportano un'inevitabile restrizione dei diritti fondamentali dei cittadini e sono giustificabili solo a fronte di circostanze straordinarie e, dall'altra parte, avendo coscienza dell'inevitabile impatto, tra l'altro, sul commercio internazionale<sup>22</sup>.

Tali considerazioni offrono una prospettiva diversa e peculiare posto che – con particolare riguardo alle clausole forza maggiore e di «hardship» – se ne propone un'impostazione che non solo tenga conto degli assetti contrattuali e degli interessi economici sottesi alla loro previsione, ma anche ai principi di solidarietà e correttezza di per sé (sino ad ora) estranei alle dinamiche del contratto e a meccanismi di coordinamento tra gli Stati, quanto meno a livello europeo. A tale proposito il Principio 13 sottolinea in prima battuta la necessità che ciascuno Stato assicuri l'applicazione delle regole riguardanti l'impossibilità sopravvenuta o la *forza maggiore* in modo efficace prevedendo soluzioni. Quindi, per l'ipotesi di temporanea o definitiva impossibilità di dare esecuzione al contratto, direttamente o indirettamente, in ragione del Covid-19 o in forza di provvedimenti assunti dai singoli Stati in relazione alla diffusione del *virus*, l'allocatione del rischio debba essere valutata «in the light of existing contracts, background legal regimes and the principle of good faith». L'espressione utilizzata esprime una visione del tutto equilibrata posto che, oltre al principio generale di buona fede, di fatto, suggerisce di tenere conto dei precedenti rapporti contrattuali intercorsi tra le parti e le previsioni dei singoli ordinamenti nazionali. La seconda parte del Principio 13 fa invece riferimento a circostanze, dovute al Covid-19, che sono riconducibili ai presupposti di attivazione delle clausole di «hardship»; tra queste vi vengono fatte rientrare anche le ipotesi in cui i costi necessari per l'esecuzione del contratto si siano eccessivamente incrementati.

In tali ipotesi, gli Stati dovrebbero assicurare, verosimilmente tramite l'adozione di regole *ad hoc*, che – sempre nel rispetto del

---

<sup>22</sup> Cfr. EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Principles for the Covid-19 Emergency*, consultabile sul sito [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf).

principio di buona fede – le parti inizino una fase di rinegoziazione anche qualora essa non sia stata contemplata quale rimedio tra le previsioni contrattuali o dalla legislazione nazionale. Sul punto ci si può limitare ad osservare come, con l'adozione di tale principio, da una parte, venga di fatto suggerito un obbligo di rinegoziazione indipendente dalla sua previsione pattizia o legale e, dall'altra parte, non si prevedano tuttavia le conseguenze discendenti da un mancato esito positivo della nuova fase negoziale. Infine, è previsto che – in conformità con il principio di solidarietà, gli Stati assicurino che le conseguenze discendenti dal venir meno dei rapporti contrattuali non siano allocate solamente su una parte, specialmente quando essa sia rappresentata da una piccola-media impresa.

Mentre l'ELI ha dunque formulato una proposta rinviandola all'iniziativa degli Stati membri affinché adottino una disciplina *ad hoc* probabilmente e in taluni casi derogatoria o integrativa rispetto al diritto vigente, diversamente l'ICC ha provveduto a riformulare le clausole di forza maggiore e di «hardship» alla luce della nuova situazione emergenziale al fine di renderle maggiormente efficaci.

Lo scopo dell'iniziativa è in un certo senso analogo a quello perseguito dalle iniziative dell'ELI, sebbene la *tecnica* adottata sia del tutto diversa posto che l'intervento è diretto all'autonomia delle parti a cui viene offerta la possibilità di adottare le previsioni di nuova formulazione all'interno dei propri contratti<sup>23</sup>.

In via generale, può dirsi che la clausola di forza maggiore predisposta dall'ICC sia il frutto di un esercizio teso a trovare un compromesso tra i presupposti che devono essere soddisfatti per l'attivazione della previsione e l'indicazione di una serie di circostanze che presumibilmente si pone al di là del controllo delle parti e non è prevedibile al momento della conclusione del contratto. Tale esercizio

---

<sup>23</sup> Cfr. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Force Majeure And Hardship Clauses - March 2020*, consultabile sul sito <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>. Quanto alla forza maggiore l'ICC ha formulato due diverse clausole, una più analitica ed estesa e una più breve. Dal punto di vista della loro introduzione all'interno del contratto, è prevista sia la possibilità di replicarne il contenuto nel testo contrattuale, sia il richiamo indiretto tramite il riferimento espresso a una delle due versioni («The ICC Force Majeure Clause (Long Form/Short Form) is incorporated in the present contract»).

di bilanciamento discende inoltre anche dal tentativo di allocare in modo equilibrato il rischio, ad esempio “compensando” la parte beneficiata dalla clausola con oneri da assolvere a favore dell’altra: il che si realizza non solo sotto il profilo informativo ma anche sotto quello economico (come si vedrà a breve). Se, in via generale, la formulazione pare senz’altro completa ed efficace sotto il profilo della sua articolazione (nel rispetto della scansione “definizioni”<sup>24</sup> e “individuazione delle “cause di forza maggiore”<sup>25</sup>, “conseguenze”<sup>26</sup>, “dovere di informazione e mitigazione”<sup>27</sup>, “risoluzione”<sup>28</sup> e “arricchimento senza causa”<sup>29</sup>), un giudizio meno entusiastico merita invece, da una parte, la valutazione degli spazi lasciati all’autonomia contrattuale (a quanto risulta limitati alla sola possibilità di contemplare un termine diverso da quello indicato nella clausola prima d’invocare la risoluzione del contratto) e, dall’altra parte, la generica previsione del paragrafo 9 finalizzata a eliminare gli effetti di un arricchimento senza causa<sup>30</sup>.

Il bilanciamento a cui tende la clausola, in particolare, viene effettuato prevedendo, in prima battuta, una *definizione generale* di «forza maggiore». Essa, da una parte, pone sulla c.d. «affected party» – ossia la parte che ne intende invocare l’applicazione – l’onere di provare la sussistenza che la circostanza in cui si sostanzia la «forza maggiore» abbia determinate caratteristiche: essendo prescritto che *non se ne possano controllare gli effetti*, che sia *imprevedibile* e, al contempo, *incontrollabile*; dall’altra parte e, inoltre, per invocare la clausola è richiesta una “soglia” più bassa rispetto all’impossibilità dell’esecuzione, facendosi allo scopo riferimento al concetto di

---

<sup>24</sup> Cfr. Par. 1 della clausola.

<sup>25</sup> Cfr. Par. 3 della clausola.

<sup>26</sup> Cfr. Par. 5 della clausola.

<sup>27</sup> Cfr. Par. 4 della clausola.

<sup>28</sup> Cfr. Par. 8 della clausola.

<sup>29</sup> Cfr. Par. 9 della clausola.

<sup>30</sup> Cfr. *supra* in nota precedente. Sebbene si debba tenere conto che la clausola può essere ovviamente modulata dalle parti nell’ambito della fase negoziale e rappresentare solamente “una base” per l’accordo; si consideri tuttavia che qualora il contratto faccia un riferimento *per relationem* alla clausola ICC in quanto tale, essa troverà integrale applicazione.

«reasonableness» ai fini dell'applicazione della previsione<sup>31</sup>. Questa parte della clausola deve essere letta alla luce delle previsioni relative alle conseguenze discendenti dall'inadempimento di una terza parte (è il tipico caso del fornitore del fornitore) in quanto alla parte che risulta colpita dagli eventi di forza maggiore viene richiesto di provare che essi hanno altresì determinato l'inadempimento del terzo<sup>32</sup>.

Più articolata è, invece, la previsione proposta dall'ICC per quanto attiene alla lista delle già menzionate circostanze. È infatti previsto che, in assenza di una previsione contraria, si debba presumere che – al ricorrere di uno degli eventi elencati – due delle condizioni richieste per invocare la forza maggiore siano automaticamente soddisfatte. Duplice oggetto della presunzione è, da una parte, il fatto che l'evento imprevisto sia ponga al di là della sua sfera di controllo e, dall'altra parte, la circostanza che fosse imprevedibile al momento della conclusione del contratto (il che, invece, è oggetto dell'onere della prova in capo alla controparte contrattuale). Tuttavia, alla parte che invoca l'attivazione della clausola è richiesto altresì di provare che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto essere evitati o diversamente gestiti.

Rispetto, infine, all'elenco delle «sopravvenienze», quali eventi rientranti nella nozione di «forza maggiore» non vi è comunque alcun riferimento al Covid-19 (o a sue eventuali evoluzioni che possano ulteriormente mutare, in peggio, le circostanze), essendosi i suoi redattori correttamente limitati a riferirsi a «epidemic» con un termine sufficientemente (e prudenzialmente) tanto generico da poter ricomprendere qualsiasi evento di tale genere o natura<sup>33</sup>.

Dal punto di vista degli effetti, la clausola ICC prevede ovviamente che la parte che ne invoca con successo l'applicazione viene liberata dai propri obblighi contrattuali e dalla responsabilità per gli eventuali danni subiti dalla controparte. La soluzione adottata risulta in linea anche con la previsione di «forza maggiore» contemplata da alcuni ordinamenti

---

<sup>31</sup> Cfr., in particolare, quella parte del Par. 2 la quale prescrive che, rispetto alla parte che ne invoca l'applicazione, l'impedimento «a) (...) is beyond its *reasonable* control; and b) (...) could not *reasonably* have been foreseen at the time of the conclusion of the contract; and c) (...) effects of the impediment could not *reasonably* have been avoided or overcome by the Affected Party».

<sup>32</sup> Cfr. Par. 2 della clausola; cfr., altresì, l'art. 79 CISG.

<sup>33</sup> Cfr. *supra* in nota [25].

nazionali ma è per certi versi più precisa nella misura in cui viene definita l'area di esenzione dalla responsabilità per i danni e per ogni altro rimedio contrattuale.

Al riguardo, è chiarito che tale esenzione decorre dal momento in cui si è verificato l'evento ma – in ragione del dovere di cooperazione tra le parti – solo a condizione che la parte che ne subisce gli effetti sia stata informata tempestivamente e – in caso si tratti di un impedimento temporaneo – finché tale impedimento termina<sup>34</sup>. Per incentivare l'attuazione del dovere di informativa, gli effetti discendenti dalla clausola di forza maggiore – in termini di esenzione dalla responsabilità – vengono dalla clausola posticipati fino al momento in cui non viene ricevuta l'informazione dalla parte che ne potrebbe subire gli effetti. Un ulteriore elemento caratterizzante la clausola dell'ICC – di cui vale la pena dare conto – è dato dal fatto che la parte che riceve l'informativa è legittimata a sospendere l'esecuzione delle proprie obbligazioni nella misura in cui esse siano effettivamente impedito dalla causa di forza maggiore e possano essere sospese. Tale circostanza non è di poco conto in quanto il soggetto che subisce gli effetti della clausola – in ragione della concreta fattispecie contrattuale in questione – potrebbe comunque essere tenuto a dare corso alle proprie obbligazioni non potendo, tuttavia, reclamare la risoluzione del contratto: tale conseguenza è solo parzialmente mitigata dalle previsioni relative al «duty to mitigate»<sup>35</sup>.

L'eventuale rimedio risolutorio è attivabile da entrambe le parti qualora – sulla base di uno *standard* – vengano ragionevolmente meno le aspettative sulle utilità derivanti dal contratto; il periodo di *default* previsto dalla clausola dell'ICC sia di oltre 120 giorni: si tratta pertanto di una previsione generale e derogabile dalle parti in dipendenza degli interessi in gioco e anche della tipologia di contratto al quale la clausola di volta in volta si riferisce.

Come anticipato, seppur senza individuare un criterio per la determinazione dell'importo dovuto il riferimento è limitato a una «sum of money equivalent to the value of such benefit»: il che esclude una sistemazione delle parti “in natura”. Pare infine interessante notare che l'ICC non ha lasciato irrisolta la questione delle eventuali conseguenze

---

<sup>34</sup> Cfr. Par. 6 della clausola.

<sup>35</sup> Cfr. *supra* in nota [27].

discendenti dalla risoluzione del contratto per cui è previsto che in tale ipotesi qualora una delle parti abbia ottenuto, prima della risoluzione un vantaggio, per qualsiasi attività posta in essere dalla controparte contrattuale nell'esecuzione del contratto, la prima dovrà ripagare alla seconda una somma equivalente al valore del beneficio ottenuto<sup>36</sup>.

5. *Alcune riflessioni sulla clausola di «hardship». In particolare: sussiste un obbligo di rinegoziazione?*

Come anticipato, la clausola di «hardship» – attenuando il generale principio «pacta sunt servanda» – opera su un piano tendenzialmente diverso e assolve funzioni differenti rispetto alla *force majeure* sebbene siano state messe in luce alcune analogie tra le due previsioni potenzialmente coincidenti sotto l'aspetto dei presupposti necessari per la loro attivazione<sup>37</sup>.

In linea generale l'«hardship» si allontana dalla «forza maggiore» in quanto l'evento considerato dalle parti per la sua attivazione deve comportare uno squilibrio degli assetti economici del contratto che può sussistere, a seconda dei casi, o in un incremento dei costi per una delle parti o in una diminuzione del valore della controprestazione che sia dovuta, ad esempio, a mutamenti sopravvenuti del mercato di riferimento o, ancora, all'impossibilità di realizzare lo scopo della prestazione. Inoltre, è particolarmente diffusa, nella prassi del commercio internazionale, anche l'esigenza di preferire – tramite un'attività di negoziazione – un adeguamento degli assetti economici del contratto, piuttosto che una sua immediata risoluzione<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. par. 9 della clausola.

<sup>37</sup> Cfr. *supra*, par. 2. Nella clausola di «hardship» l'evento straordinario comporta un'alterazione degli equilibri contrattuali mentre nell'ipotesi della forza maggiore la prestazione diviene tecnicamente impossibile; ma è stato rilevato che l'impossibilità della prestazione possa discendere anche dalla sua insostenibilità economica: sul punto, A. BUSANI, *Introduzione ai contratti commerciali internazionali B2B e alle joint ventures*, Padova, 2012, 279 in nota [105].

<sup>38</sup> Le clausole di «hardship» vanno in ogni caso tenute distinte da quelle che impongono – con diversa intensità che spazia dall'assunzione di un obbligo per entrambe le parti a un c.d. «best effort» – un dovere di rinegoziare il contratto: mi riferisco in particolare a quelle previsioni di «rinegoziazione controllata (o concordata)» con cui le parti programmano – al ricorrere di determinati presupposti ma in certi casi anche solo per il mero trascorrere del tempo (specie in caso di contratti

Ciò dipende ovviamente da diversi fattori quali la natura stessa delle parti contraenti, il loro posizionamento sul mercato, il c.d. potere negoziale, il fatto che i contratti riguardino attività da svolgersi in mercati oligopolistici in cui sia significativamente circoscritto il numero degli operatori e, di conseguenza, difficile una loro sostituzione (come può accadere nell'ambito dello sfruttamento delle risorse naturali), la circostanza che la controparte sia rappresentata da un ente governativo rispetto al quale, allora, sia prevalente l'interesse a mantenere relazioni stabili e prolungate nel tempo<sup>39</sup>.

L'esigenza di prevedere tale clausola è inoltre riconducibile – come nel caso della «forza maggiore» – alla necessità superare le differenze emergenti dai vari ordinamenti nazionali<sup>40</sup>.

Proprio con riguardo al diritto interno, e con riferimento al suo inquadramento, si può ritenere che la clausola di «hardship» non possa essere semplicisticamente ricondotta – se non per qualche “assonanza” – al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) in ragione delle peculiarità che connotano la fattispecie del codice civile, quanto meno sotto il profilo dell'evento legittimante («straordinario ed imprevedibile») e della sua estraneità all'alea del contratto, sebbene sia pur previsto uno strumento di presidio volto alla conservazione del programma contrattuale tramite l'equa modificazione del contratto; il che potrebbe sottintendere – ma non

---

di lunga durata) – una “revisione” dell'originario assetto contrattuale. Con la conseguenza, sotto il profilo della differenziazione delle due previsioni, che le clausole di rinegoziazione riguarderebbero la stessa esecuzione del contratto piuttosto che il riequilibrio delle condizioni contrattuali: sul punto, D. SCARPA, *op. cit.*, 956-957.

<sup>39</sup> Cfr. D. SCARPA, *op. cit.*, 951 ss. e spec. 953-955; M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, 69 ss.; M.R. MARELLA, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in *Contr. Impr. Europa*, 2003, 823; R. DE MATTEIS, *Del difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001; S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. Impr. Europa*, 1998, 733; e, in via generale, non sfuggano le considerazioni di G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Milano, 2012, 141 ss. che elencando gli attributi ascrivibili a un contratto si riferisce al fatto che esso possa essere «asimmetrico, giusto, trasparente, amministrato, controllato giudizialmente, completo, ragionevole, suscettibile di revisione o di rinegoziazione».

<sup>40</sup> H. RÖSSLER, *Hardship in German Codified Private Law - In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, in 15 *Eur. Rev. Private L.* 483 (2007).

necessariamente – una seppur minima attività di (ri-)negoziazione<sup>41</sup>. Per tale motivo la letteratura ha tentato di giustificare il fondamento della previsione di «hardship» seguendo altre strade privilegiando le prospettive d’analisi derivanti dalla considerazione sia della rilevanza giuridica delle «sopravvenienze» sia della causa del contratto, giungendo infine ad accostare tale previsione alla nozione della *presupposizione*<sup>42</sup>.

Venendo ora ad affrontare il ricorso alle clausole di «hardship», vi sono alcune questioni che meritano almeno un cenno, anche alla luce dell’attuale situazione d’emergenza imposta dal Covid-19.

Il primo aspetto da chiarire riguarda, per l’appunto, gli effetti di modifiche legislative sopravvenute rispetto agli equilibri economici del contratto, posto che la giurisprudenza arbitrale ha in taluni casi addirittura escluso che esse possano giustificare l’attivazione di una clausola di «hardship»<sup>43</sup>. Ovviamente ciò dipende dalla concreta formulazione della previsione contrattuale, ma va considerato che modifiche del quadro normativo in cui opera una delle parti ben potrebbero essere ritenute incluse nell’alea “normale” del contratto e pertanto difficilmente includibili nella nozione di «sopravvenienze»<sup>44</sup>. I recenti provvedimenti emanati dall’Esecutivo per far fronte all’emergenza da Covid-19 possono rientrare a pieno titolo nella nozione di «sopravvenienza»: ciò quanto meno nel caso in cui siano soddisfatte due condizioni, ossia che la clausola, ovviamente, contempli un riferimento all’evento «epidemia» o a un «mutamento del quadro legislativo e regolamentare» e che tali circostanze riverberino i loro effetti sulla prestazione dedotta nel contratto in modo tale da provocare uno squilibrio. Non è tra l’altro così scontato che né la situazione epidemiologica in sé, né i richiamati provvedimenti, finiscano per sortire tali effetti in quanto tali circostanze andranno verificate caso per caso. Mi sento, al riguardo, di essere piuttosto cauto su tale punto, anche

---

<sup>41</sup> Essendo necessari per rientrare nella fattispecie la maggiore onerosità della prestazione di una delle parti, il sopravvenire di tale circostanza a valle della conclusione del contratto, la sussistenza di prestazioni non ancora eseguite a cui tale onerosità maggiore si deve riferire e il fatto che l’onerosità si ponga al di fuori dei confini della normale alea del contratto.

<sup>42</sup> Cfr. D. SCARPA, *op. cit.*, 958 e 981 ss. e 986.

<sup>43</sup> Cfr. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, Award no. 9479/99.

<sup>44</sup> Cfr., ancora, INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, Award no. 9479/99.

in ragione della necessità di circoscrivere al massimo le ipotesi in cui l'invocazione dell'«hardship» – trovando il proprio fondamento sul generale principio di buona fede e di cooperazione tra le parti – finisca per risolversi in un abuso del diritto o per dare luogo a controversie tra le parti.

Se poi si vuole analizzare l'«hardship» in rapporto con il profilo della rinegoziazione – quale suo possibile effetto – è bene distinguere il caso in cui essa trovi la propria fonte in una convenzione tra le parti dall'ipotesi in cui invece manchi qualsiasi pattuizione al riguardo<sup>45</sup>.

Nel primo scenario, l'autonomia delle parti – oltre a poter prevedere una fase di rinegoziazione individuandone i presupposti – sarebbe consigliabile che provveda altresì a regolare gli aspetti procedurali legati alla sua esecuzione (con l'inclusione di termini minimo e massimo di durata) e alle sue conseguenze non solo in caso di esito positivo (con conseguente necessità di modificare l'assetto contrattuale variando quello originario) ma, soprattutto, nel caso in cui la rinegoziazione non comporti gli effetti sperati (tenendo conto, in tale caso e ad esempio, dell'alternativa tra l'attivazione della clausola compromissoria o di un giudizio ordinario, o l'inizio di una procedura di mediazione). Si tratta, in effetti, di interessi tutti meritevoli di tutela che richiedono tuttavia di essere regolati in modo analitico e sufficientemente preciso già *ab origine*. Sotto tale aspetto si può aggiungere che, qualora la previsione di «hardship» preveda una fase di

---

<sup>45</sup> Va in ogni caso precisato che la rinegoziazione potrebbe essere l'effetto di altre circostanze, diverse dal ricorrere di c.d. «sopravvenienze» rispetto all'assetto contrattuale e riconducibile, ad esempio, al mero trascorrere del tempo. Richiamando l'ambito del diritto societario il caso potrebbe essere quello di un patto parasociale a tempo indeterminato *ex art. 2341-bis, 2° comma, c.c.* in cui le parti – anche per disincentivare l'eventuale recesso *ad nutum* di una parte – prevedano, trascorso un certo lasso di tempo, la “manutenzione” del contratto con lo scopo, ad esempio, di ridefinire gli assetti di *corporate governance* ovvero di rimodulare gli impegni assunti per sostenere finanziariamente la società. In punto di rinegoziazione, convenzionale o legale, v. il recente studio di C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 491; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

rinegoziazione e difetti un'indicazione all'interno della clausola originaria circa la sua natura, la giurisprudenza arbitrale ritiene correttamente che, mentre la sua attivazione rappresenti un vero e proprio obbligo contrattuale, diversamente andrebbe valutata l'esistenza di un vincolo contrattuale circa l'esito della stessa in termini di *obbligazione di risultato*: il che implicherebbe, da una parte, *una limitazione* dell'autonomia privata probabilmente incompatibile con i principi generali<sup>46</sup> e, dall'altra parte, *l'esigenza* di interrogarsi circa l'ammissibilità dell'esecuzione in forma specifica in sede giurisdizionale, in quanto si è correttamente ritenuto contrario a logica ritenere che la rinegoziazione finisca per comportare l'applicazione dei rimedi risolutorio e risarcitorio che intenderebbe invece evitare<sup>47</sup>.

Gli aspetti sui quali ci si è appena soffermati assumono tuttavia una portata ben diversa in mancanza di una specifica previsione contrattuale perché se, nel primo caso, l'esercizio affidato all'interprete comporta la necessità di individuare eventuali limiti all'esercizio dell'autonomia privata; nella seconda ipotesi, invece, si tratta di capire se il sistema offra quanto meno elementi sistematici sulla base dei quali si possa fondare l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenienze.

Se si volge lo sguardo a esperienze di giurisdizioni straniere si nota, in via generale, una certa prudenza rispetto alla possibilità di allontanarsi più o meno decisamente dal principio del «pacta sunt servanda» o della «sanctity of contract»: il che accade, a seconda dei casi, sia negli ordinamenti di *civil law* (come quello francese) o sia in quelli di *common law* (come quello inglese)<sup>48</sup>. Quanto a questo ultimi – ma con specifico riguardo all'ordinamento statunitense – si rileva che gli orientamenti a sostegno della «revisione del prezzo», quale punto di ricaduta dell'eventuale rinegoziazione e rimedio autonomo e alternativo alla risoluzione del contratto, sono per lo più riconducibili a

---

<sup>46</sup> Cfr. F. BORTOLOTTI – D. UFOT (a cura di), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with unforeseen events in a changing world*, The Hague, 2019.

<sup>47</sup> Sul punto, P. FAUSTI, *La rinegoziazione del mutuo*, in *Banca, borsa*, 2008, 746 ss. e spec. 751.

<sup>48</sup> Critica il principio di conservazione del contratto P. TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *International Review of Law and Economics* (1991), 11, 63-82.

voci isolate della dottrina, sino ad ora accolte in scala ridotta dalla giurisprudenza. Al contrario, la riduzione del prezzo o, più in generale la rinegoziazione del contratto, diventano meccanismi rimediare significativi nella disciplina di convenzioni internazionali (cfr. art. 50 CISG che, tuttavia, prevede la prima quale rimedio esercitabile solo da parte del compratore e non in ragione di una «sopravvenienza», bensì per la non conformità dei beni ai sensi del contratto) e in fonti di diritto uniforme (cfr. artt. 6.2.1 e 6.2.2 relativi all' «hardship» e alle sue conseguenze)<sup>49</sup>.

Tornando dunque alla questione principale, e con riguardo all'ordinamento interno, si ritiene che, nel sistema, non sia scontato individuare un – anche solo implicito – obbligo di rinegoziazione tra le parti che prescindano o da una previsione contrattuale che comporti l'attivazione delle parti in tale senso, ovvero da clausole *ad hoc*, a cui

---

<sup>49</sup> Si noti che nelle giurisdizioni che appartengono alla tradizione di *common law*, l'*actio quanti minoris* è pressoché sconosciuta; ma cfr. §2-714(2) UCC; per un'applicazione del rimedio, cfr. *Ruslowsky vs Palechek* 1978 (87) DLR 3rd 243; in diritto inglese una simile previsione è stata introdotta nel diritto dei consumatori: cfr. *Section 48(C)(1) Sales of Goods Act 1979* (sul punto, v. J. MACLEOD – J. DEVENNEY, *Consumer Sales Law: The Law Relating to Consumer Sales and Financing of Goods*, London – New York, 2007, 517; nonché, sempre con riferimento all'ordinamento inglese prima della riforma dello SGA, v. R. BAHESHTI, *Price reduction versus damages: a battle without a winner*, in *Uniform Law Review*, vol. 21, 2-3, 2016, 216-237) Si v., altresì, per un esame comparatistico, P. FAUSTI, *La rinegoziazione del mutuo*, in *Banca, borsa*, 2008, 746 ss. e spec. 751. Con riguardo alla Convenzione di Vienna del 1980 sulla compravendita internazionale di beni mobili, v. P.A. PILIOUNIS, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) Under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law?*, 12 *Pace Int'l L. Rev.* 1 (2000) disponibile sul sito <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol12/iss1/2>; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 318; S. SHAVELL, *Specific performance versus damages for breach of contract*, Discussion Paper No. 532, Harvard, 2005, 4 e 8 in nota [24]. Si v. altresì i *Principi Unidroit* (cfr. Articolo 6.2.2 e 6.2.3) e alcuni commenti relativi ai profili trattati nel presente saggio i *Principles of European Contract Law*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 253 ss.; e *ivi*, 2002, 955 ss., con nota di A. CASTRONOVO; e, infine, il *Code Européen des Contracts*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 275; da ultimo, con considerazioni anche nella prospettiva dell'analisi economica del diritto e con riguardo alla teoria dei «contratti incompleti» e dei «relational contracts», v. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 467 ss.

l'ordinamento attribuisce uno specifico rilievo, come nel caso dei patti indicizzazione<sup>50</sup>. Sebbene la questione meriti più spazio, si è dell'avviso che – in ragione di quanto sino ad ora emerso in dottrina – non vi siano allo stato le condizioni per ammettere una soluzione positiva circa la sussistenza di elementi di diritto positivo e/o sistematici idonei a sancire un obbligo di rinegoziazione in capo alle parti. In via generale, si pone il tema – che è bene quanto meno ricordare e che conferma le incertezze manifestatesi sul punto – del rapporto *tra rinegoziazione e autonomia privata*, essendo, come noto, diffuse tanto le voci che ritengono il primo quale un limite della seconda quanto le opinioni di chi sostiene che la seconda sia invece salvaguardata dalla prima<sup>51</sup>.

In via particolare, invece, si possono quanto meno richiamare alcune delle principali argomentazioni, spese per sostenere l'opposta conclusione, che non paiono, a dire il vero, irresistibili nonostante l'evoluzione – in senso progressivamente più sofisticato – del commercio internazionale, della sua globalizzazione e digitalizzazione. Ci si riferisce infatti (*i*) al tenore letterale dell'art. 1467 c.c., con il riconoscimento di un diritto alla rinegoziazione in capo alla sola parte avvantaggiata, posto che tale norma rappresenterebbe un modello volto a privilegiare esclusivamente le ragioni della volontà individuale e assurgerebbe – in ragione della sua collocazione sistematica – a regola generale rispetto ad altre soluzioni come quelle – dirette a garantire un

---

<sup>50</sup> Si. v. F. MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. II, Milano, 2008, 1026; ID., *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in G. Gitti-G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 179 ss. e il più risalente studio monografico, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; cfr., altresì, F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347 e ID., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law*, Napoli, 2003. Sulle clausole di indicizzazione nei contratti finanziari, v. M. RISPOLI FARINA, *Il credito fondiario tra innovazioni legislative e disciplina amministrativa*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 213-238; con riferimento alla possibilità di qualificare le clausole di indicizzazione quali contratti derivati "impliciti", v. F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing. [The indexing clauses in the financing and leasing]*, in *Giur. comm.*, 2016, 352-379; nonché, A. DALMARTELLO, *Trasparenza dei mutui in valuta estera*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 1154-1163.

<sup>51</sup> R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, 724; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo*, cit.

efficiente allocazione delle risorse – contemplate da norme speciali all'interno della disciplina di contratti tipici (cfr. art. 1664 c.c.)<sup>52</sup>; (ii) all'ambito applicativo dell'art. 1468 c.c., con un perimetro tuttavia circoscritto ai soli contratti con obbligazioni di una sola parte; (iii) alla difficoltà di far discendere dai principi generali (essenzialmente *ex artt.* 1374 e 1375 c.c.) argomenti favore dell'obbligo di rinegoziazione<sup>53</sup>; e, infine, (iv) alla necessità avvertita dal legislatore di regolare fattispecie di obblighi di rinegoziazione con legislazione speciale e norme *ad hoc*, nonché con riguardo ad alcuni peculiari settori (com'è accaduto in situazioni di emergenza economica e in alcuni settori peculiari)<sup>54</sup>: circostanza che confermerebbe l'eccezionalità del rimedio della rinegoziazione e la sua previsione in specifici casi laddove – vuoi per la necessità di tutelare gli interessi delle parti, vuoi per le peculiarità del mercato di riferimento – si rende più opportuna la previsione di questo strumento nel tentativo di salvaguardare l'assetto contrattuale adeguandolo alle proprie esigenze piuttosto che espungerlo definitivamente, tramite il rimedio risolutorio, dal mondo del diritto. Non è dunque così scontato percorrere la soluzione che giustifica un obbligo di rinegoziazione in capo alle parti in determinate tipologie di contratti e, in particolare, in quelli di lunga durata.

Tale soluzione, nella pratica, tornerebbe utile se si pensa all'ambito del commercio internazionale in ragione del fatto che le imprese, investendo tempo e risorse in negoziati complessi e dilatati nel tempo,

---

<sup>52</sup> Convincenti, sul punto, le riflessioni di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo*, cit., 492 ss.

<sup>53</sup> Cfr. C. OSTI, *Appunti per una teoria della "sopravvenienza". La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995, 10 ss. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 292 ss.

<sup>54</sup> Con riferimento ai mutui, cfr. art. 8, comma 8, D.l. 13 maggio 2011, n. 70 conv. con legge 12 luglio 2011, n. 106 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 12 luglio 2011, n. 160 che ha introdotto un obbligo di rinegoziazione *ex lege* dei mutui ipotecari che presentino determinate caratteristiche e con sostituzione del tasso variabile con tasso fisso; cfr., altresì, il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248; art. 128, legge 23 dicembre 2000, n. 388; art. 29 legge 13 maggio 1999, n. 133; art. 10 legge 30 aprile 1999, n. 136. Si v., altresì, con riguardo alla *facoltà* di rinegoziazione dei mutui, art. 7, commi 6 e 7, d.l. decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito poi dalla legge 2 aprile 2007, n. 40. Con riguardo alla rinegoziazione nell'ambito delle *locazioni ad uso abitativo*, cfr. art. 11, comma 2-*bis*, legge 8 agosto 1992, n. 359 e, successivamente, art. 2, legge 9 dicembre 1998, n. 431.

ben potrebbero fare affidamento a rimedi volti a considerare, anche in caso di sopravvenienze, l'assetto contrattuale pur adeguandolo ai nuovi scenari. Parrebbe, tuttavia, che anche in questo caso – e per le medesime ragioni sopra illustrate – non si possa ritenere che da ogni contratto di lunga durata “emerga” una “clausola implicita” tale da giustificare un obbligo di rinegoziazione in ragione del fatto che, se le parti avessero avuto conoscenza delle circostanze che, in fatto o in diritto, hanno poi condizionato l'assetto contrattuale originario, le avrebbero molto probabilmente prese in considerazione al momento della stipula dell'accordo in ragione della loro volontà (ed interesse) di prolungare il più possibile il proprio accordo<sup>55</sup>.

La durata del contratto non può dunque essere determinante ai fini dell'individuazione di un obbligo di rinegoziazione, ponendosi – se si seguisse tale opinione – l'ulteriore questione di quale sia la durata “utile” e/o se essa debba stabilirsi come una variabile dipendente della tipologia del contratto in questione; né probabilmente un obbligo di rinegoziazione dipende dai principi di buona fede o di cooperazione. Ed allora, la rinegoziazione, lungi dal poter essere imposta – se non con provvedimenti *ad hoc*, magari di natura temporanea, che tengano anche conto di situazioni emergenziali o imprevedibili – la rinegoziazione, quando non prevista dalle parti, può essere intesa solo come un effetto, volontario e “naturale”, discendente dalla volontà delle parti che avvertano l'esigenza di dare un nuovo equilibrio all'assetto contrattuale tenendo conto, ad esempio, degli investimenti fatti per darvi esecuzione<sup>56</sup>.

La conclusione raggiunta, tra l'altro, è tra l'altro coerente con le difficoltà che sorgerebbero nel caso in cui all'esercizio dell'obbligo di rinegoziazione seguisse uno scenario in cui – a fronte dell'insuccesso della trattativa – venisse adita da una delle parti l'autorità

---

<sup>55</sup> Sul punto, si v. la ricostruzione di F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione ai tempi di crisi*, in *Giust. civ. riv. trim.*, 3, 2014, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

<sup>56</sup> M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo*, cit., 499 ss.; si v., altresì, G. ALPA, *The Principles of European Contract Law proposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 497.

giurisdizionale coinvolta nel difficile percorso dell'integrazione del contratto<sup>57</sup>.

6. Ancora a proposito di allocazione del rischio: la diversa prospettiva della clausola «M.A.C.»

La difficoltà di applicare lo “statuto generale” della disciplina delle esenzioni da responsabilità qualora si verificano eventi consistenti nell'impossibilità sopravvenuta con riguardo ad *obbligazioni pecuniarie*<sup>58</sup> ha contribuito all'elaborazione di clausole contrattuali adatte allo scopo di allocare il rischio attraverso quello che un fenomeno di «transplantation» (più o meno consapevole) di meccanismi contrattuali diffusi nelle giurisdizioni di *common law*<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Ovviamente ciò non significa ritenere che il potere d'integrazione giudiziale non sussista, bensì che non ne sia semplice l'esercizio per giungere a un soddisfacente contemperamento degli interessi delle parti; il senso si può cogliere ad esempio avendo riguardo alla pronuncia di Trib. Milano 9 gennaio 1997, con nota di A. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) secondo equità*, in *Riv. arb.*, 1999, 71-79; per l'affermazione del potere d'integrazione del giudice, v. le recenti Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140 e, nello stesso senso, Cass. 18.9.2009, n. 20106. In dottrina, v. l'approfondito saggio, anche in chiave storica, di C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Juscivile*, 2018, 2018, 3, 213, ove rife. al «metodo del bilanciamento» degli interessi che scontando un significativo margine di «soggettività valutativa» finirebbe per incidere negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

<sup>58</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 271; di recente, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, 139 ss.; G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, 281 ss.; poi integrato dall'a. con un successivo saggio per cui si v. G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Juscivile*, 2014, 6, 215 ss.

<sup>59</sup> Su tutti, cfr. A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Athens (University of Georgia Press), 1993; ID., *From Legal Transplants to Legal Formants*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, 3, 1995, 469-476; per un'analisi del fenomeno in un'ottica economica, v. U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in *International Review of Law and Economics*, vol. 14, 1, March 1994, 3-19; di recente, il contributo di M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reinmann – R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2019, 441-473.

Rispetto alle clausole di forza maggiore e di «hardship», sulle quali ci si è sino ad ora intrattenuti, le previsioni a cui ci si riferisce hanno tuttavia caratteristiche diverse innanzitutto sotto il profilo delle modalità di allocazione del rischio. Le c.d. clausole «M.A.C.» - il cui acronimo significa «Material Adverse Change» (ossia, «Cambiamento Negativo Rilevante») – hanno infatti l’effetto di allocare il rischio di eventi negativi in capo a una parte soltanto del rapporto contrattuale (che potrà, pertanto, solamente mitigarne gli effetti tramite un’adeguata negoziazione) e di legittimare, in tale ipotesi, l’altra parte a invocare la risoluzione del contratto. Il tenore della clausola, pertanto, va in senso contrario al principio della conservazione del contratto sebbene, in alcune sue formulazioni, compaia un c.d. «right to cure» che offre al soggetto su cui è allocato il rischio di verificazione dell’evento il diritto di rimediare al suo accadimento. Anche in tale ipotesi, tuttavia, la probabilità di mantenere l’assetto contrattuale originario è piuttosto remota se non altro in tutti i casi in cui tali clausole vengono formulate “a immagine e somiglianza” delle clausole di forza maggiore (o di «hardship») con il riferimento pertanto ad eventi negativi rilevanti che sfuggono completamente alla sua sfera di controllo (come potrebbe essere il caso di una guerra, di un fenomeno climatico o di un *virus*)<sup>60</sup>, laddove – secondo l’*id quoad plerumque accidit*<sup>61</sup> – il riferimento è limitato ad eventi che riguardano la situazione della controparte.

Infine, a differenza della clausola di forza maggiore (o di «hardship»), l’operatività di queste clausole è tendenzialmente circoscritta ad un periodo limitato di tempo: ed è proprio la limitazione sotto il profilo della durata che, in qualche misura, finisce per

---

<sup>60</sup> Il che spiega come, a un esame superficiale, le clausole «M.A.C.» formulate in modo tale da includere tali eventi siano, spesso ed erroneamente, accomunate alle clausole di forza maggiore o di «hardship».

<sup>61</sup> Sebbene, come si dirà nel prosieguo, l’autonomia contrattuale è libera di determinare il contenuto della clausola «M.A.C.» si è rilevato che la sua articolazione segue tendenzialmente un percorso comune: per un’analisi empirica relativa alla diffusione di tali clausole negli Stati Uniti, v. R.T. MILLER, *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*, in 50 *William & Mary Law Review*, 2007 (2009), <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol50/iss6/4>, s.n.p.; e K.A. ADAMS, *A Legal-Usage Analysis of “Material Adverse Change” Provisions*, in 10 *Fordham Journal of Corporations & Finance Law*, 9, 17-20 (2004).

riequilibrare la posizione della parte sulla quale viene allocato il rischio del mancato adempimento e dell'eventuale risoluzione del contratto.

Considerate le caratteristiche, ben si comprende, allora, che l'ambito d'elezione di tali previsioni contrattuali sia per lo più rappresentato da contratti di *finanziamento* alle imprese e da quelli di compravendita di partecipazione societarie, in entrambi i casi operando come esimente della responsabilità con riguardo alle obbligazioni pecuniarie di una delle parti<sup>62</sup>.

Nella prima ipotesi, infatti, lo iato temporale tra sottoscrizione ed esecuzione si giustifica, per il tempo necessario ad addivenire all'effettiva concessione del credito: il che rende la clausola piuttosto frequente nei contratti di finanziamento in cui l'erogazione del credito avvenga per *tranche*, sia dilazionata nel tempo, e si realizzi, ad esempio, a fronte dei c.d. «SAL» (ossia quando il mutuatario dimostri alla banca finanziatrice l'avanzamento lavori e, quindi, l'esigenza di nuova di finanza per completarli). Il rischio dell'inadempimento della banca per mancata (totale o parziale) erogazione del finanziamento viene pertanto allocato sul mutuatario mentre la banca, viceversa, si protegge contro eventuali mutamenti che potrebbero verificarsi nel corso della durata del contratto e fino all'avvenuto rimborso. Posto che l'accertamento circa l'assenza di eventuali eventi ricompresi nella nozione di «M.A.C.» viene fatto dipendere da una dichiarazione/garanzia della parte finanziata, per rendere tale strumento ancora più efficace, è allora buona norma prevedere una ripetizione, nel tempo, della stessa con un ritmo scandito dalle tempistiche previste per le successive erogazioni o per altri adempimenti (soprattutto di carattere informativo) posti a

---

<sup>62</sup> Sul punto, v. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., 102-105 e, per un'esemplificazione della clausola, anche 248; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007; M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di controllo e garanzie contrattuali*, cit., 249 ss., ove l'a. mette in luce la differenza tra le clausole di assenza di effetti sfavorevoli e quelle di forza maggiore o di *hardship* attribuendo le prime esclusivamente un diritto di recesso in capo all'acquirente; E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Torino 1995, p. 266; F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e pacchetti azionari*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in F. BONELLI – M. DE ANDRÈ (a cura di), Milano, 1990, 29 ss.; G. IUDICA, *Il prezzo nella vendita di partecipazioni azionarie*, in *Riv. soc.*, 1991, 750 ss.

carico del prenditore. Ne discende che – per l’ipotesi in cui la dichiarazione si rivelasse non corretta – potranno ricorrere gli estremi per invocare l’inadempimento della parte finanziata e l’eventuale “accelerazione” del finanziamento in seguito alla decadenza dal beneficio del termine<sup>63</sup>.

La clausola non si attegga in termini tanto diversi nei *contratti di compravendita di azienda o di partecipazioni sociali*, laddove tuttavia la sua previsione è generalmente ricollegata o all’eventualità che il suo mancato verificarsi dell’evento negativo rilevanti costituisca una condizione sospensiva di efficacia del contratto e per il sorgere dell’obbligo di corrispondere al venditore una *tranche* del prezzo, se differito rispetto al momento di conclusione della compravendita; ovvero (in alternativa) a una specifica dichiarazione e garanzia (*representantion & warranties*) rilasciata dal venditore (in quest’ultimo caso viene assicurato all’acquirente che – nel c.d. «interim period» (ossia quello intercorrente tra la sottoscrizione del contratto e la sua esecuzione)<sup>64</sup> – non si siano verificate circostanze negative tali da incidere significativamente il *business* della società *target*<sup>65</sup>. Si capisce, dunque, che gli eventi negativi rilevanti riguardano l’oggetto dell’acquisizione, ossia la c.d. «target»<sup>66</sup>; in altri termini, i mutamenti che esimono dalla responsabilità l’acquirente avrebbero a riferimento la situazione patrimoniale o aziendale dell’impresa (o della società).

Non è pertanto sufficiente che si verifichi l’evento straordinario ma è necessario che quest’ultimo impatti in misura tale sulla *target* da giustificare la risoluzione del contratto<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. *Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL and Another* [2013] EWHC 1039 (Comm); e *Cukurova Finance International Limited and another v Alfa Telecom Turkey Limited* [2013] UKPC2

<sup>64</sup> Durante tale lasso di tempo, infatti, la gestione è ancora in capo al venditore o, in caso di impresa in forma societaria, agli amministratori che ne risultano espressione.

<sup>65</sup> La clausola può essere ad esempio limitata alla “conoscenza” o alla “migliore conoscenza” della parte venditrice: sul punto, v. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase*, cit., 102-103.

<sup>66</sup> Così come, nel caso di clausola «M.A.C.» contemplata da contratti di finanziamento, si riferiscono all’impresa o società beneficiaria dell’erogazione.

<sup>67</sup> È il caso degli effetti sull’andamento di una società commerciale dovuti agli eventi occorsi l’11 settembre 2001, oggetto di un lodo arbitrale del 7 novembre 2003, inedito, e del caso *KRLB Inc.*, 727 S.W. 2d 357 (Tex. App. Amarillo 1987) riguardante

Con riguardo ad entrambi gli ambiti menzionati, è ovvio che l'autonomia privata ha mano piuttosto libera nel definire il perimetro della nozione di «evento negativo rilevante» andando a determinare specifiche eccezioni che – unitamente al “fattore tempo” cui ci si è riferiti in precedenza – potrebbero ulteriormente contribuire a mitigare l'allocazione “unilaterale” del rischio escludendo, ad esempio, dal suo ambito sia situazioni relative al mercato di riferimento, sia l'eventuale oscillazione negativa dei prezzi praticati, sia infine i mutamenti legislativi o regolamentari intervenuti nel frattempo.

In assenza – per il momento, e al contrario di altri ordinamenti – di precedenti giurisprudenziali sul punto<sup>68</sup>, è possibile solo anticipare che, per giungere a una conclusione circa la rilevanza della pandemia, ai fini dell'applicazione della clausola «M.A.C.» – che sia stata inclusa in

---

la vendita di una stazione radiofonica che aveva registrato una significativa diminuzione degli indici di ascolto. Si leggano, per il primo, i rilievi di M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione*, cit., 136, in nota [350] e, per il secondo, le considerazioni di A. TINA, *Il contratto di acquisizione*, cit., 398, in nota [327].

<sup>68</sup> Contribuiscono in modo significativo a dare supporto alle questioni interpretative che si pongono in ragione dell'attuale situazione sanitaria i criteri elaborati dalla giurisprudenza americana, e in particolare, dalle corti del Delaware, in punto di «M.A.C.». Non va trascurato, infatti, che – indipendentemente dalla legge applicabile – è ormai prassi che tale nozione sia oggetto di una definizione negoziata dalle parti che fa costantemente riferimento a un'altra nozione («material adverse effect») che, tuttavia, non viene definita ma declinata nella formulazione della clausola. Al riguardo, i precedenti americani indicano che l'espressione «material adverse effect» dovrebbero essere intesi dalla «longer-term perspective of a reasonable acquiror» in quanto – in mancanza di indicazioni contrarie - «a corporate acquirer may be assumed to be purchasing the target as part of a long-term strategy». Cruciale è quindi comprendere se ci sia stato un mutamento avverso nell'attività di *target* che sia conseguente alle capacità della società di generare profitto, tenendo conto di un periodo “commerciale” ragionevole e che, inoltre, dovrebbe essere misurato in anni piuttosto che in mesi (così, *Akorn, Inc. v Fresenius Kabi, AG*, 2018, WL 4719347 (Del. Ch., 2018); *Channel Medsystems, Inc. v. Boston Scientific Corp., et al.*, C.A. no. 2018-0673-AGB (Del Ch., 2019); *In Re IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.*, 2001, 789 A.2d 14 (Del. Ch., 2001)). Per questo motivo la giurisprudenza del Delaware ha elaborato un test consistente nel comparare i profitti della società in diversi esercizi nel tentativo di determinare se essa si sia ridotta e, in caso, positivo di quanto (si pone pertanto il problema (i) di capire come applicare il criterio di misura dei profitti («Earnings Measurement Problem»), (ii) di identificare alcuni principi con cui selezionare gli esercizi fiscali da mettere a confronto («Fiscal Period Problem»), (iii) di determinare il livello di decremento dei profitti («Percent Diminution Problem»): sul punto, cfr. R.T. MILLER, *Material Adverse Effect*, cit., 8 ss.).

contratti conclusi prima del diffondersi del Covid-19 e della sua qualificazione in termini di «pandemia»<sup>69</sup> – vanno considerate quanto meno due variabili: il concreto tenore letterale della previsione contrattuale e gli effetti di tale evento su una determinata impresa. Pare quindi opportuno solamente accennare ad alcuni elementi che l'interprete e/o l'autorità giudiziaria chiamata ad esprimersi in punto di applicazione di tale clausola potrebbe prendere in considerazione nel proprio percorso argomentativo. A questo proposito, ci si potrebbe chiedere, innanzitutto, se la diffusione a livello mondiale del Covid-19 oppure i suoi *effetti* – in termini di provvedimenti d'urgenza assunti dai governi nazionali (*in primis*, ovviamente, quelli che hanno determinato il «lock-down» di alcune filiere e limitato la libertà di circolazione) – possano rientrare o *nella nozione* di «evento negativo rilevante», quale presupposto di attivazione della clausola (con allocazione del rischio in capo al venditore o alla parte finanziata) ovvero *tra le eccezioni* alla sua operatività (con conseguente spostamento del rischio sull'acquirente o sulla parte finanziatrice).

Un'ulteriore questione da tenere presente è la necessità di tenere distinte le due circostanze (Covid-19/suoi effetti)<sup>70</sup>: a seconda del tenore della clausola, infatti, mentre la specifica circostanza della diffusione del (o di un) *virus* potrebbe non essere stata presa in considerazione dalle parti tra i presupposti e/o le eccezioni alla «M.A.C.», gli effetti provocati sulle imprese dai provvedimenti

---

<sup>69</sup> Si precisa che non si considerano ai fini delle riflessioni sopra riportate le questioni rilevanti ai fini della determinazione del contenuto della clausola «M.A.C.» che potrebbero intervenire dopo la dichiarazione da parte di organi ufficiali e/o istituzione circa la natura pandemica del Covid-19. In tale caso, è verosimile che – nel caso di contratti di compravendita di partecipazioni sociali (ma ciò può ben valere per altre tipologie di contratto) – l'acquirente (o comunque) la parte che potrebbe beneficiare della clausola sarebbe verosimilmente trattato come un soggetto che, avendo piena conoscenza della situazione sanitaria mondiale, ha accettato i relativi rischi. Sotto tale profilo, la data che potrebbe rappresentare uno «spartiacque», potrebbe essere individuata nell'11 marzo 2020: cfr., sul punto, la dichiarazione della WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Director-General's*, cit.

<sup>70</sup> I profili sono ben tenuti distinti anche da A.A. DOLMETTA, «*Misure di contenimento*» della *pandemia*, cit., 157 con riferimento al contenuto del comma 6-bis dell'art. 91 D.l. 18/2020. L'a. mette opportunamente in luce che il giudice chiamato a valutare l'applicazione dell'esimente dovrebbe tenere in considerazione anche le caratteristiche della prestazione sotto vari profili quali, tra l'altro quello dell'oggetto, della causa-tipo, della causa-concreta e delle modalità esecutive.

finalizzati a contrastare l'emergenza potrebbe rientrare tra i primi o, più verosimilmente, essere contemplate tra le eccezioni, posto che – generalmente – la formulazione della clausola prevede un rinvio a «cambiamenti di leggi e regolamenti» che potrebbero ben essere intesi come inclusivi anche di quelli conseguenti alla presenza del (o di un) *virus*<sup>71</sup>. Al di là dell'eventuale riferimento al (o a un *virus*) formulato nella clausola contrattuale sarebbe, in seconda battuta, opportuno anche indagare su alcuni ulteriori profili quali (i) le caratteristiche dello stesso in termini di *durata della situazione epidemiologica*; (ii) la durata dei provvedimenti legislativi assunti per fronteggiare il *virus*; (iii) l'intensità delle misure “coercitive” assunte per effetto degli stessi; (iv) il settore di attività in cui opera la società *target* o parte finanziata.

Nel condurre tale esame, dunque, sarebbe altresì fondamentale interrogarsi circa l'*intensità dell'evento* e il suo *impatto negativo* (la c.d. «materiality»), nonché sotto quello dell'eventuale *nesso causale* tra l'evento che ha causato il mutamento delle condizioni economiche generali e quelli intervenuti nello specifico settore industriale in cui opera la *target* (o il prenditore del finanziamento), posto che la situazione emergenziale, pur avendo coinvolto tutti i settori merceologici, ne ha probabilmente colpiti alcuni più di altri.

Si tratta, in conclusione, di un'attività d'esame necessaria soprattutto per soddisfare un onere della prova non sempre facile da assolvere per la parte che invoca l'attivazione della clausola «M.A.C.» senza contare, tra l'altro, che l'evento riferito a un soggetto – la *target* o la parte finanziata – non si trova nella sua sfera di controllo neppure dal punto di vista informativo.

---

<sup>71</sup> D'interesse da questo punto di vista è uno dei primi approfonditi studi sul punto: cfr. R.T. MILLER, *Material Adverse Effect and the Covid-19 Pandemic*, May 18, 2020, disponibile in <http://ssrn.com/abstract=3603055>, 25 ss. il quale rilevando che «MAE definitions typically include MAE Exceptions related to changes in legal or regulatory conditions, often including changes in “Law” or “Applicable Law”, which the agreement then defines expansively to include not only changes in statutory law but also “orders”, “rulings”, etc.» conclude nel senso che le eccezioni previste da una clausola di tale tenore certamente dovrebbero includere anche i provvedimenti di ogni genere e natura assunti da autorità legislative o governative, a livello nazionale o locale per contenere la diffusione del Covid-19.

## 7. Conclusioni

La perdurante situazione emergenziale dovuta all'epidemia da Covid-19 ha contribuito in modo significativo, tra l'altro, a una rinnovata riflessione sul tema dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali e delle circostanze che – in ragione della loro imprevedibilità ed eccezionalità – possano costituire un'esimente dalla responsabilità.

In tale frangente, le clausole di forza maggiore e di «hardship» rappresentano, senza dubbio, ambiti piuttosto fertili per svolgere considerazioni “di sistema” che – lungi dall'essere limitate all'ambito domestico – ne finiscono per travalicare i confini assumendo, ancor più spiccatamente rispetto a prima, una connotazione internazionale: ciò anche tenendo conto della qualificazione del Covid-19 in termini di “pandemia”.

Lo studio del rapporto tra il funzionamento di tali previsioni contrattuali e la situazione epidemiologica in corso, può diventare, allora, un vero e proprio “laboratorio” in cui sperimentare la modulazione di meccanismi di allocazione del rischio e di adeguamento degli assetti contrattuali valutando, al contempo, i rischi connessi con l'eventuale “abuso” delle clausole di esenzione da responsabilità da parte di chi ne invoca l'attivazione.

Allargando la prospettiva d'analisi, i temi trattati finiscono per rappresentare solamente uno dei molteplici profili che – quanto meno dal punto di vista della riflessione giuridica – le attuali circostanze coinvolgono con inedita originalità e forza. Anche tale circostanza non può essere trascurata nel valutare la misura e gli effetti dell'emergenza in corso: è in tale senso che emerge, dunque, la dimensione *interdisciplinare* dello stato emergenziale che sta indistintamente toccando – con regole per lo più di applicazione temporanea e, allo stesso tempo, derogatorie del diritto comune – ambiti differenti, ma tra loro strettamente collegati, idonei a influenzarsi su base reciproca<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Si pensi, a tale proposito, al *diritto societario* (con riferimento alle previsioni riguardanti il funzionamento degli organi assembleari, le regole sul capitale sociale e la redazione del bilancio: cfr. art. 106 d.l. n. 18/2020 (“Cura Italia”), che tra l'altro prevede l'estensione generalizzata del termine di 180 giorni per la convocazione dell'assemblea annuale di approvazione del bilancio; cfr., altresì, in tema di partecipazione all'assemblea CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, «Massima n. 187»,

In conclusione, pare certo che – al momento e almeno limitatamente ai temi toccati – non sia compito semplice offrire soluzioni definitive da un punto di vista applicativo o anche solo interpretativo: ciò, anche tenendo conto di una situazione in continua evoluzione, dagli esiti incerti e rispetto alla quale una prognosi *ex ante* – oltre che difficoltosa – potrebbe rivelarsi anche infruttuosa.

Almeno in tale fase, dunque, si ritiene – in primo luogo – che l’interprete non possa evitare di tenere in considerazione i suggerimenti che – come visto – giungono da iniziative di gruppi di esperti (ICC; ELI per fare due esempi), sensibili *sia* nel valutare – con un occhio alla dimensione internazionale – le problematiche che le imprese saranno chiamate ad affrontare in termini di presupposti e di limiti di funzionamento delle clausole di forza maggiore e di «hardship», *sia* – in un’ottica più generale – nel contribuire alla diffusione di un approccio culturale a favore delle stesse imprese, al fine di sensibilizzarle sulla necessità di gestire il rischio contrattuale in modo sempre più consapevole<sup>73</sup>. In secondo luogo, si ritiene che un ulteriore contributo essenziale alla soluzione dei problemi interpretativi e applicativi illustrati non potrà che derivare dalla giurisprudenza (ordinaria ed arbitrale): ad essa spetta, infatti, il ruolo di gettare luce su alcune questioni che – come si è avuto modo di vedere – restano ancora irrisolte: può essere il caso dell’esercizio del potere di modificazione/d’integrazione dell’assetto contrattuale originario e della sua ampiezza; nonché d’individuare soluzioni, (eventualmente) anche

---

11 marzo 2020, *Intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione* (art. 2370, comma 4, c.c.); al *diritto della crisi d’impresa* (con riguardo, ad esempio, al profilo della continuità aziendale: cfr. d.l. n. 23/2020 che ha tra l’altro disposto il rinvio dell’entrata in vigore del Codice della Crisi dell’Impresa); alle regole che disciplinano l’*intervento dello Stato in settori strategici* (con particolare riferimento, ad esempio, ai “poteri speciali” esercitabili dal Governo in occasione di acquisizioni o operazioni straordinarie da parte di soggetti “extra-UE”: cfr. d.l. n. 23/2020 (“Decreto Liquidità”); il c.d. «golden power» era stato da ultimo oggetto di riforma con il d.l. n. 21/2012); e, ancora, ad alcuni aspetti del *diritto bancario* (in relazione, ad esempio, alle misure di sostegno per le imprese finalizzate ad incentivarne l’accesso al credito o alla concessione di moratorie: cfr. artt. 49, in tema di Fondo di Garanzia per le PMI, e 56 d.l. n. 18/2020 relativo alle misure di sostegno finanziario a micro, piccole e medie imprese).

<sup>73</sup> Al fine di evitare, tra l’altro, le problematiche evidenziate nel caso in cui l’autonomia contrattuale non si spinga a disciplinare le conseguenze discendenti dal verificarsi di situazioni «imprevedibili».

“creative”, ma convincenti da un punto di vista dogmatico e rispettose delle funzioni assolute dagli istituti contemplati dall’ordinamento<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Il riferimento è, ad esempio, alla figura della c.d. *impossibilità della prestazione parziale* e temporanea a cui fa riferimento un recentissimo provvedimento dell’autorità giudiziaria in occasione di un procedimento cautelari. Sul punto, si v. Trib. Roma, 29 maggio 2020 (ord.), con riferimento al ricorso di un conduttore di ramo d’azienda che chiedeva la sospensione «quantomeno fino a sei mesi dal deposito del ricorso» dell’obbligo di corrispondere i canoni dovuti in ragione del fatto che l’emergenza sanitaria in corso e le misure restrittive imposte dal governo avevano comportato un grave pregiudizio allo svolgimento dell’attività caratteristiche. L’autorità, a questo riguardo, respingendo il ricorso ha sottolineato (i) l’impossibilità di richiamare gli articoli 1175 e 1375 c.c. ritenuti non sufficientemente persuasivi e comunque non idonei a essere dilatati fino a toccare le obbligazioni principali del contratto, con il rischio di «minare la possibilità, per le parti, di confidare nella necessaria» stabilità degli effetti del negozio; (ii) l’impossibilità di applicare l’articolo 1467 c.c., in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto incompatibile con il principio del «pacta sunt servanda» e con la volontà del ricorrente di mantenere in essere il rapporto contrattuale; (iii) la complessa valutazione dei presupposti per applicare, nel caso di specie, la figura dell’impossibilità della prestazione, in ragione della difficoltà – lamentata dal ricorrente – non solo di non poter utilizzare i locali presso cui l’attività aziendale era svolta ma tutto il complesso dei beni di cui si componeva il ramo d’azienda, con la conseguente applicazione a favore del ricorrente medesimo ex art. 1464 c.c. di una riduzione del canone limitatamente al solo periodo d’impossibilità parziale avendo riguardo alla possibilità di utilizzare il ramo d’azienda come magazzino e al fatto che esso era pur sempre rimasto nella disponibilità del ricorrente.