

# The Cardozo Electronic Law Bulletin

Profili dell'obbligo rinegoziativo tra  
tradizione e rinnovamento

Silvio Pietro Cerri

Can You Imagine a World Without  
Judges (or a World with  
Robot-Judges)?

Giovanni Maria Riccio

The Environmental Issue and the  
Representation of Future  
Generations: What Models for Italy?  
Comparative Law Suggestions

Dario Elia Tosi

## The Cardozo Electronic Law Bulletin

### EDITOR IN CHIEF

Pier Giuseppe Monateri  
(Università degli Studi di Torino; Sciences Po-Parigi)

### MANAGING EDITORS

Cristina Costantini (Università degli Studi di Perugia)  
Mauro Balestrieri (Università degli Studi di Torino)  
Davide Gianti (Università degli Studi di Torino)

### SCIENTIFIC COMMITTEE

Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata)  
Duncan Fairgrieve (British Institute of International and  
Comparative Law)  
Maria Rosaria Ferrarese (Università degli Studi di Cagliari)  
Günter Frankenberg (Goethe-Universität)  
Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola  
Benincasa di Napoli)  
Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia)  
Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia)  
Ugo Mattei (Università degli Studi di Torino)  
Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo)  
Horatia Muir Watt (Sciences Po-Parigi)  
Roberto Pardolesi (LUISS Guido Carli)  
Giorgio Resta (Università di Roma Tre)  
Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno)

### REFEREES

Daniela Carpi (Università degli Studi di Verona)  
Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno)  
Francesco Di Ciommo (LUISS Guido Carli)  
Rocco Favale (Università degli Studi di Camerino)  
Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova)  
Pablo Moreno Cruz (Universidad Externado de Colombia)  
Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo)  
Federico Pizzetti (Università degli Studi di Milano)  
Alessandra Quarta (Università degli Studi di Torino)  
Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno)  
Giovanni Sciancalepore (Università degli Studi di Salerno)  
Giovanni Varanese (Università degli Studi del Molise)  
Arianna Vedaschi (Università Bocconi)  
Andrea Zoppini (Università di Roma3)

Sito web: <https://www.ojs.unito.it/index.php/cardozo/index>

e-mail: [celbulletin@gmail.com](mailto:celbulletin@gmail.com)

©1995-2024 ISSN 1128-322X





SILVIO PIETRO CERRI

## PROFILI DELL'OBBLIGO RINEGOZIATIVO TRA TRADIZIONE E RINNOVAMENTO

**Abstract:** Lo studio affronta il tema della conservazione del contratto alla luce di sopravvenienze perturbative dell'equilibrio tra gli interessi oggettivati nella stipula. Viene quindi effettuata la disamina degli istituti dello *ius variandi* e della c.d. "rinegoziazione contrattuale", strumenti in grado di salvaguardare il contratto che, divenuto non più efficiente rischia di minare, in particolare, gli interessi della parte contrattualmente più debole.

**Keywords:** contratto, rinegoziazione, buona fede

TABLE OF CONTENTS: 1. Conservazione del contratto come efficiente conduzione del rapporto – 2. Clausola rinegoziativa nel panorama internazionale – 3. Obblighi derivanti dalla clausola rinegoziativa – 4. Rinegoziazione e intervento del terzo nell'esperienza italiana e internazionale

### *1. Conservazione del contratto come efficiente conduzione del rapporto*

La revisionabilità dei rapporti contrattuali costituisce materia oggetto di studio da molti secoli: ricorda in proposito la dottrina come dalla tomistica e dallo studio del diritto canonico si siano introdotte «nuove idee di giustizia commutativa volte ad assicurare un giusto prezzo, un giusto equilibrio tra le prestazioni», con conseguente ricerca di mezzi adeguati al «rispetto dell'assioma del giusto prezzo» all'interno del Digesto, da cui era possibile trarre soluzioni che avrebbero poi conseguito, proprio nel Medioevo, l'istituzionalizzazione della rescissione contrattuale per lesione e della c.d. clausola *rebus sic stantibus*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 1022 ss., spec. p. 1023 s.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, p. 804; ID., *Trattato del contratto*, 3, I rimedi. La fiducia. L'apparenza, Torino, 2010, p. 2345 ss., spec. p. 2346 s. Si tratta di istituti tra loro certamente legati da una radice comune dal momento che, a fronte della necessità di equilibrio tra prestazioni ai



È nel primo codice di matrice europea uno dei primi tentativi di disciplinare in modo organico il fenomeno delle sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali: si tratta del c.d. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis del 1756<sup>2</sup>. Possiamo ad ogni modo affermare come sino all'Ottocento si sia, quantomeno, ingenerata l'idea di una generale ammissibilità di istituti rimediali finalizzati a rendere il contratto, divenuto non più efficiente a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta, riequilibrabile ovvero, nella peggiore delle ipotesi, caducabile. Al contrario, nel periodo successivo e per circa un secolo, l'interesse per la ricomponibilità dell'assetto degli interessi contrattuali compromesso da sopravvenienze ha riscontrato poco interesse negli ordinamenti giuridici, e in particolare di common law<sup>3</sup>, particolarmente improntati ad escludere l'effetto liberatorio dell'impossibilità all'adempimento contrattuale, sia di tipo originario (common mistake) che sopravvenuto (impossibility)<sup>4</sup>: ciò, in osservanza – talvolta acriticamente persistente, ove scevra da una reale considerazione degli studi sulla teoria del mutamento di circostanze – del principio pacta sunt servanda. Motivo per cui assume notevole importanza, in detto periodo, la dottrina dell'errore, e le

---

fini della validità di un contratto, di validità persistente si sarebbe potuto parlare solo alla luce di un persistente equilibrio sino al momento esecutivo del contratto medesimo, di talché si sarebbe ritenuto opportuno distinguere tra contratti qui unico momento perficiuntur (cioè a dire ad esecuzione immediata) e contratti qui habent tractum successivum (ad esecuzione differita) (si tratta di una distinzione probabilmente dovuta a Bartolo: cfr. G. OSTI, Clausola rebus sic stantibus, in Noviss. Dig. it., III, Torino, 1957, p. 356). Nel primo caso, in caso di mancato equilibrio al momento della stipula, vi sarebbe stata invalidità contrattuale per lesione; nel secondo, sarebbe stato necessario un equilibrio tra prestazioni perdurante sino al momento esecutivo (sul punto, F.A. DUBOIN, Collezione progressiva e per ordine di materie delle Decisioni dei Supremi Magistrati degli Stati di terraferma del Re di Sardegna, III, Torino, 1832, p. 650 ss.: ove vi fosse lesione sopravvenuta, si dava seguito a riconduzione del contratto ad equità), con rischio, in caso contrario, di caducabilità totale ovvero, in ottica maggiormente conservativa e, soprattutto, in applicazione della citata clausola rebus sic stantibus, una reductio ad aequitatem: cfr., per riferimenti, P. GALLO, Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, Milano, 1992, p. 79 ss.

<sup>2</sup> Il § 12 del Tit. IV, Cap. 15, in particolare, afferma che «Poiché (...) tutti i vincoli racchiudono tacitamente in sé la clausola rebus sic stantibus, essi divengono invalidi anche per il mutamento della cosa dedotta in obbligazione, ma solamente quando si verificano i seguenti tre requisiti: 1° che tale mutamento non abbia occasione né da mora, né da culpa aut facto debitoris; 2° che non fosse facile da prevedere; 3° che sia di tal natura, che, se il debitore lo avesse saputo prima, secondo l'opinione disinteressata e onesta delle persone intelligenti non avrebbe consentito ad obbligarsi: rimanendo tuttavia, pur in tali circostanze, da valutare secondo l'apprezzamento giuridico, se l'obbligazione debba essere tolta di mezzo completamente, o solo ridotta in proporzione dell'avvenuto mutamento»: con conseguente ampia discrezionalità giudiziale per determinare sia il discrimen tra sufficienza o meno del mutamento circostanziale ai fini della ricorribilità ai suddetti strumenti rimediali, sia, in caso di acclarata ricorribilità, la decisione in ordine al rimedio maggiormente efficiente per entrambe le parti contrattuali.

<sup>3</sup> Cfr. P. GALLO, Revisione e rinegoziazione del contratto, cit., p. 805.

<sup>4</sup> Cfr. P. GALLO, v. Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato, in Dig. disc. priv., Sez. civ., IV, Torino, 1991, p. 246 ss.



prime deroghe al *pacta sunt servanda* basano la propria ratio sulla volontà presunta delle parti ovvero sulle condizioni contrattuali implicite.

Nel Novecento, i conflitti mondiali e il conseguente inflazionismo portano «ad un ripensamento dell'intera questione della sopravvenienza contrattuale»<sup>5</sup>, e «a partire dagli anni Novanta (...) la dottrina» inizia «ad auspicare una maggior flessibilità, tale da scongiurare la rigida alternativa tra conservazione immutata del contratto e risoluzione. In questa prospettiva si è evidenziata la maggior razionalità delle tecniche di conservazione del contratto imperniate sulla rinegoziazione e sulla revisione giudiziale del contratto, rispetto a quelle puramente ablativo», tutto ciò intrecciandosi «con una progressiva rivalutazione dei profili equitativi del contratto. Non si ritiene in altre parole più sufficiente che l'accordo sia stato concluso, ma si richiede, affinché l'accordo possa essere considerato valido, che sia il più possibile giusto ed equo»<sup>6</sup>.

Parte della dottrina ha osservato come l'introduzione di una clausola rinegoziativa «potrebbe far sorgere il dubbio che il contratto manchi di completezza e quindi anche di vincolatività compiuta»<sup>7</sup>.

In realtà, il principio di vincolatività contrattuale non si presta ad un'unica interpretazione.

In una prima accezione, infatti, si traduce in una idea d'inammissibilità del potere di scioglimento dal vincolo contrattuale in senso unilaterale: idea in ordine a cui è oggi possibile contrapporre il diritto positivo sancito dal legislatore nelle previsioni in tema di recesso unilaterale, nonché le ipotesi di

---

<sup>5</sup> Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 806.

<sup>6</sup> In questi termini ancora P. GALLO, *Dai rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, p. 290; ma v. anche ID., *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit.; ID., *La revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998.

Sulla importanza della scelta, tra i rimedi manutentivi del contratto divenuto non più equilibrato, del «controllo di ragionevolezza» da parte dell'interprete v., di recente, le osservazioni di G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss., spec. p. 734, ove si evidenzia che proprio detto «rimedio ragionevole» sia particolarmente utile, spesso in unione con il principio di proporzionalità, quale tecnica volta a favorire «la conservazione e la stabilità dell'accordo»; in ordine alla diversa funzione dei rimedi ablativi e manutentivi v., inoltre, D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 387 ss. V. inoltre, più in generale, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545, nonché ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. (ma rinvenibile anche in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 49 ss.).

<sup>7</sup> Sul punto, v. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 200.



ius poenitendi di origine comunitaria<sup>8</sup>. Connessa alla questione dello scioglimento contrattuale per volontà unilaterale è possibile, inoltre, rinvenire quella relativa al conflitto tra il principio pacta sunt servanda e il potere unilaterale di modifica (ius variandi unilaterale)<sup>9</sup>, potere che prende la forma di un diritto potestativo il quale, pur potendo apparire in contrasto con l'altro principio di bilateralità del contratto<sup>10</sup>, costituisce un *modus operandi* che, ove risulti da precedente accordo e non incarni situazioni di abuso, deve ritenersi di acclarata validità nel nostro ordinamento.

Altra possibile chiave di lettura del principio di vincolatività contrattuale si rinviene nel concetto di “forza di legge” di cui all'art. 1372 c.c., in ordine a cui la dottrina rinviene, da tempo, una «metafora avente carattere enfatico»<sup>11</sup>, a meno che non la si declini come “serietà del volere”, come “tener fede agli impegni presi”<sup>12</sup>, come attualità del volere, ovvero in termini di possibilità per

---

<sup>8</sup> G. VETTORI, *La vincolatività*, in Tratt. dir. priv. diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, XIII, 5, Torino, 2002, p. 3; C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 414; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010, p. 110; già molto prima in L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, p. 170, la previsione contrattuale trovava la propria base concettuale nella determinazione unilaterale del prezzo nel contratto di vendita ex art. 1322 c.c.: in proposito, mentre da una parte ha evidenziato come la modifica unilaterale sia tipica di alcuni contratti come, ad esempio, mandato e somministrazione (A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005, p. 54), dall'altra si è sottolineato il rischio, in ipotesi di sopravvenienze, dei «contratti troppo completi che non riescono ad avere flessibilità» (così D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in Riv. dir. priv., 2008, p. 526).

<sup>9</sup> Cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, loc. cit.

<sup>10</sup> G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in Banca borsa tit. cred., 1987, II, p. 98. In ordine, poi, alla questione se la determinazione ex art. 1349 c.c. sia estendibile alla determinazione di parte, v. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 75, il quale sostiene come l'art. 1349 c.c. debba intendersi come non complanare al potere unilaterale di modifica del contratto: la S.C., in proposito, dichiarava la nullità della clausola di un contratto di agenzia che prevedeva la facoltà, in capo al preponente, di apportare modifiche alle provvigioni: cfr. Cass., Sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Contratti*, 1998, p. 255, con nota di R. LENER, *Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 338, con nota di A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2889, con nota di S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*

<sup>11</sup> In questi termini F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 287; ma v. anche F. MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 957.

<sup>12</sup> Cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, rist. 1978, p. 242, nonché P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi effetti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230; M. BARCELONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1974, p. 487; G.



il volere di tradursi in azione<sup>13</sup>.

Ed è alla luce di tali ultime osservazioni che può affermarsi come l'introduzione di obblighi rinegoziativi costituisca concreta espressione del principio di vincolatività, garantendo, con la propria attuazione, una stabilità al vincolo che, incontrando nel tempo eventuali sopravvenienze perturbative dei propri originari equilibri, s'imbatte in «situazione simile a quella del c.d. contratto incompleto, in cui le parti hanno concordato la riserva di determinazione di alcuni aspetti»<sup>14</sup>. Quando si parla di “contratto incompleto”, deve distinguersi tra incompletezza economica ed incompletezza in senso più prettamente giuridico: nel primo caso ci si riferisce, ad esempio, ad una transazione che non tenga in debito conto una circostanza potenzialmente incidente sui guadagni attesi dalle parti<sup>15</sup>; nel secondo caso si fa riferimento a quella regola del rapporto non sufficientemente definita dalle parti, in tal modo prestandosi a correzioni ed integrazioni<sup>16</sup>.

---

ALPA, Libertà contrattuale e tutela costituzionale, in Riv. crit. dir. priv., 1995, p. 35 ss.; M. BESSONE, Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto, in Giur. it., 1978, IV, c. 97.

<sup>13</sup> V. D. BARBERO, v. Condizione (diritto civile), in Noviss. Dig. it., III, Torino, 1967, p. 1101. Sul punto, fondamentali e risolutive si rivelano le osservazioni di P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, I, Diritto e politica, metodi e scuole. Unitarietà dell'ordinamento e pluralità delle fonti, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006, p. 380 s., il quale osserva come sia proprio della «moderna concezione del contratto» un definitivo allontanamento «dalla tradizionale interpretazione volontaristica del principio pacta sunt servanda».

<sup>14</sup> Cfr. E. DEL PRATO, Sulle clausole di rinegoziazione del contratto, in Riv. dir. civ., 2016, p. 805.

<sup>15</sup> In ordine all'idea di connessione dello strumento contrattuale con le teorie d'incompletezza economica, cfr. A. SCHWARTZ, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreement and Judicial Strategies, in Journ. Leg. St., 1992, 21, 2, p. 271 ss.; A. SCHWARTZ, J. WATSON, The Law and Economics of Costly Contracting, in Journ. Law Econ. Org., 2004 (2), p. 20; R.E. SCOTT, The Law and Economics of incomplete contracts, in Annual Rev. of Law and Social Science, 2006 (2), p. 279. Sul punto v. anche R. PARDOLESI, Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 1996, p. 451 ss.; G. BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, Padova, 2000; R. LANZILLO, Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale, in Contr. e impr., 1985, p. 317 ss.; infine, secondo D. SCARPA, Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano, in Contr. e impr., 2013, p. 974 s., «La necessità di sottoporre a verifica il principio della assoluta vincolatività del contratto viene sostenuta nell'ambito della teoria gius-economica degli incomplete contracts. La suddetta teorizzazione contrattuale pone in primo piano le esigenze di flessibilità del regolamento contrattuale in un contesto, come quello del commercio internazionale, nel quale la rapidità dello svolgimento dei traffici economici, la celerità delle vicende economiche e l'intensificazione delle interconnessioni tra i soggetti del sistema economico rendono i rischi di futuri perturbamenti degli originari equilibri contrattuali soggetti ad una costante implementazione, sia in senso qualitativo che in senso quantitativo».

<sup>16</sup> Sul punto v. G. BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, cit., p. 67; v. anche A. FICI, Il contratto «incompleto», cit., passim; da ultimo, AA.VV., Correzione e integrazione del contratto, opera diretta da F. Volpe, Torino, 2016, passim.

Sull'ammissibilità della categoria del contratto incompleto nell'ordinamento italiano, imprescindibile risulta, inoltre, il richiamo alla giurisprudenza concernente l'art. 1346 c.c. nell'ambito della quale si v.,



A tale proposito, per come risulta analizzata dalla dottrina italiana, la questione concernente la ipotizzabilità di un valido contratto incompleto incarna, sostanzialmente, un problema di rappresentazione dell'oggetto contrattuale. Rimanendo, quindi, la possibilità di riconoscere validità ad un contratto incompleto, connessa ad una concezione stretta di determinabilità dell'oggetto<sup>17</sup>, è possibile rinvenire nella introduzione di clausole rinegoziative

---

ex multis, Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in Rep. Foro it., 2008, v. Contratto in genere, n. 57 e, ancor prima, Cass., 19 marzo 2007, n. 6519, in Foro it., 2007, I, c. 1699, con nota di G. BELLANTUONO, Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale, e in Giur. it., 2007, p. 2174, con nota di F. COSTANTINI, Nota in tema di nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto; ancora, Cass., Sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, cit.

<sup>17</sup> Osserva in proposito D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., p. 510, come «continuare oggi a dibattere sul significato che deve avere un elemento, concettualmente non presente in tutti gli ordinamenti europei (quale è l'oggetto)» faccia «perdere di vista che si tratta di strumenti elaborati per tutelare interessi meritevoli di tutela e, se si vuol ancora investire nel processo di convergenza degli ordinamenti, si dovrebbe consentire che gli strumenti della nostra tradizione possano “cedere il passo” ad altri meccanismi egualmente efficaci e “testati” in altri contesti».

Con riferimento, poi, ai c.dd. Relational Contracts (accordi di tipo informale, generalmente firmati tra società, e finalizzati a costituire rapporti futuri, con il vantaggio di permettere di stabilire in modo graduale – alla luce degli sviluppi del rapporto in fatto e in diritto – la regola del rapporto medesimo), può sottolinearsi come rimangano ben distinti dai contratti propriamente detti, incarnando accordi giuridicamente non vincolanti, almeno in via di principio, dispiegandosi, piuttosto, in ambito “metagiuridico”: tale categoria, in sostanza, nasce dalla dottrina nordamericana nell'analisi sociologica dello scambio, prima ancora di approdare all'ambito propriamente giuridico. In detti contratti la logica cooperativa tendente a realizzare gli interessi sottesi alla stipula si sovrappone alla logica “egoistica”, tipica dello scambio isolato (indicato in ambito anglosassone, proprio in antitesi al modello del long-term contract, come discrete transaction), normalmente ad efficacia istantanea: cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in Enc. dir., Annali, Milano, 2008, 2, pp. 1071, 1081; ma v. anche ID., *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in Riv. Scuola Sup. econ. e fin., 3, 2005, p. 119 ss. Gli studiosi che, soprattutto nei sistemi di common law nordamericano, si sono improntati a tale configurazione dei rapporti contrattuali, si sono detti favorevoli all'intervento giudiziale in ambito contrattuale, in caso di sopravvenienze perturbative dell'originario equilibrio tra prestazioni dedotte in stipula. La categoria dei relational contracts, recepita, infine, anche dalla dottrina italiana, in seno a quest'ultima ha contribuito alla valorizzazione del principio di buona esecutiva. Per l'impostazione, invece, critica verso tale categoria, vi è chi ritiene come tutte le problematiche mediante detta categoria posti in luce siano stati, in realtà, già da tempo considerati dalla dottrina giuridica dei Paesi di civil law, per quanto partendo dalla categoria dei contratti di durata: cfr. A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, p. 266 s. In risposta a tale critica, si parla in termini di pregiudizio, nella negazione di rilevanza giuridica ad un modello di scambio caratterizzato da prospettiva, di tipo sociologico, isolata sul piano del mero fatto e dell'osservazione empirica, non ancorata ad un'analisi di tipo giuridico del rapporto promanante da contratto, e si afferma anche come l'erroneità di detta disamina, affetta da pregiudizi, sia rinvenibile nella lettura dei contributi della dottrina di common law, protesi ad una valutazione delle dimensioni contrattuali “implicite”, a mezzo dello studio dei modelli di scambio sia relazionale che di rete: cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1081, ove si richiama D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN (eds.), *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational, and Network Contracts*, Oxford, 2003. Quanto alle origini dei relational contracts, v., ex multis, S. MACAULAY, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in American Soc. Rev., 1963, vol. 28, n. 1, p. 55; I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980; C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in Virginia L. Rev., 1981, vol. 67, n. 6, p. 1089; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements*



elementi non inficanti l'efficacia vincolante dell'accordo, bensì che ne consolidano il vincolo nel tempo<sup>18</sup>.

## 2. Clausola rinegoziativa nel panorama internazionale

L'esercizio dell'autonomia privata in funzione integrativa di quanto già predisposto dall'ordinamento mira, in via di principio, ad una tutela quanto più concreta degli interessi dedotti in stipula e che si trovano, pertanto, alla base del motivo oggettivato: la regola legale spesso costituisce, infatti, il risultato di un giudizio preconstituito su basi al contempo di prassi, giurisprudenza e studio, ma difficilmente potrà mai essere costantemente in linea con i cambiamenti propri della pratica degli affari che, per sua stessa natura, è in continua evoluzione.

Nel diritto dei contratti, caratterizzato anche da un ormai acclarato allargamento a fattispecie di promanazione internazionale, si è sempre più imposto un atteggiamento di conservazione "estrema" del rapporto negoziale: da ormai qualche decennio è possibile scorgere la ricerca di strumenti di gestione e conservazione degli equilibri contrattuali propri della fase genetica del negozio.

Tra detti strumenti può certamente annoverarsi la c.d. clausola rinegoziativa del contratto<sup>19</sup>, nata e sviluppatasi nel panorama contrattuale internazionale

---

and Judicial Strategies, cit., p. 271 ss.

<sup>18</sup> In tal senso, S. LANDINI, Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali, cit., p. 202.

<sup>19</sup> In tema di clausola rinegoziativa del contratto la dottrina è molto ampia: v. di recente E. GABRIELLI, Sopravvenienza e rinegoziazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2024, p. 11 ss.; S.P. CERRI, Conservazione e adeguamento del contratto, Napoli, 2020; P. GALLO, Il contratto, cit., p. 1038 ss.; ID., Trattato del contratto, cit., p. 2360 ss.; ID., Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, cit.; M.P. PIGNALOSA, Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze, in Nuova giur. civ. comm., 2015, II, p. 411 ss.; S. LANDINI, Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali, cit., p. 179 ss.; E. DEL PRATO, Sulle clausole di rinegoziazione del contratto, cit., p. 801 ss. (ora in ID., Lo spazio dei privati. Scritti, Bologna, 2016, p. 469 ss.); C. CREA, Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare, Napoli, 2013; L. CASTELLI, L'obbligo di rinegoziazione, in Contratti, 2016, p. 185 ss.; A. PISU, L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione, Napoli, 2017.

Con riferimento alla dottrina straniera riguardante i contratti stipulati tra soggetti eterogenei si v., in particolare, M. FONTAINE, Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, in Dr. prat. comm. int., 1976, p. 7 ss.; ID., Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses, Paris, 1989, p. 249 ss.; P. FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, in Rev. arb., 1979, p. 67 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, Hardship and interverner clauses, in Journ. bus. l., 1980, p. 82 ss.; A. GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties, Paris, 1980; P. VAN OMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux, in Rev. dr. int. dr. comp., 1980, p. 15 ss.; R. FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, in Rev. trim. dr. civ., 1983, I, p. 1 ss.; G. ROUHETTE, La révision



per poi approdare anche a livello di contrattualistica maggiormente “localizzata”<sup>20</sup>: per sua natura, non incanalabile in modo perfetto all'interno della totalità degli schemi contrattuali, ma versata all'adattamento a fattispecie concrete.

La previsione della clausola rinegoziativa mira a regolamentare il fenomeno delle sopravvenienze attraverso l'imposizione, alle parti, dell'obbligo di riorganizzazione dell'assetto degli interessi dedotti in contratto: al sopraggiungere di circostanze potenzialmente risolutorie viene quindi in soccorso la prefigurazione, in sede di stipula, di una valida alternativa finalizzata a mantenere in vita il rapporto.

L'esigenza principale, in questo senso, è quella di prevedere una soluzione a quante più possibili variazioni verificabili nel corso del rapporto negoziale, individuandone l'incidenza quali-quantitativa sull'assetto degli interessi. A fronte della difficoltà d'individuare dette variabili, tuttavia, viene spesso fatto riferimento al fenomeno rinegoziativo in senso più “metodologico” che non di “risposta precisa” ad ogni possibile evento sopravvenuto: rinegoziazione intesa, pertanto, in termini di strumento a mezzo del quale le parti, in ottica (ri)costruttiva, debbano sentirsi vincolate ad una revisione del rapporto contrattuale, in stretta connessione con il mantenimento degli originari equilibri.

Il rapporto contrattuale va conservato e difeso dalla sua inopportuna risoluzione come dalla sua sopravvenuta inefficienza, le quali a loro volta non

---

conventionnelle du contrat, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 369 ss.; G.R. DELAUME, *Change of circumstances and force majeure clauses*, in *Transnational law*, 1981, p. 333; D.M. PHILIPPE, *Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986; M. BARTELS, *Contractual adaptation and conflict resolution*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt a.M., 1985; N. HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt a.M., 1985; W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, London, 1995; G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, München, 1988; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1994; H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ZIP 1995, p. 1063.

<sup>20</sup> Tra i contributi di maggiore interesse in ordine alla disamina dell'espansione a livello internazionale della clausola rinegoziativa, v. M. HERVOCHES, B.F. LEFEBVRE, *Contrats internationaux: difficultés d'exécution*, in *Bull. eur. et int.*, 1995, p. 15; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCA (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, p. 36; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in U. DRAETTA, C. VACCA (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 324; S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 170.



costituiscono, spesso, solo un fallimento dell'operazione economica in sé, ma anche un inutile dispendio di mezzi economici e di tempo, difficilmente recuperabili con trattative da intraprendere con nuovi soggetti<sup>21</sup>.

È alla luce di ciò che nella pratica internazionale degli affari è nata la tendenza ad apprestare metodi e strumenti volti a gestire i rischi propri dell'esecuzione contrattuale e la rinegoziazione costituisce, in tale sfondo, lo strumento principe: trova in tal modo maggiori ostacoli il concetto d'immutabilità contrattuale a fronte di sopravvenienze perturbative degli originari equilibri stipulatori con maggiori aperture, per contro, al concetto di contratto autoimmune, proteso ad autoplasmarsi in vista di una concreta gestione del rapporto<sup>22</sup>.

Nell'ordinamento italiano vi sono, tra i mezzi di "riequilibrio" generalmente previsti in sede convenzionale, le clausole di indicizzazione<sup>23</sup>, di revisione, di salvaguardia e di forza maggiore<sup>24</sup>.

In generale, la clausola rinegoziativa deve valutarsi in termini di strumento rimediabile meritevole di tutela giuridica<sup>25</sup>: da importanti studi sulla prassi

<sup>21</sup> P. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, in *Journ. dr. int.*, 1975, p. 475; ma v. anche A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 324.

<sup>22</sup> Cfr. in proposito R. CICALA, *Saggi. Sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1990, p. 178; nonché i più risalenti studi di R. DEL MARMOL, *Réflexion sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires*, in *Jour. (Belge) des Tribunaux*, 1973, p. 69; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 279; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 369. V. sul punto anche S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, cit., p. 179, il quale sottolinea in proposito che «La volatilità dei mercati finanziari, l'incertezza dell'andamento dell'economia, l'emersione di nuovi rischi impongono di riflettere su come gestire l'inatteso. Anche le relazioni contrattuali si trovano a fronteggiare queste condizioni, in particolare le relazioni contrattuali di durata per le quali diviene importante introdurre clausole che consentano di adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenienze in modo da garantire la stabilità e la durata del vincolo».

<sup>23</sup> Cfr., ex multis, F. CARBONETTI, *Clausole di indicizzazione*, in N. IRTI, *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato a cura di N. Irti*, 1, Milano, 1980, p. 125 ss.; B. INZITARI, *Clausole monetarie*, in INZITARI B., VISENTINI G., DI AMATO A., *Moneta e valuta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. diretto da F. Galgano*, VI, Padova, 1983, p. 139 ss.; E. QUADRI, *Le clausole monetarie*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, 7, Torino, 1983, p. 485; ID., *Clausole di garanzia monetaria (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 3 ss.; ID., *Indicizzazione, interessi ed usura (nuove prospettive per un vecchio problema)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 523 ss.; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Artt. 1277-1284*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 280 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 249 ss.

<sup>24</sup> Cfr. in proposito C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in AA.Vv., *L'appalto privato*, trattato diretto da M. Costanza, Torino, 2000, p. 273, nonché, per un interessante esempio di clausola di richiamo alla "forza maggiore" rinvenibile nella prassi contrattuale internazionale, M. BIANCHI, *Dizionario delle clausole contrattuali nei contratti internazionali*, Milano, 2006, p. 145.

<sup>25</sup> Si v. in proposito le interessanti osservazioni di G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 545, secondo il quale l'art. 1467 c.c. costituisce elemento sintomatico della poca adeguatezza «degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze: tale disposizione, infatti, riconosce la possibilità di richiedere



contrattuale, infatti, sono rinvenibili alcune teorie relative alla possibile esistenza di una fonte legale dell'obbligo di rinegoziazione del contratto divenuto relativamente od assolutamente inefficiente<sup>26</sup>, soprattutto attraverso l'impiego della regola della buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 c.c.<sup>27</sup>, la quale impone un generale dovere di correttezza nella gestione del rapporto che a sua volta consente anche, ove necessario, una integrazione del contenuto

---

la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio (la avvantaggiata)». Per la dottrina internazionale sul tema si v. M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme*, cit., p. 7 ss.; ID., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 249 ss.; D.M. PHILIPPE, *Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, cit.; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, cit., p. 1 ss.; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, cit.; G.R. DELAUME, *Change of circumstances and force majeure clauses*, cit., p. 333; P. VAN OMMESLAGHE, *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*, cit., p. 15 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and intervenor clauses*, cit., p. 82 ss.; P. FOUCHARD, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, cit., p. 67 ss.; Ph. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, cit., p. 467 ss.; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, in *Journ. dr. int.*, 1974, p. 794 ss.; N. HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, cit.; M. BARTELS, *Contractual adaptation and conflict resolution*, cit.; G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, cit.

<sup>26</sup> Sul punto v., tuttavia, E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, cit., p. 807, il quale sottolinea come non possa in assoluto sostenersi che «con l'obbligo di rinegoziare, le parti intendano preservare l'equilibrio originario», essendo «anzi, verosimile il contrario, perché, se le parti avessero voluto perseguire l'equilibrio originario, avrebbero previsto un adeguamento automatico», e pur dovendosi aggiungere anche come «Questa prospettiva» non sia, tuttavia, «generalizzabile: possono ipotizzarsi casi in cui un adeguamento automatico non è originariamente preventivabile o richiederebbe previsioni troppo complesse». V. inoltre A.M. GAROFALO, *Il dovere di rinegoziazione: spunti ricostruttivi a partire dall'eredità dell'emergenza pandemica*, in *Persona e Mercato*, 2024, p. 391 ss., spec. p. 426 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320, che sottolinea come «necessari, tutti i riferimenti al principio di buona fede, sia nell'interpretazione sia nell'esecuzione del contratto, potendosi innanzitutto ipotizzare, ex art. 1366 c.c., che le parti avrebbero comunque trattato per la conclusione del contratto (...), ma sulla base delle attuali condizioni, dal momento che sarebbe non solo svantaggiosa, ma del tutto irragionevole, una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà»; ma v. anche E. SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 919, il quale ritiene rinvenibile un obbligo rinegoziativo fondato su clausola generale di buona fede con particolare riferimento al contratto di mutuo oneroso. Contra, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 807; M. BARCELONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 480 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 710 ss.; F. GAMBINO, *I problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 55 ss.; ID., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347; ID., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 347.



contrattuale<sup>28</sup>, costituendo così una possibile fonte di obbligo rinegoziativo in capo alla parte avvantaggiata da sopravvenienze.

Resta fermo che il limite fondamentale dell'attività adeguativa del contratto turbato da sopravvenienze rimane quello dell'esecuzione in piena coerenza con quanto negozialmente statuito, nel rispetto dei relativi equilibri economici, in vista del conseguimento delle finalità stabilite. Il contratto, ora rivelantesi non più adeguato a pienamente soddisfare gli interessi in esso dedotti, "risollewa" le proprie sorti muovendo le parti – in ossequio al dovere di comportamento secondo buona fede, e alla luce di un più universale principio di solidarietà – al recupero di un equilibrio economico perduto, e la cui assenza ostacola una delle parti, a fronte della prestazione cui è tenuta, nel ricevere «quel vantaggio in considerazione del quale è stata, in fase genetica, determinata l'entità della prestazione medesima»<sup>29</sup>.

Ma è in particolare a livello sovranazionale che sono rinvenibili diversi tentativi d'istituzionalizzare il fenomeno rinegoziativo<sup>30</sup>. Nella pratica internazionale degli affari spesso si parla di hardship clauses, clausole di

---

<sup>28</sup> In ordine alla funzione integrativa della buona fede v. l'autorevole disamina di A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, p. 61 ss., spec. p. 63 s., ove si sottolinea, anche alla luce di un importante excursus storico-giuridico sul tema, che «Le interrelazioni fra equità e buona fede (che trovano forti ascendenze nel diritto romano), in cui la prima ha funzione di adiuvar e di supplire e la seconda quella di correggere, si risolvono in definitiva nella realtà attuale in una netta prevalenza della seconda sulla prima, la quale ultima, di fronte all'affermarsi delle idee del positivismo giuridico e all'emanazione delle grandi codificazioni, ha subito un inarrestabile declino: si sottolinea come, nella formulazione dell'art. 1374 c.c., equità ed usi non possano essere considerate fonti autonome di integrazione, in quanto è lo stesso sistema giuridico che indica i luoghi e le situazioni nei quali è consentito al giudice di ricorrervi»; più di recente, ID., *Ermeneutica e permanenze nel diritto contrattuale*, in L. PELLEGRINI (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, 2, Napoli, 2018, p. 1733 ss., spec. p. 1737 s.; F. SCAGLIONE, *I negozi successori anticipatori*, ivi, p. 1755 ss., spec. p. 1757, ove si evidenzia che «il processo ermeneutico teso alla ricognizione del contenuto del contratto ed alla sua qualificazione-integrazione, non è disgiunto da quello ricostruttivo della sua causa costituendone, invece, parte integrante. La comune intenzione delle parti, infatti, evidenzia la sintesi degli interessi condivisi da esse, posti a fondamento dell'accordo». V. inoltre, sul punto, F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Torino, 2016, p. 175 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 212 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2002, p. 335 ss. (consultabile anche in [rivistadirittoeprosesso.eu](http://rivistadirittoeprosesso.eu)); G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.; G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 330.

<sup>29</sup> Cfr. D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, cit., p. 984.

<sup>30</sup> V. sul punto M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254.



adeguamento che, in presenza di sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali, mirano a salvaguardare il rapporto, talvolta a mezzo della mera sospensione delle attività finalizzate ad adempiere agli obblighi negoziali, talaltra a mezzo di una vera e propria rinegoziazione del contratto<sup>31</sup>. In particolare, l'obbligo di rinegoziare sarà da rinvenirsi in capo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenuta carenza di equilibrio nel rapporto contrattuale, e il correlativo diritto potrà ritenersi sancito in base a diversi principi, i cui prodromi di livello sovranazionale sono rinvenibili, ad esempio:

A) nei Principi Unidroit (di cui le disposizioni maggiormente rilevanti in materia di hardship sono certamente rinvenibili agli artt. 6.2.1, sull'obbligatorietà del contratto, nonché 6.2.2 e 6.2.3, riportanti la definizione stessa di "hardship" e i relativi effetti). L'Istituto internazionale per il diritto privato, elaborando gli ormai ben noti

---

<sup>31</sup> Cfr. V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, Napoli, 2000, p. 110, nt. 88. Orientamento dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, propende per escludere che le c.dd. clausole rinegoziative possano caratterizzarsi per vessatorietà: in giurisprudenza v., ad es., Cass., 25 settembre 1978, n. 4296, in Foro it., 1979, I, c. 1380; Cass., 22 ottobre 1976, n. 2854, in Mass. Giur. it., 1976; per la dottrina, v. L. PIERALLINI, Condizioni generali di contratto e clausole di indicizzazione, in N. IRTI, G. GIACOBBE, Diritto monetario, in Dizionari del diritto privato a cura di N. Irti, 5, Milano, 1987, p. 149; E. SIMONETTO, Coefficienti rivalutativi e condizioni generali di contratto, in Arch. civ., 1984, p. 24; E. QUADRI, Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari, cit., p. 89; F. CARBONETTI, Clausole di indicizzazione, cit., p. 125.

Sul punto si v. inoltre D. SCARPA, Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano, cit., p. 956 s., il quale sottolinea come nel ricercare «con rigore sistemico, un trait d'union tra clausola di hardship e clausola di rinegoziazione, ed atteso il dato concreto della loro presenza nei rapporti contrattuali di lunga durata, le tipologie contrattuali di mutazione della regolamentazione» appaiano coincidenti «nei presupposti: per la rinegoziazione preventivamente pattuita spesso coincidono o, comunque, risultano analoghe le circostanze comunemente inserite nelle hardship. Ma, passata l'iniziale lettura combinata delle clausole, spesso fallace rispetto alla reale potenzialità applicativa, le clausole di rinegoziazione sono dotate di raggio d'applicazione certamente più ampio: la relativa ratio non è quella di sopperire a situazioni di inattesa sperequazione tra le prestazioni, ma di regolare le modalità di esecuzione del contratto, garantendo a quest'ultimo la necessaria flessibilità. Di guisa, esse consentono la correzione degli effetti sviluppati dagli eventi produttivi di hardship ma, al contempo, anche in assenza di eventi o effetti così devastanti da far scattare la tutela prevista per i casi di eccessiva onerosità dovuta alle sopravvenienze, forniscono alle parti uno strumento giuridico volto a consentire l'evoluzione del rapporto mediante la gestione concordata della nuova situazione, al fine ultimo di perfezionare e completare il risultato contrattuale».



“Principi”, testimonia l'intenzione di creare una vera e propria disciplina sovraordinata ai contesti giuridici nazionali, finalizzata a semplificare la gestione del rapporto contrattuale a livello internazionale<sup>32</sup>: semplificazione quantomeno necessaria, dal momento che la disciplina del contratto internazionale non può seguire, in modo efficiente, le sole norme nazionali di un ordinamento ovvero di un altro, questi ultimi rimanendo, per lo più, ancorati a retaggi storici, giuridici e culturali di respiro certamente meno ampio di quanto non sia necessario per la gestione contrattuale di scambi a livello internazionale<sup>33</sup>. In sostanza, l'Unidroit – sullo sfondo della sempre maggiore importanza che ha assunto negli ultimi anni il percorso d'internazionalizzazione di diritto ed economia<sup>34</sup> – ha dato

---

<sup>32</sup> I Principi Unidroit, approvati nel 1994 dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato sono articolati in sette Capitoli, come di seguito indicato: disposizioni generali; formazione del contratto; validità; interpretazione; contenuto; adempimento; inadempimento.

In generale si tratta di un insieme di regole le quali, pur prive di efficacia vincolante, esercitano un'utilità subordinata alla propria capacità persuasiva verso operatori del diritto ed alla pratica degli affari in genere, in campo contrattuale internazionale. Ciò, proprio in forza del fatto che tali principi si rifanno, in buona parte, a schemi normativi già adottati in seno a vari ordinamenti giuridici, garantendo strumenti di semplificazione redazionale del contratto internazionale, di risoluzione di questioni concernenti l'individuazione del diritto applicabile, nonché d'interpretazione del diritto internazionale uniforme: G. DE NOVA, I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali, in *Contratti*, 1995, p. 5; A. DI MAJO, I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 287 ss.; E. FERRARI, I “Principi per i contratti commerciali internazionali” dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione, *ivi*, p. 300 ss.; G. ALPA, Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano, *ivi*, p. 316 ss.; M.J. BONELL, Il progetto dell'Unidroit per la rielaborazione dei principi per i contratti commerciali internazionali, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, I, Storia del diritto, diritto comparato, diritto internazionale, diritto uniforme, diritto straniero, Milano, 1994, p. 180; ID., I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 231; G.B. FERRI, Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 825; S.E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 733.

<sup>33</sup> Cfr. M.J. BONELL, I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 3, il quale sottolinea in proposito come «la coesistenza di diversi diritti nazionali» dia adito naturalmente a problemi «di conflitto di leggi nel senso che in occasione di ogni singolo contratto internazionale sarà necessario stabilire quale tra i vari ordinamenti, in qualche modo interessati a regolarlo, risulterà alla fine competente a trovare concreta applicazione. A causa delle differenti norme di diritto internazionale privato dei vari Stati, le parti corrono il rischio di rimanere nell'incertezza in ordine al diritto applicabile al loro contratto sino a quando non venga stabilito il foro competente; ed anche allora (...) lo stesso contratto può essere assoggettato al diritto dello Stato A o al diritto dello Stato B», alla luce delle norme di conflitto vigenti presso l'adito foro.

<sup>34</sup> Si richiama l'attenzione, in proposito, alla Convenzione del 1994 dell'Organizzazione degli Stati Americani la quale, (derogando in parte la Convenzione di Roma del 1980), consente al giudice statale di applicare usi, prassi e principi generali propri della disciplina del commercio internazionale alle fattispecie contrattuali commerciali stipulate tra parti eterogenee. Sempre in tema di sopravvenienza perturbativa di equilibrio contrattuale, non meno importante appare il richiamo alla Convenzione internazionale de l'Aja del 1° luglio 1964, il cui 1° comma dell'art. 74 stabilisce come, in caso di temporaneo inadempimento alla propria prestazione, la parte inadempiente, in caso di modificazione contrattuale, posteriore a rinegoziazione, talmente ampia «da dar luogo all'esecuzione di una



concreta esistenza a paradigmi normativi finalizzati ad una omogeneizzazione del diritto commerciale internazionale. Indubbiamente, la finalità conservativa del contratto emerge dai Principi Unidroit in più di un profilo di regolamentazione tra cui vi è, ad esempio, il tema della formazione del contratto, quello della sua invalidità, nonché i profili d'impatto delle sopravvenienze perturbative del rapporto che ne rendano eccessivamente onerose le prestazioni<sup>35</sup>: di talché, la parte che subisca uno svantaggio dalle circostanze disequilibrative dell'originario assetto d'interessi sottesi alla stipula, potrà esercitare il diritto alla rinegoziazione del contratto con possibilità, in caso di rinegoziazione non andata a buon fine, di rivolgersi al giudice, quest'ultimo con il compito di "salvare" il rapporto ove si dimostri adeguabile alle nuove circostanze, ovvero di dichiararne, definitivamente, lo scioglimento<sup>36</sup>;

---

prestazione completamente differente da quella stabilita nel contratto», possa ritenersi «definitivamente esonerata dalla propria obbligazione».

In proposito sostiene la poca adattabilità, nel corso del tempo, delle convenzioni internazionali alle fattispecie concrete, M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei contratti internazionali*, cit., p. 10.

<sup>35</sup> Pertanto, l'eccessiva onerosità sopravvenuta assume i connotati di presupposto di azionabilità della trattativa finalizzata alla rinegoziazione del contratto, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento, in cui ha finalità risolutiva del rapporto contrattuale. Quanto alla c.d. "forza maggiore", la Commissione vi fa corrispondere quella che nel nostro ordinamento assume i caratteri dell'impossibilità oggettiva e sopravvenuta della prestazione, ed è disciplinata nella parte generale concernente l'«Inadempimento in generale» (cfr. Cap. 7, Sez. I dei Principi): cfr. P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, in M.J. BONELL, F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 199, ove si sottolinea l'importanza di tenere distinti, in via di principio, i concetti di hardship e forza maggiore. In ordine all'hardship v. in particolare la seconda sezione: cfr. art. 6.2.1 (Obbligatorietà del contratto), in base a cui ove l'adempimento contrattuale divenga più oneroso per una parte, quest'ultima rimane obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto disposto in tema di hardship ex art. 6.2.2 (Definizione di hardship).

<sup>36</sup> Sul favor contractus quale valore fondamentale emergente dai Principi Unidroit, cfr. M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, cit., p. 14; G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, cit., p. 317.

V. inoltre P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, cit., p. 202 ss., il quale, dopo avere osservato come la generica formulazione dei Principi non contenenti indicazione dettagliata delle ipotesi rilevanti non impedisce alle parti di dettagliare, a loro volta, le ipotesi da ritenersi rilevanti, nonché la relativa portata sul rapporto negoziale, evidenzia (p. 208) come la parte che subisca la sopravvenuta onerosità della prestazione abbia l'onere di notificarla, in modo tale da: attivare il procedimento rinegoziativo, con contestuale possibilità di ricorso a giudice od arbitro in caso di mancato pervenimento ad accordo rinegoziativo in tempi ragionevoli; rendere la



B) nei Principles of European Contract Law elaborati dalla European Commission of Contracts presieduta da Ole Lando<sup>37</sup>, ove è previsto che, in

---

rinegoziazione retroattiva; legittimare la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze, in particolari ipotesi, a non adempiere la propria prestazione. Ove la notifica risulti tardiva, il Commento ufficiale all'art. 6.2.3 rende comunque possibile alla parte di chiedere di rinegoziare il contratto: cfr. tuttavia, sul punto, S.E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale, cit., p. 775, che sottolinea come detta interpretazione della norma trovi ostacolo nella prassi contrattuale internazionale, propensa piuttosto a rinvenire una decadenza, della parte onerata da sopravvenienza, dal diritto di proporre la rinegoziazione; ma v. anche M.C.A. PRADO, *La théorie du hardship dans les Principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des Principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 368, secondo cui detta notifica tardiva è giudizialmente sanzionabile a mezzo di esclusione della retroattività in capo al negozio di revisione.

In generale, la vicenda rinegoziativa deve comunque improntarsi ad una collaborazione tra le parti basata su uno dei valori d'ispirazione dei Principi Unidroit, cioè a dire la regola generale di buona fede: cfr. S.E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale, cit., p. 777.

<sup>37</sup> In ordine alle attività della Commissione presieduta da Ole Lando, e il rinvenimento di difficoltà di strutturare un impianto codicistico comune, da applicarsi da parte di ordinamenti tra loro molto distanti in senso giuridico-culturale, v. le osservazioni di U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 208 ss.; v. inoltre, sul punto, P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 489 ss.; A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, p. 159 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 60 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, codice o «restatement?»*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1018; ID., *I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; D. ANNIBALETTI, *Il futuro codice europeo delle obbligazioni e dei contratti: un incontro di studio a Pavia*, in *Jus*, 1992, p. 83 ss.; M.J. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 171 ss.; G. GANDOLFI, *Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105; G. ALPA, *Il codice civile europeo: «e pluribus unum»*, in *Contr. e impr./Europa*, 1999, II, p. 695; H.W. MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, ivi, p. 35. Sempre sul problema dell'armonizzazione del diritto contrattuale in senso europeo, ma con particolare riguardo alla questione riguardante l'elemento causale, diversi interpreti ritengono come, pur alla luce di un formale silenzio sulla causa, la medesima debba intendersi, seppure "sotto altre vesti", "conservata": cfr. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 310 ss., la quale, prendendo in considerazione i Principi di diritto europeo dei contratti evidenzia, da una parte, la contraddizione tra «un anelito di



caso di prestazione divenuta eccessivamente onerosa a causa del mutamento di circostanze, le parti debbano apprestare «trattative per modificare o sciogliere il contratto», e a condizione che «a) il mutamento delle circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto; b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione; c) il rischio del mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisca possa essere tenuta a sopportare». In mancanza di raggiungimento di accordo, peraltro, il giudice potrà sciogliere ovvero modificare il contratto al fine di determinare una redistribuzione “giusta ed equa”, tra le parti, di perdite e vantaggi<sup>38</sup>. Detti Principi quindi statuiscono come, in caso di sopravvenienze, possa correttamente farsi riferimento a circostanze analoghe a quelle di cui si è poc'anzi dato conto riguardo all'Unidroit: la parte che subisca meri effetti negativi dalle sopravvenienze potrà, infatti, condurre l'altra parte alla trattativa rinegoziativa la quale, in caso di esito infausto, darà la possibilità, sempre alla parte svantaggiata, di adire l'autorità giudiziaria che potrà addirittura condannare la parte che abbia rifiutato, od anche solo condotto in modo non corretto, la procedura di rinegoziazione contrattuale<sup>39</sup>;

---

libertà insindacabile» e «un sensibile ampliamento del sindacato sulla stessa giustizia economica dell'atto», e dall'altra l'inadeguatezza della nozione di contenuto, auspicando la conservazione della causa quale elemento essenziale ai fini della prevenzione di abusi; v. inoltre, sul punto, la disamina di E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012, p. 139, ove si sottolinea come il diritto europeo presti attenzione all'elemento causale «sul piano funzionale con riguardo alla giustizia contrattuale», come mezzo di verifica della conformità degli obiettivi perseguiti dalle parti ai valori emergenti dal sistema europeo, non essendo pertanto venuta meno l'essenza di detto elemento quale «fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale e della circolazione di beni e servizi».

<sup>38</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XIII ss.

<sup>39</sup> Si v., in proposito, l'art. 6:111 del progetto di codice, per la disciplina degli effetti del mutamento di circostanze: «1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. / 2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute ad intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto, b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere



- C) nel Code Européen des contrats redatto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei guidata dal 1990 da Giuseppe Gandolfi<sup>40</sup>;
- D) nel progetto di codificazione, promanante dalla Commission on Transnational Corporations presso l'Economic and Social Council dell'ONU, finalizzata alla disciplina di una corretta gestione contrattuale riguardante le transnational corporations<sup>41</sup>;
- E) nei Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (progetto elaborato – partendo dalla base concettuale propria dei già citati Principi Lando – dallo Study Group on a European Civil Code nonché dal Research Group on EC Private Law (Acquis Group)<sup>42</sup>.

### 3. *Obblighi derivanti dalla clausola rinegoziativa*

Nella pratica degli affari sono rinvenibili clausole rinegoziative spesso tra loro differenti sia quanto a requisiti di operatività che riguardo ai relativi effetti.

Un contenuto particolarmente generico di tali clausole risulta essere nella prassi quello più ricorrente<sup>43</sup>, in quanto, mentre da una parte conserva alle parti il maggior controllo possibile in ordine ai possibili effetti degli eventi sopravvenuti (limitando in tal modo i casi di risoluzione), dall'altra vi è il «timore che, nonostante tutte le cautele adottate per il giudizio di previsione», una «clausola analitica si dimostri inadeguata e insufficiente nella

---

tenuta a sopportare. / 3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può: a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà, o b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza».

<sup>40</sup> Cfr. G. GANDOLFI, Sul progetto di un «codice europeo dei contratti», cit., p. 105 ss.

<sup>41</sup> In proposito, G. MARASCO, La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale, Padova, 2006, p. 82 s. In tale progetto di codificazione si prevede come nei contratti tra i Governi e multinazionali debbano essere inserite clausole di revisione o di rinegoziazione, ovvero, in ipotesi di loro mancanza, come, in caso di sopravvenienze perturbative, l'uso di strumenti come revisione o rinegoziazione costituiscano un obbligo, in capo alla parte dalle sopravvenienze medesime avvantaggiata, basato su buona fede.

<sup>42</sup> Sono infatti rinvenibili, in tali Principi, spunti in tema di modifica concordata degli elementi contrattuali in caso di sopravvenienze perturbative: si pensi, ad esempio, alla Section 6 del Terzo Libro del Draft (Modification by agreement), che all'articolo 7:601 (Agreements concerning prescription) riporta: «(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. / (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III. – 7:203 (Commencement)».

<sup>43</sup> Cfr. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship», cit., p. 800.



applicazione rispetto ad un fatto imprevisto, non compreso in uno di quelli elencati dalla clausola»<sup>44</sup>.

In proposito non può non darsi conto di come, d'altro canto, una genericità contenutistica di clausole rinegoziative, se da una parte è suscettibile di svuotare di forza "disturbativa" l'alea contrattuale in ordine all'assetto d'interessi sotteso al contratto, dall'altra tende a lasciare spazio a valutabilità molto ampie, in capo alle parti, riguardo alla effettiva corrispondenza o meno tra evento concretamente sopravvenuto ed evento previsto in modo astratto, con conseguente pericolo di "eccedenze", o "latenze", nell'interpretazione della situazione venutasi a creare<sup>45</sup>.

La ragione di predetta genericità all'interno della prassi degli affari è quindi

---

<sup>44</sup> Cfr. V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., p. 73 s., il quale sul punto prosegue sostenendo come vi sia anche una ragione «di ordine meramente pratico secondo la quale la specificazione dei fatti comporta una attività non agile, lenta e dispendiosa e che, sebbene abbia l'obiettivo di enunciare un accordo perfetto, si espone facilmente nel suo funzionamento al rischio di difficoltà di varia natura. Viceversa, il ricorso a definizioni generiche consente di ancorare l'intervento rinegoziativo a qualunque fatto, giuridico ed economico, che abbia rapporto di causalità diretta con l'alterazione dell'equilibrio fissato tra le prestazioni e permette, nel contesto dei principi di correttezza e buona fede, di dar luogo a funzionalità migliore di quella che potrebbe risultare da una clausola con contenuto meticolosamente definito». Contra, A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 251, nonché P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 305, i quali, in proposito, evidenziano la incorribilità nella nullità della clausola rinegoziativa caratterizzata da contenuto privo di determinatezza, mentre F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 338, dopo avere rilevato come colpire con nullità la clausola in esame per indeterminabilità dell'oggetto appaia soluzione non complanare alla ratio della clausola medesima, a maggior ragione non dovrebbe ritenersi nulla la clausola stipulata in un momento in cui non risulti possibile dettagliare a priori i termini rinegoziativi del rapporto, rinviando ad accordo posteriore il dettaglio medesimo.

<sup>45</sup> In ordine alle possibili questioni scaturenti da una clausola rinegoziativa non chiara nei presupposti di attivazione e/o nei termini di conduzione delle trattative finalizzate a riequilibrare il rapporto compromesso da sopravvenienza, cfr. le osservazioni di J. GHESTIN, M. BILLIAU, *Le Prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990, p. 137; A. FRANCON, *La clause de «hardship»*, in *Les troubles d'exécution du contrat en droit français et allemand*, Rapp. du 11<sup>e</sup> séminaire commun des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, Heidelberg, 1981, p. 307; J.Q. DE CUYPER, W. PETER, *Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility: Consideration on the Ground of the Ghana/Valco case*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1995, p. 789.



certamente rinvenibile nel favor di cui può godere, in capo alle parti, una clausola dal contenuto generico la quale, ove attivata correttamente (nel rispetto, in particolare, dell'obbligo della buona fede in *executivis*), restituisce particolare libertà alle parti nella trattativa rinegoziativa, agevolando il "riassetto" degli interessi sottesi alla stipula<sup>46</sup>. Parte della dottrina, in proposito, sottolinea come malgrado indiscutibili vantaggi, «anche le clausole di rinegoziazione a contenuto generico» diano luogo ad alcuni profili di perplessità, tra cui quello attinente «alla valutazione soggettiva connessa alla verifica della corrispondenza tra l'evento realmente accaduto e gli avvenimenti astrattamente (e genericamente) considerati in sede di formulazione della regola convenzionale: il rischio è che ciascun contraente voglia approfittare del contenuto generico della clausola per risolvere a proprio vantaggio la questione della riconducibilità dell'ipotesi concretamente realizzatasi a quella astrattamente delineata nella regola convenzionale»<sup>47</sup>.

Si rinviene quindi sempre più frequente l'esigenza di ricorrere, nella prassi negoziale, ad introdurre in stipula clausole più elaborate in modo tale che, una volta previste anche le possibili conseguenze di eventi nel dettaglio descritti, al momento in cui si verifichi l'evento medesimo debba esclusivamente effettuarsi un'attività di tipo ricognitivo tra fattispecie astratta e fattispecie

---

<sup>46</sup> Anche se, come correttamente osservato in M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 257 ss., nonché in A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 45, uno degli esempi migliori pare rinvenibile in quelle clausole rinegoziative che risultano caratterizzate da un onere la cui eccessività, ai fini della imposizione di addivenire a trattativa rinegoziativa, deve risultare tale da avere completamente compromesso l'assetto d'interessi come originariamente stabilito in contratto, non ritenendosi sufficienti variazioni non sostanziali della totale economia contrattuale.

<sup>47</sup> Cfr. E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Contratti*, 2014, p. 994, il quale aggiunge in proposito come «il contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza potrebbe cercare di escludere l'applicazione della clausola per garantirsi l'esecuzione del contratto originario secondo il nuovo assetto economico-giuridico maturato, mentre il contraente svantaggiato da sopravvenienze irrilevanti potrebbe cercare di far scattare ugualmente la rinegoziazione delle condizioni contrattuali originarie, pur non ricorrendo nel caso concreto i presupposti previsti dalla regola convenzionale». Da questo punto di vista, come rilevato da V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 129 s., la clausola rinegoziativa generica, invece di costituire uno strumento di garanzia per conservazione ed adeguamento del rapporto contrattuale, potrebbe risolversi in «un elemento di fragilità del vincolo negoziale», e prosegue evidenziando anche come «i contraenti nell'elaborazione della clausola rinegoziativa» siano sostanzialmente «sempre più spesso indotti a prevedere indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze rilevanti e delle conseguenze che esse devono produrre sull'assetto di interessi, in modo tale da svolgere in un momento successivo una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata in astratto e quella realizzatasi».



concreta<sup>48</sup>.

Il procedimento rinegoziativo è innescabile in diversi modi i quali si connotano, a loro volta, delle peculiarità proprie del modello negoziale cui risulta ispirata la fattispecie concreta.

Generalmente, tra le modalità con cui una parte intenda rendere nota, all'altra, l'intenzione di dare avvio alla rinegoziazione al sopraggiungere di un evento perturbativo degli equilibri negoziali, vi è quella della "proposta di rinegoziare", la quale può assumere i connotati di un semplice "invito" ad addivenire ad una nuova trattativa, come, in altri casi, di una vera e propria proposta dettagliata riguardo a condizioni e criteri<sup>49</sup>.

A seguito di tale proposta l'altra parte, alla luce di un mero atto ricognitivo della effettiva corrispondenza tra sopravvenienza dedotta in contratto ed evento concretamente verificatosi, dovrà esclusivamente ritenersi obbligata ad aderire a suddetta proposta la quale porterà, quindi, al dovere di entrambe le parti di condurre – in adempimento di vera e propria obbligazione contrattuale – la trattativa rinegoziativa nel rispetto dei doveri d'informazione e trasparenza (questi ultimi da ritenersi, quindi, propri non solo della fase precontrattuale<sup>50</sup>), nonché *secundum bonam fidem in executivis ex artt. 1175 e*

---

<sup>48</sup> Un modello di clausola rinegoziativa è difficilmente individuabile sia per la notevole complessità che in generale dovrebbe – anche alla luce delle caratteristiche peculiari ai vari profili contrattuali dei vari settori economici – rivestire: in questo senso, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 280.

<sup>49</sup> In proposito, sia dottrina che giurisprudenza tedesche (N. HORN, *Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem: Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, cit., p. 638; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 279; BGH, 19 settembre 1979, III ZR 93/76, NJW 1980, p. 399; OLG Celle, 30 giugno 1982, 3 U 258/81, ZIP 1982, p. 942) evidenziano come la clausola rinegoziativa possa anche imporre alla parte interessata, piuttosto di effettuare una semplice dichiarazione di disponibilità a trattare, di presentare a controparte una concreta e dettagliata offerta di revisione contrattuale.

<sup>50</sup> In proposito, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 360, il quale evidenzia come gli obblighi informativi reciproci possano qualificarsi in termini di obblighi «di ricerca delle notizie e di comunicazione delle stesse alla controparte. In tal caso dovrà essere descritto dagli accordi tra i contraenti l'ambito delle informazioni rilevanti rispetto alle quali non potrà essere trascurato l'obbligo di ricerca. Per questa tipologia di obblighi informativi si rende necessaria la concessione di un certo tempo che consenta al debitore di compiere quanto necessario per acquistare quelle informazioni che dovranno poi essere a disposizione del creditore». Con riferimento all'ordinamento tedesco, si sottolinea l'importanza di detti obblighi informativi e di trasparenza ai fini di una conclusione produttrice della rinegoziazione: in dottrina, G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, cit., p. 137; N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, cit., p. 284; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 275; E. STELNDORFF, *Vorvertrag zur Vertragsänderung*, in BB, 1983, p. 1130; in giurisprudenza, BGH, 5 febbraio 1981, IVa ZR 42/80, VersR 1981, p. 621.



1375 c.c.

A fronte della richiesta di una parte di addivenire a rinegoziazione, può tuttavia accadere: a) da un lato, che l'altra parte opponga un rifiuto il quale pertanto corrisponderà, ove in presenza di effettiva corrispondenza tra la circostanza concreta e quella di cui alla clausola rinegoziativa<sup>51</sup>, ad un vero e proprio inadempimento contrattuale<sup>52</sup>; b) dall'altro, che l'altra parte, di fronte alla proposta di rinegoziare, mantenga un comportamento di tipo omissivo, il quale avrà giuridica rilevanza esclusivamente nel caso in cui possa ragionevolmente considerarsi in termini di comportamento concludente e, pertanto, giuridicamente rilevante<sup>53</sup>: a parere di chi scrive, detta giuridica rilevanza deve intendersi ascrivibile al comportamento della parte che, seppure a fronte della proposta rinegoziativa, rimanga inerte (ovvero assuma un contegno complanare, fattivamente, alle nuove condizioni offerte da controparte)<sup>54</sup>, e ciò può dirsi anche in ossequio alla regola della buona fede

<sup>51</sup> In caso d'ingiustificato rifiuto di procedere alla trattativa rinegoziativa, seppure a fronte dell'esistenza dei presupposti rinegoziativi, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 267, sottolinea come controparte possa eccepire l'inadempimento contrattuale; eccezione che, tuttavia, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 395, vede come strumento utilizzabile solo dopo attenta ponderazione alla luce del filtro dei principi di correttezza e buona fede.

<sup>52</sup> Sul punto, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 266, il quale riporta a titolo esemplificativo una clausola rinegoziativa contenente l'obbligo per le parti, in caso d'incertezza sul diritto di controparte di procedere a rinegoziazione, di effettuare adeguata verifica su detto diritto; tuttavia, v. anche A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 270, il quale esclude che una clausola di rinegoziazione possa estendersi sino ad imporre detto obbligo di verifica.

<sup>53</sup> In tal senso: in dottrina, v. S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 94; ID., *In tema di modifica tacita del contenuto del contratto*, in *Dir. e giur.*, 1980, p. 395; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, rist. 2015, p. 211; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, p. 81; in giurisprudenza, cfr. Cass., 15 aprile 1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2133; Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, p. 1117, con nota adesiva di M.S. SCARDIGNO, *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*; Cass., 9 giugno 1983, n. 3957, in *Mass. Giur. it.*, 1983, c. 1412; Cass., 30 ottobre 1981, n. 5743, *ivi*; Cass., 15 gennaio 1973, n. 126, *ivi*, 1974, c. 1573.

<sup>54</sup> In caso di adeguamento per *facta concludentia*, pertanto, il negozio adeguativo può considerarsi perfezionato ex art. 1327 c.c., come anche sostenuto in Cass., 22 luglio 1993, n. 8191, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 1561, con nota di D. PEIRANIS, *Il silenzio, seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo, con modifiche, di un contratto esistente?*, ove si sottolinea come il silenzio, pur non costituendo di per sé manifestazione negoziale, «potendo acquistare tale significato soltanto qualora peculiari circostanze o situazioni, oggettive o soggettive, siano tali da renderlo significativo come sintomo rivelatore della volontà dell'altro soggetto», lo stesso possa, tuttavia, assumere valore di «consenso ed acquistare efficacia giuridica non solo nei casi di conclusione o rinnovazione del contratto previsti dall'ordinamento, ma anche nel caso di modifiche di un contratto in corso tra le parti». Sul punto v., in dottrina, le osservazioni di G. BELLANTUONO, *Sulla conclusione del contratto mediante esecuzione*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1848; A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526; F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 257; R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 206; G. MAZZONI, *Il silenzio*



esecutiva contrattuale, in base a cui solo l'ipotesi del dissenso richiede espressa manifestazione, dovendosi ritenere di rinvenire, in caso di mero silenzio di controparte, la manifestazione del consenso ad adeguare il rapporto contrattuale ai relativi necessari equilibri.

Tra gli ambiti che maggiormente hanno impegnato dottrina e giurisprudenza vi è, certamente, quello riguardante la corretta individuazione dell'oggetto dell'obbligo rinegoziativo, cioè a dire se il medesimo incarna un obbligo di addivenire a trattativa rinegoziativa ovvero un obbligo a stipulare, in ogni caso, un negozio modificativo di quello rinegoziando.

Sul punto possono ravvisarsi due fondamentali linee di pensiero le quali, partendo dalla possibile concezione della buona fede esecutiva, vi riconoscono: a) il mero ruolo di regolare sul piano formale il corretto svolgimento della trattativa; b) una vera e propria capacità di obbligare le parti contrattuali – sinanche determinandone le scelte – ad addivenire alla stipula di un negozio adeguativo<sup>55</sup>.

Quanto al primo orientamento, con il quale chi scrive ritiene più corretto allinearsi, si tratta sostanzialmente dell'impostazione tradizionale, la quale tende ad escludere la configurabilità di un vero e proprio obbligo a contrarre a condizione che le parti non abbiano indicato, nella clausola rinegoziativa, parametri determinativi dotati di rigidità, lasciandosi al contrario libere di gestire la sopravvenienza a mezzo di una nuova trattativa, caratterizzata da autonomia sia riguardo all'an che al quomodo, di talché la rinegoziazione si prospetterebbe in termini di modalità e contenuti potenzialmente più svariati<sup>56</sup>. La clausola rinegoziativa in sostanza, alla stregua delle norme imperative imporrebbe una mera condotta finalizzata allo svolgimento di trattative adeguate in linea con la buona fede con la conseguenza che, anche in presenza di mancata adesione ad accordo modificativo, ove quest'ultimo risulti da trattativa leale della totalità delle parti coinvolte, non potrebbe configurarsi un'ipotesi d'inadempimento né, tantomeno, un ipotetico diritto al risarcimento esercitabile dalla parte che risulti svantaggiata dalla

---

come comportamento modificativo del rapporto contrattuale, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1573.

<sup>55</sup> Su cui M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., pp. 418-423.

<sup>56</sup> Cfr. F. GAMBINO, *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2007, p. 10, il quale sottolinea in proposito di non si debba cadere nell'equivoco di ritenere la clausola rinegoziativa come mezzo conservativo del contratto in mera contrapposizione alla risoluzione per eccessiva onerosità, in quanto detta clausola si connota, piuttosto, per il fatto che le parti – alla luce della imponderabilità della trattativa rinegoziativa riguardo alla propria conclusione, essendo lasciato all'autonomia negoziale «il potere di non concludere l'accordo» – possono con essa avere piena gestione delle sopravvenienze.



sopravvenienza perturbativa degli originari equilibri contrattuali<sup>57</sup>.

Ovviamente, meno lineare si profila il caso in cui una delle parti si comporti, nel corso della trattativa, in modo poco ragionevole o, comunque, non si disponga in vista della corretta ricerca dei prodromi di un accordo adeguativo del contratto inficiato dalle sopravvenienze, eventualmente anche interrompendo, ingiustificatamente, trattative anche correttamente iniziate. In tali evenienze, infatti, è certamente ravvisabile una violazione della buona fede in senso oggettivo, sanzionabile, in taluni casi, anche in termini di vera e propria ipotesi di abuso del diritto<sup>58</sup>.

Seppure non sia dubitabile che tali condotte incarnino ipotesi d'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo quale obbligo di trattare, in buona fede, le nuove condizioni contrattuali adeguate della stipula originaria, parte della dottrina<sup>59</sup> ritiene di prospettare l'ipotesi che l'inadempimento medesimo risulti privo di conseguenti effetti risarcitori positivi, sostenendo che, non essendovi alcun obbligo di conclusione di negozio adeguativo, difficilmente risulti configurabile un danno risarcibile in termini di conseguenza, immediata e diretta, del comportamento non corretto tenuto dalla parte avvantaggiata da sopravvenienza perturbativa dell'originario assetto contrattuale. Come è stato osservato, un danno è indeterminabile ove, quale unica fonte d'informazioni, vi sia il risultato della comparazione tra situazione economica attuale e situazione economica ascrivibile ad una situazione contrattuale risultante dalla potenziale buona riuscita di trattative rinegoziative dal contenuto imprevedibile, mancando, in capo alla clausola, parametri di determinazione dell'accordo modificativo: di talché, da una mera ipotesi contrattuale sarebbe inferibile esclusivamente una mera ipotesi di danno<sup>60</sup>, non essendo neppure richiamabile quanto previsto ex

---

<sup>57</sup> Cfr. M.P. PIGNALOSA, Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze, cit., p. 419.

<sup>58</sup> Di "rinegoziazione maliziosa", cioè a dire di trattative «condotte senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo» parlano anche L. CASTELLI, L'obbligo di rinegoziazione, cit., p. 188, e, ancora prima, G. MARASCO, La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto, cit., p. 560. In proposito, v. anche E. DEL PRATO, Sulle clausole di rinegoziazione del contratto, cit., p. 807, il quale opportunamente definisce tali ipotesi come di «disponibilità a rinegoziare "di facciata"», che incarna un sostanziale inadempimento contrattuale; F. TRUBIANI, Un'ipotesi di utilizzo scorretto della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 263 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 972. Più in generale, sul punto, L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, p. 20 ss., nonché G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, passim.

<sup>59</sup> V., in tal senso, B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993, p. 35 ss.

<sup>60</sup> Cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 720.



art. 1126 c.c. che, nel prevedere il parametro della valutazione di tipo equitativo, comporta di dover dare prova dell'ammontare del danno lamentato<sup>61</sup>. Di talché in tali casi, seppure a fronte d'inadempimento contrattuale, sarebbe da ritenersi risarcibile – complanarmente a quanto accade per il caso della responsabilità precontrattuale – il mero danno negativo<sup>62</sup>.

Quanto all'orientamento propenso a rinvenire nella clausola rinegoziativa un vero e proprio obbligo a contrarre<sup>63</sup>, il quale consenta al negozio di ritrovare il proprio originario equilibrio, deve osservarsi come, secondo tale impostazione, il carattere obbligatorio della trattativa rinegoziativa s'imporrebbe in termini di vera e propria limitazione alla discrezionalità delle parti nell'espletamento della trattativa medesima, rinvenibile nella buona fede esecutiva di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., da tenersi ben distinta da quella

---

<sup>61</sup> In tal senso, in giurisprudenza, Cass., 10 luglio 2003, n. 10850, in Urb. e app., 2003, p. 1182, con nota di G. DE MARZO, Derogabilità del sistema del c.d. prezzo chiuso, e in Arch. civ., 2004, p. 685, ove si sottolinea che «Al criterio di determinazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del danno, non già per surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore nella determinazione del ritardo o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza».

<sup>62</sup> Per un'idea di rinvenimento, in capo all'obbligo rinegoziativo di fonte negoziale, d'incoercibilità in positivo, v. A. GENTILI, La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto, cit., p. 721. Contra, F. TRUBIANI, La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti, in Obbl. e contr., 2012, p. 453, il quale sottolinea come il giudice, nel quantificare e liquidare il danno, debba «basarsi sulle prescrizioni contrattuali iniziali, cercando, per quanto possibile, di tener conto dell'equilibrio originario e del profitto che si sarebbe realizzato per la parte adempiente nel caso in cui non vi fossero state sopravvenienze inaspettate», con ricorribilità, per un sindacato giudiziale alla luce dei valori di mercato, alla disciplina di cui all'art. 1226 c.c.

<sup>63</sup> Cfr., in dottrina, V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., p. 57; evidenza inoltre R. SACCO, Il contratto, cit., p. 724, come l'obbligo rinegoziativo incarna sostanzialmente un obbligo di disponibilità a trattare le condizioni che potranno risultare eque alla luce dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula originaria, con rivisitazione in base alle sopravvenienze perturbative degli originari equilibri contrattuali; v., ancora, F. GRANDE STEVENS, Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata, in N. LIPARI (a cura di), Diritto privato europeo e categorie civilistiche, Napoli, 1998, p. 195. In giurisprudenza, v. Trib. Bari (ord.), 14 giugno 2011, cit.; Trib. Bari (ord.), 31 luglio 2012, in Foro it., 2013, I, c. 375, e in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, p. 117, con nota di F.P. PATTI, Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione.



relativa alla trattativa precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.<sup>64</sup>, caratterizzata, al contrario dell'impronta cooperativa della prima (e seppure a condizione dell'assenza di un apprezzabile sacrificio, in capo alle parti, nell'attuazione di detta collaboratività), dal confronto tra interessi contrapposti<sup>65</sup>.

#### 4. Rinegoziazione e intervento del terzo nell'esperienza italiana e internazionale

Pur alla luce delle finalità per le quali le parti addiventano, in caso di sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali originari, a trattativa

<sup>64</sup> Con riguardo ai casi di responsabilità precontrattuale relativa ad ingiustificato recesso dalle trattative, v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, p. 656 ss.; P. VITUCCI, *Responsabilità precontrattuale e inadempimento*, in Riv. arb., 1995, p. 117 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, passim; più di recente, V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in Riv. dir. priv., 2004, p. 747 ss.

<sup>65</sup> Così Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, cit.; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.; Cass., 9 dicembre 2003, n. 18743, in Guida al dir., 2004, 5, p. 78, in Arch. civ., 2004, p. 1198, e in Gius, 2004, p. 2220, ove si afferma che «Il dovere di correttezza si presenta nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita e, quindi, concorre alla relativa conformazione nel senso di ampliarne o restringerne la fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti disatteso il dovere inderogabile di solidarietà affermato dalla Costituzione (articolo 2): dovere che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti e deve, a un tempo, orientarne l'interpretazione e l'esecuzione»; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in Riv. dir. civ., 2005, I, p. 603, con nota di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in Foro it., 2004, I, c. 1397, in Gius, 2004, p. 2971, e in Corr. giur., 2004, p. 587, secondo cui «La clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; in virtù di tale principio ciascuna parte è tenuta da un lato ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte, e, dall'altro, a tollerare anche l'inadempimento della controparte che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio interesse. Ad un tale riguardo il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte»; per le decisioni di merito, v. Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, in *Contratti*, 2013, p. 545, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Recesso, risoluzione per inadempimento del preliminare ed abuso del diritto*, e in *Notariato*, 2013, p. 247, ove, in tema di esecuzione contrattuale, si evidenzia che «la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione od obbligo di solidarietà, imponendo a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del principio del *neminem laedere*, sono idonei a preservare gli interessi della controparte, senza peraltro che ciò possa rappresentare un apprezzabile sacrificio per chi li pone in essere: in sostanza, il principio sancito dall'art. 1375 c.c. ha la portata di ampliare ovvero di restringere gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, nei casi e nella misura in cui farli valere nel loro tenore letterale contrasterebbe con detto principio, senza peraltro che possa essere impedito di avvalersi di tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per porre rimedio all'inadempimento di controparte ed al pregiudizio che ne deriva. L'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto non ha allora un contenuto prestabilito, e quindi anche la mera inerzia può costituire inadempimento, poiché l'osservanza del dovere di correttezza si pone nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica contrattuale soggettiva, per evitare che l'ossequio alla legalità formale si traduca in un sacrificio della giustizia sostanziale che scade nell'abuso del diritto».



rinegoziativa, non è escluso che le parti medesime incorrano nel mancato consenso in ordine al contenuto dell'adeguamento da apprestare, magari proprio a causa del mancato consenso, ancor prima, riguardo all'effettiva coincidenza tra evento dedotto in contratto ed evento concretamente verificatosi.

Nel contesto internazionale, in caso di mancato risultato positivo della trattativa rinegoziativa, l'intervento di un soggetto terzo il quale svolga azione risolutiva e di riprogrammazione degli interessi sottesi al rapporto contrattuale è ritenuto, per lo più, un efficiente strumento rimediale<sup>66</sup>: tale intervento può assumere in senso operativo diverse sfumature, corrispondendo in taluni casi alla mera verifica della corrispondenza tra evento sopravvenuto dedotto in contratto ed evento concretamente verificatosi, mentre, in altri, ad un vero e proprio potere rinegoziativo sostitutivo di quello proprio delle parti contrattuali le quali abbiano dimostrato, nella fattispecie, di essere prive di una concreta autonomia rinegoziativa del rapporto contrattuale costituito, almeno in fase genetica – si perdoni il calembour –, in autonomia negoziale.

Nella prima ipotesi vi sarà necessariamente verifica solo ove risulti

---

<sup>66</sup> Per la dottrina concernente l'intervento del terzo nell'ambito della rinegoziazione, v., per la dottrina italiana, M.J. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in Riv. dir. comm., 1978, I, p. 315; A. FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how*, Torino, 1996, p. 418; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 62; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 195; per la dottrina riguardante altri ordinamenti, v. A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, 1, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, 1987, p. 301; J. PAULSSON, *L'adaptation du contrat*, in Rev. arb., 1984, p. 254; F. NICKLISCH, *Agreement to arbitrate to fill contractual gaps*, in Journ. int. arb., 1988, p. 35; P. VERVENIOTIS, *Arbitrators and contractual gaps*, ivi, p. 103; G. BERNINI, M.M. HOLTZMANN, *Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats a long term*, in Rev. arb., 1975, pp. 15-59; H. GRIGERA NAON, *La technique de l'arbitrage comme procédure de révision des contrats*, in Der. comp., 1980, 4, p. 96 ss.; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 273; W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, cit., p. 249; H. ULLMAN, *Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in California Western International Law Journal, 1988-1989, 19, p. 102; C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and intervenor clauses*, cit., p. 90; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 277 ss.



convenzionalmente vincolante la determinazione del terzo, in caso contrario potendo, le parti, disattenderla.

Nella seconda ipotesi non è infrequente s'ingeneri difficoltà di consenso, tra contraenti in sede di stipula, in ordine alla qualificabilità, sotto il profilo giuridico, dell'opera di adeguamento da svolgersi da parte del terzo del quale risulterà, di conseguenza, difficoltoso circoscrivere la sfera di operatività in sede revisionale: difficoltà le quali, ovviamente, avranno esponenziale incremento in caso di contratto tra partners appartenenti a differenti sistemi giuridici. Al di là, infatti, dei problemi di compatibilità giuridico-concettuale, è spesso rinvenibile tra i vari ordinamenti giuridici una nomenclatura assai varia e diversificata nella individuazione dell'intervento del terzo nella procedura adeguativa: mentre in molti casi la clausola rinegoziativa contiene il richiamo ad un generico "terzo" ovvero, più precisamente, ad un "conciliatore", in altre ipotesi viene specificato, in ottica di superamento di contenzioso, il richiamo ad un vero e proprio "arbitro".

Nel contesto italiano la dottrina si è divisa per molto tempo in ordine alle possibili qualificazioni giuridiche dell'intervento del terzo nella vicenda rinegoziativa<sup>67</sup>. Ciò, tuttavia, partendo da una medesima premessa, cioè a dire

---

<sup>67</sup> In tempi risalenti, orientamento dottrinale maggioritario (E. PARENZO, Il problema dell'arbitrato improprio, in Riv. dir. proc., 1929, I, p. 130; C. FURNO, Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato, ivi, 1951, II, p. 157; P. CALAMANDREI, Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità, in Opere giuridiche, III, Napoli, 1968, p. 3 ss.; R. VECCHIONE, L'arbitrato nel sistema del processo civile, Napoli, 1953, p. 104) e giurisprudenziale (Cass., 26 novembre 1946, n. 1332, in Mass. Giur. it., 1946) vedeva l'arbitrato irrituale come species dell'arbitraggio e, in particolare, un arbitraggio applicato a transazione, di talché le parti, stipulando un compromesso irrituale eliminerebbero – demandando al terzo di determinare il contenuto del negozio transattivo – una controversia già presente. In realtà, il compromesso irrituale non porta necessariamente ad una soluzione transattiva di controversia: per lo più, infatti, le parti mitano ad ottenere dalla pronuncia arbitrale un pieno riconoscimento della fondatezza delle proprie pretese, di talché solo ove risulti opportuna una soluzione di controversia a mezzo di parziale rinuncia dei contraenti, potrà ritenersi il negozio "prodotto" dall'arbitro quale vera e propria transazione: cfr. A. CATRICALÀ, Arbitraggio, in Enc. giur., II, Roma, 1987, p. 2; M. GRANDI, L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro, Milano, 1963, p. 83; F. MAZZARELLA, Note minime in tema di arbitrato irrituale ed arbitraggio, in Giur. merito, 1969, I, p. 335; G. SCHIZZEROTTO, Dell'arbitrato, Milano, 1988, p. 259; E. BIAMONTI, Arbitrato, in Enc. dir., II, Milano, 1958, p. 951.

A testimonianza, infine, della sostanziale reciproca autonomia delle figure in esame, pare opportuno ricordare, a proposito del regime delle impugnazioni delle determinazioni del terzo, come sia in giurisprudenza (Cass., 29 luglio 1964, n. 2161, in Foro pad., 1965, I, c. 975; Cass., 13 dicembre 1974, n. 4253, in Giust. civ., 1975, I, p. 1373; Cass., 28 ottobre 1986, n. 6311, in Mass. Giur. it., 1986) che in dottrina (G. COLLURA, Manifesta iniquità e arbitrato, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1981, p. 89; E. FAZZALARI, I



che l'intervento del terzo, comunque definito, sia innescabile a fini risolutivi non di controversia quanto, piuttosto, di mero conflitto d'interessi. Secondo un primo orientamento<sup>68</sup>, in caso di fallimento di trattativa rinegoziativa l'intervento del terzo non potrebbe essere effettuato attraverso l'istituto dell'arbitrato<sup>69</sup>: ciò in quanto, potendo l'intervento arbitrale rinvenirsi solo in ordine alla possibile risoluzione di una controversia e non anche di conflitti di altra natura, nel caso di rinegoziazione non vi sarebbe, di contro, necessità di dare soluzione ad un contenzioso quanto, piuttosto, di risolvere un mero conflitto d'interessi, tra i soggetti coinvolti nella stipula, riguardo al contenuto dell'accordo rinegoziativo<sup>70</sup>. Il terzo quindi svolgerebbe, nella fattispecie, funzioni analoghe a quelle di un arbitratore (cfr. art. 1349 c.c.): come quest'ultimo dovrebbe, infatti, determinare elementi del rapporto giuridico rimasti "in sospeso" a causa del mancato raggiungimento, sul punto, di un consenso in capo alle parti. Né osterebbe, in ordine a tale accostamento di funzioni, il fatto che l'arbitratore abbia, di per sé, la funzione d'intervenire

---

processi arbitrali nell'ordinamento italiano, ivi, 1968, p. 474) vi sia ormai uniformità nel ritenere la mancata annullabilità, per iniquità, del lodo arbitrale. Tale inapplicabilità al lodo arbitrale di quanto previsto ex art. 1349 c.c., tuttavia, deve ritenersi basata sul fatto che, in caso contrario, sarebbe legittimato un riesame, nel merito, della controversia: infatti, il lodo arbitrale, contraddistinto da natura ed effetti negoziali, è impugnabile solo a mezzo di quanto stabilito riguardo ai vizi del negozio giuridico, di talché la manifesta iniquità del lodo medesimo potrà rilevare, a fini impugnativi, solo in caso di accertato dolo in capo all'arbitro (cfr. Cass., 10 novembre 1971, n. 3188, in Foro it., 1972, I, c. 1627; Cass., 18 aprile 1975, n. 1459, in Giust. civ., 1975, I, p. 1099; Cass., 19 agosto 1992, n. 9654, in Mass. Giur. it., 1992). Quanto all'ipotesi di errore dell'arbitro: a) ove di diritto, e in assenza d'indicazione di decidere secondo specifiche norme, può ritenersi non rilevante (cfr. Cass., 20 marzo 1974, n. 770, in Foro it., 1974, I, c. 1022); b) ove di fatto, e sia riferito a falsa rappresentazione di circostanze di cui le parti abbiano dato concorde individuazione, è certamente rilevante (Cass., 26 gennaio 1988, n. 664, in Rep. Foro it., 1988, v. Arbitrato, n. 27).

<sup>68</sup> V. A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 65.

<sup>69</sup> Sul rapporto tra arbitrato e conservazione dell'equilibrio negoziale, F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1999, p. 837 ss. Più in generale, per una concezione del rinvio ad organismi di conciliazione e a procedure arbitrali in termini di metodologia complanare a un concetto di "contratto flessibile" suscettibile di adattarsi, in modo concordato e in vista della funzione conservativa del vincolo, con conseguente concreta attuazione degli interessi oggettivati in stipula, e in sostituzione d'interventi autoritativi di promanazione normativa e giudiziale, v. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. XIX, che definisce l'arbitrato in termini di «ambiente umano, luogo e modo di relazioni tra giudicanti e giudicati»; ma v. anche R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in Riv. arb., 2000, p. 667; Id., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in Foro it., 2003, V, c. 165 ss.; G. CONTE, *Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di A.D.R.*, in Osserv. dir. civ. e comm., 2012, 2, pp. 175-202.

<sup>70</sup> Cfr. P. FOUCHARD, *L'adaptation des contrats a la conjoncture économique*, cit., p. 71; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., p. 809; J. GHESTIN, M. BILLIAU, *Le Prix dans les contrats de longue durée*, cit., p. 139; ma v. anche A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, cit., p. 319, il quale ravvisa i termini di una vera e propria controversia nel caso in cui le parti, pur essendo concordi su rinnovo o modifica del contratto, non trovino accordo anche sui termini di adeguamento del rapporto.



su lacune proprie della fase genetica del contratto, mentre il “terzo chiamato a rinegoziare” ha il compito d'intervenire in fase esecutiva, alla luce di un regolamento contrattuale valido ed efficace sin dalla sua esistenza<sup>71</sup>.

Secondo altro orientamento<sup>72</sup>, la rinegoziazione espletata dal terzo sarebbe ascrivibile alla figura di arbitrato irrituale, in quanto l'arbitro dovrebbe svolgere, in aggiunta alle proprie funzioni ordinarie, interventi di tipo integrativo, di accertamento nonché, in completa sostituzione dell'autonomia negoziale delle parti contrattuali, di revisione negoziale<sup>73</sup>.

In realtà, adeguata soluzione a tale dibattito può aversi solo alla luce di alcune precisazioni.

Deve sottolinearsi, anzitutto, come vi sia una netta distinzione tra le finalità dell'arbitrato, da una parte, e dell'arbitraggio dall'altra: infatti, mentre nella prima ipotesi deve risolversi un caso d'«incompatibilità di diritti di cui ciascuno dei soggetti sostiene di essere titolare», nella seconda deve fornirsi rimedio ad un mero conflitto d'interessi<sup>74</sup>.

Inoltre, non può non osservarsi come nella disciplina generale dei contratti possa parlarsi di conflitto d'interessi esclusivamente come di una fattispecie propria delle trattative, cioè a dire del momento in cui il contratto non è ancora formato, in quanto le parti sono ancora alla ricerca di un motivo da oggettivare – in ossequio alla regola della buona fede prenegoziale (cfr. art. 1337 c.c.) – in seno alla stipula, nella piena autonomia riconosciutagli dall'ordinamento. Autodeterminazione che non pare invece potersi rinvenire, quantomeno nella medesima misura, nel momento in cui si espleti la trattativa rinegoziativa, promanando quest'ultima da un vero e proprio obbligo contrattuale, sottostante a limitazioni sia proprie della regola della bona fides in executivis

---

<sup>71</sup> V. Cour de Cassation, 7 novembre 1974, in *Rev. arb.*, 1975, p. 302, nel cui commento di E. LOQUIN è possibile rinvenire i profili distintivi tra attività del terzo volta a stabilire il contenuto del contratto, ed attività finalizzata a modificarlo.

<sup>72</sup> Cfr. A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 360.

<sup>73</sup> Intende l'intervento del terzo quale arbitrato di tipo irrituale M.J. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, cit., p. 324, evidenziando come, in sede preliminare alla necessaria operazione di adeguamento contrattuale, il terzo medesimo debba accertare l'effettiva presenza degli elementi previsti, dalle parti, in termini di presupposti di rinegoziazione: tuttavia, non può non tenersi conto della possibilità che le parti, ove chiedano l'intervento del terzo, potrebbero deferirvi esclusivamente l'operazione di adeguamento, senza detta verifica anteriore.

<sup>74</sup> Così G. GABRIELLI, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.*, 1993, p. 664. Distingue, invece, tra controversia economica (la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente ad accordo delle parti) e controversia giuridica (la cui risoluzione è demandabile sia al mero accordo delle parti, sia, in caso di mancato accordo, a norme materiali di diritto), F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1924, I, p. 124; ID., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 400.



sia, a seconda dei casi, più o meno precisate in sede di stipula<sup>75</sup>. E proprio tale buona fede in sede esecutiva – discostandosi, quanto a finalità, da quella precontrattuale – costituisce parametro principale per la conduzione della procedura rinegoziativa essendo rivolta, in generale, ad assicurare alle parti dei criteri informati alle determinazioni giuridiche ed economiche effettuate dai contraenti in fase di predisposizione negoziale in vista di uno specifico equilibrio tra le prestazioni: equilibrio per l'appunto che, ora venuto meno, deve costituire il punto di arrivo nel nuovo percorso non più di negoziazione, ma di revisione di un negozio danneggiato dalle sopravvenienze. La buona fede esecutiva pertanto consentirà, a questo stadio del rapporto contrattuale, esclusivamente proposte di revisione coerenti con l'obiettivo della ricerca di un rinnovato equilibrio tra gli interessi dedotti in contratto.

Concludendo, il riassetto degli equilibri propri della fase genetica del rapporto contrattuale può leggersi, anzitutto, in termini di annullamento di un possibile conflitto d'interessi concernente i criteri di revisione contrattuale, ma anche come esito della corretta conduzione – ossequiosa, quindi, del principio di buona fede esecutiva – del procedimento rinegoziativo, di talché, in caso di rinegoziazione non andata a buon fine potrà ravvisarsi, in capo a una o più parti, lo spettro della ricerca non della proposta negoziale (ri)costruttiva quanto, piuttosto, dell'atteggiamento lecitamente proprio esclusivamente della fase prenegoziale, cioè a dire della condotta finalizzata al mero proprio vantaggio, a discapito di controparte, con ovvie conseguenze in tema d'inadempimento contrattuale<sup>76</sup>, sottoponibile alla disamina quindi (non di un

---

<sup>75</sup> Sul punto pare corretto il richiamo al concetto di “trattativa razionale” rinvenibile nelle osservazioni di R. FISHER, W.L. URY, B. PATTON, *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving in*, 2<sup>a</sup> ed., New York, 1991, p. 160, nonché in quelle di H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, cit., p. 1069.

<sup>76</sup> In proposito, cfr. Cass., 3 agosto 1995, n. 8501, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 119, e in *Contratti*, 1995, p. 578, riguardante il caso di parti contrattuali che hanno dato seguito a trattativa rinegoziativa seppure non vincolate in tal senso, ed in occasione del cui contenzioso ha avuto modo di sostenere come «Allorquando le parti di un contratto già concluso abbiano avviato delle trattative, poi non giunte a buon fine, per modificarne il contenuto e la portata, ed in vista di ciò abbiano stabilito concordemente di sospendere l'esecuzione delle prestazioni da esso nascenti, in quanto incompatibili con il futuro auspicato assetto negoziale, il giudice, chiamato a decidere sulle contrapposte domande di adempimento, risoluzione e risarcimento, per essere il contratto rimasto inadempito dopo il fallimento di dette trattative», non possa «esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l'eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuna di esse – a parte la configurabilità a suo carico



arbitratore, bensì) di un arbitro, che alla luce di quanto detto sinora è individuabile come la figura più correttamente ascrivibile all'intervento, in sede rinegoziativa, di un soggetto terzo<sup>77</sup>.

Il terzo, nell'ambito di una trattativa rinegoziativa può svolgere, anche a

---

di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. – abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l'inadempimento dell'altra parte». Ciò risulta utile, indubbiamente, anche a sottolineare la diversità di fondo sussistente tra la situazione giuridica di costituzione di nuovo rapporto e quella di avvio, non previsto in termini contrattualmente obbligatori, di trattativa rinegoziativa di contratto già stipulato. Inoltre, parlare del mancato raggiungimento delle parti in merito ad un nuovo assetto contrattuale in termini di vera e propria controversia riguardante l'esecuzione contrattuale, consente di deferirne la soluzione, con ragionevole certezza, all'intervento arbitrale: soluzione, questa, che pare trovare fondamento giurisprudenziale in capo a due importanti casi di caratura internazionale: a) anzitutto, nell'arbitrage Quintette, ove si trattava di un contratto di approvvigionamento di carbone concluso tra Quintette Coal e delle imprese giapponesi, dal quale risultavano, per ciò che qui interessa, una clausola di hardship legata ad eventuali modificazioni nel mercato del carbone, ed una clausola compromissoria di carattere generale. A seguito di fallimento di trattativa rinegoziativa innescata a causa di una repentina flessione del prezzo del carbone, le imprese giapponesi chiedevano di predisporre un riequilibrio, dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula, ad un collegio di arbitri, i quali, pur non autorizzati ad effettuare un intervento di tipo così "invasivo", si dichiarava comunque legittimato ad rideterminare il prezzo, con buona pace anche dell'adita Suprema Corte della Colombia Britannica, che dichiarava gli arbitri competenti a detta rideterminazione (su cui v. le recenti osservazioni di R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 853, ove si sottolinea l'estrema rilevanza del caso, «poiché il ragionamento degli arbitri si fonda non su di una clausola specifica, bensì su combinazione di clausole e, dunque, su di una ricostruzione ermeneutica estremamente espansiva, avallata dalle corti competenti a giudicare sulla validità del lodo»); b) inoltre, nel caso *Georgia Power Co. c. Cimarroan Coal Corp.* (526 F.2d 101, U.S. C.A., 1975), ove la Corte Federale affermava il principio in base a cui, ove le parti ritengano di addivenire a modifiche contrattuali mostrantesi in prospettiva necessarie, e purtuttavia non riescano ad addivenire ad un accordo modificativo di riadeguamento delle condizioni contrattuali, possono adire la clausola generale di arbitration. In dottrina, anche in senso critico, P.Y. GAUTIER, *L'arbitrage Quintette devant les juges de Colombie Britannique: la clause de hardship, invitation à l'ultra petita*, in *Rev. arb.*, 1991, p. 611; H. ULLMAN, *Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, cit., p. 103; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., p. 808.

<sup>77</sup> Cfr. V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 229 s.



seconda di quanto risulti dalla clausola rinegoziativa effettivamente apposta al contratto, varie funzioni: tra queste, è certamente rinvenibile anche quella d'intervenire a prescindere da un contrasto tra le parti in ordine alle modalità di adattamento del rapporto, ma con precipua finalità di stabilire il contenuto del negozio adeguativo che andrà a sovrapporsi al contratto originario, incorso in sopravvenienza disequilibrativa. Solo in questo caso pertanto l'attività del terzo, pur essendo propria del momento esecutivo (e non formativo) del rapporto, ed essendo finalizzata non alla risoluzione di una controversia, potrà dirsi sostanzialmente complanare a quanto consentito ex art. 1349 c.c. alla figura dell'arbitratore<sup>78</sup>, i cui poteri dovranno, tuttavia, essere adeguatamente circoscritti sotto il profilo della loro sfera operativa<sup>79</sup>, nonché sorretti da adeguati criteri operativi<sup>80</sup>, i quali, ove espressamente previsti in sede di

---

<sup>78</sup> In questi termini V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 231 s., il quale richiama, in proposito, A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 65.

Riguardo alla nomina dell'arbitratore, nulla quaestio nel caso in cui il terzo risulti già individuato in sede di elaborazione della clausola rinegoziativa, mentre problemi potrebbero ingenerarsi ove le parti risultino avere rinviato, a momento successivo, detto adempimento: debbono verificarsi, infatti, le conseguenze di un possibile disaccordo, cioè a dire: a) se il vincolo negoziale continui a produrre i suoi effetti: sul punto, può ragionevolmente stabilirsi la conservazione del vincolo contrattuale, dal momento che, in caso contrario, si darebbe adito ad un arbitrario potere unilaterale di paralizzare un accordo valido ed efficace; b) quale sia lo strumento con cui superare l'impasse prodotta dal disaccordo: strumento che potrebbe individuarsi in seno all'art. 1473 c.c. il quale, in materia di compravendita, prevede la competenza del Presidente del Tribunale ove le parti non si accordino in ordine alla individuazione del terzo obbligato a stabilire il prezzo per la traslazione della cosa.

<sup>79</sup> In proposito, la questione principale concerne il limite oltre cui le parti siano in possibilità di dismettere il potere determinativo delle nuove condizioni negoziali a vantaggio del terzo, ed in proposito è possibile ravvisare due impostazioni di pensiero principali.

Da una parte, dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono come la determinazione del terzo possa riguardare gli elementi negoziali essenziali come quelli accessori, e ciò seppure l'art. 1349 limiti l'attività del terzo a quella determinativa «della prestazione dedotta in contratto»: anche se, pure nell'ambito dell'orientamento propenso ad ampliare le funzioni determinative del terzo, è possibile ravvisare impostazioni tra loro discordanti, tra cui una più restrittiva secondo cui la determinazione del terzo, pur potendo comprendere ogni elemento negoziale, deve intendersi meramente «integrativa» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 330, e P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*. Artt. 1470-1547, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 83; in giurisprudenza, si v. Cass., 13 dicembre 1974, n. 4253, cit., p. 1373; Cass., 5 agosto 1983, n. 5272, in *Rep. Foro it.*, 1983, v. *Contratto in genere*, n. 163), ed una in base a cui non sarebbero ravvisabili limiti all'attività determinativa del terzo, consistente anche nella individuazione di natura e tipo di contratto da perfezionare (F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, XI, 1, Milano, 1987, p. 204; D. RUBINO, *La compravendita*, ivi, 1962, p. 516).

Dall'altra, vi è l'impostazione che, seppure autorevole, ad oggi può ritenersi isolata, secondo cui alle parti sarebbe consentito deferire al terzo la determinazione dei soli elementi accessori (G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, Cortona, 1923, p. 69).

<sup>80</sup> In ordine al dibattito sulla natura giuridica dell'attività del terzo vi è: da una parte chi, in tempi più risalenti, rinveniva nel completamento di un elemento negoziale privo



clausola rinegoziativa, imporranno all'interprete il mero compito di stabilirne la concreta ed effettiva idoneità all'adeguamento del rapporto contrattuale; al contrario, ossia in assenza di detti criteri operativi, secondo il legislatore il terzo deve presumersi obbligato ad applicare il parametro dell'apprezzamento in via equitativa.

In ordine a detta disposizione sono nati due particolari dibattiti.

Il primo, dovuto al concetto medesimo di equità a fronte del cui significato non propriamente univoco vi è, ad oggi, univocità nell'idea di terzo che, nel decidere secondo equità, deve in ogni caso considerare ogni elemento della fattispecie concreta, tra cui quello patrimoniale e personale proprio dei soggetti coinvolti nella stipula, nonché quello normativo e di mercato<sup>81</sup>. Alla luce di ciò, occorre ricordare come il caso rinegoziativo renda peculiare l'intervento del terzo arbitratore sul negozio di cui all'art. 1349 c.c.: si tratta di una peculiarità almeno sotto il profilo cronologico, in quanto non vi è necessità d'integrazione di elementi propri della fase genetica del contratto, bensì della fase propria del rapporto contrattuale ormai innescato e vigente di talché l'arbitratore, nel decidere in base ad elementi esterni ed interni del negozio ormai formato dovrà tenere conto, nell'intervento nel procedimento rinegoziativo, anche degli interessi alla base della fase genetica, ovvero sia le

---

di consenso delle parti contrattuali, un'attività volitiva ed autonoma efficace nei confronti dei contraenti e, in quanto tale, impugnabile dalle parti per manifesta erroneità od iniquità (arbitraggio boni viri), malafede (mero arbitrio), incapacità ovvero vizi del consenso (F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in Riv. dir. priv., 1932, I, p. 272; ID., *Negoziato e giudizio*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1956, p. 1160; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, p. 489; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1929, p. 314); dall'altra, chi rinviene, nell'attività del terzo un atto cui per relationem i contraenti rivolgono la determinazione del contenuto negoziale, e non un negozio giuridico (come può evincersi anche ex art. 1349 c.c., riguardante una disciplina dell'impugnazione di pronuncia non coincidente con gli strumenti rimediali richiamabili in caso d'invalidità negoziale), con conseguente qualificabilità dell'intervento del terzo in termini di manifestazione del potere di autoregolamentare interessi altrui (G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Milano, 1956, p. 355; M. VASETTI, *Arbitraggio*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 823; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. dir. civ. diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, IV, 2, Milano, rist. 1980, p. 136).

<sup>81</sup> In tal senso, M. VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 831; ma v. anche F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 181, che sottolinea come il giudice sia in potere di colmare le lacune negoziali in base a criteri necessariamente rinvenibili in capo ad elementi oggettivi e, in genere, strutturali della concreta fattispecie contrattuale sottoposta al suo vaglio.



trattative precontrattuali e la stipula<sup>82</sup>.

In secondo luogo, deve darsi conto se la decisione del terzo arbitratore in base ad equità possa o meno tenersi distinta dalla determinazione risultante da mero arbitrio del terzo, di cui all'art. 1349, 2° comma c.c.: certamente, il giudizio secondo equità può tenersi distinto da quello secondo mero arbitrio in base al fatto che il terzo, in quest'ultimo caso, può preventivamente stabilire i criteri – in via di principio di caratura oggettiva – cui intende informare la decisione che si appresta a prendere in vista dell'integrazione adeguativa del contratto<sup>83</sup>. In sostanza, il terzo arbitratore potrà prescindere da elementi soggettivi solo ove non oggettivati nella stipula e potrà, tra gli elementi oggettivi, scegliere di rifarsi: a) a quelli contrattuali, propri del caso concreto (interessi concreti sottesi alla stipula), in tal modo indirizzandosi verso una decisione la quale potrà con ampia probabilità risultare complanare, nella sostanza, ad una determinazione basata su equità; b) a quelli extracontrattuali (condizioni economiche e di mercato), in tal modo indirizzandosi verso un equilibrio contrattuale con molta probabilità completamente rinnovato, in quanto con molta difficoltà i parametri extracontrattuali di mercato, propri del momento genetico del rapporto contrattuale (e sulla cui base la stipula ha

---

<sup>82</sup> Come sottolinea in proposito V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., p. 237, infatti, «La determinazione del terzo (...) sarà, senz'altro, conforme e corrispondente al parametro dell'equo apprezzamento quando, in un quadro di interessi sostanzialmente diverso, riesca a ricostruire l'equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni originariamente fissato dalle parti».

<sup>83</sup> In proposito, cfr. M. RICCA BARBERIS, L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico, in Arch. giur., 1903, p. 62; D. RUBINO, La compravendita, cit., p. 310; M. VASETTI, Arbitraggio, cit., p. 824; G. SCADUTO, Gli arbitratori nel diritto privato, cit., p. 60, sottolineano tutti come l'intervento rimesso al mero arbitrio del terzo porti ad una determinazione frutto di scelte esclusivamente di tipo soggettivo. V. tuttavia, riguardo all'impossibilità per le parti di rimettersi completamente alla mera arbitrarietà (rinvenibile in letteratura come “mero capriccio”) del terzo, F. MAZZARELLA, Note minime in tema di arbitrato irrituale ed arbitraggio, cit., p. 339; G. SCHIZZEROTTO, Arbitrato improprio e arbitraggio, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1967, p. 5; P. GALLO, Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all'), cit., p. 417; F. CRISCUOLO, Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto, cit., p. 209; G. ZUDDAS, L'arbitraggio, Napoli, 1992, p. 113, il quale sottolinea inoltre come l'idea in base a cui il terzo, in caso di equo apprezzamento debba procedere ponderatamente, mentre in ipotesi di mero arbitrio possa dare adito alla propria “arbitrarietà”, sia fondamentalmente un equivoco, nato a sua volta da errata interpretazione di un passo di Proculo (D.17.2.76) in cui viene fatto esplicito richiamo al valore sive aequum sit sive iniquum e che dovrebbe interpretarsi nel senso che, ove le parti si rimettano all'arbitrio, vi sia fiducia completa nel terzo, che dovrà poter agire in completa libertà.



avuto i propri natali) potranno fedelmente ritrovarsi in un momento successivo alla stipula medesima, con ciò rinvenendosi, quasi certamente, mancata complanarità tra equo apprezzamento e mero arbitrio del terzo.