

The Cardozo Electronic Law Bulletin

Comparing the Marshall Plan and the European Next Generation UE.
Models and Legal Tools of International and Supernational Cooperation to Promote Economic Development
Alessandra Pera

How Lender Governance is Affecting Corporate and Contract Governance
Tommaso Sica

Tecniche di gestione delle sopravvenienze: fra rinegoziazione, risarcimento ed impossibilità sopravvenuta di utilizzazione
Francesca Scordamaglia

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)

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

©1995-2022 ISSN 1128-322X

CONTENTS

Vol. XXVIII Issue 1 2022

- ALESSANDRA PERA
- 1 **COMPARING THE MARSHALL PLAN AND THE EUROPEAN NEXT GENERATION UE.
Models and Legal Tools of International and Supranational Cooperation to Promote Economic Development**
- TOMMASO SICA
- 32 **HOW LENDER GOVERNANCE IS AFFECTING CORPORATE AND CONTRACT GOVERNANCE**
- FRANCESCA SCORDAMAGLIA
- 51 **TECNICHE DI GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE: FRA RINEGOZIAZIONE, RISARCIMENTO ED IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DI UTILIZZAZIONE**

ALESSANDRA PERA

COMPARING THE MARSHALL PLAN AND THE EUROPEAN NEXT GENERATION UE.

Models and Legal Tools of International and Supranational Cooperation to Promote Economic Development¹

Abstract The article analyzes and compares the European Recovery Plan of 1948, commonly known as the Marshall Plan, for the reconstruction of Europe after the Second World War (paragraphs 2, 2.1, 2.2), and the Next Generation EU (paragraphs 3, 3.1) through the lens and methods of legal comparison and historical analysis.

As the description of the law cannot ignore the historicization of the object of study, such comparison is carried out inductively, through the analysis of the legal mechanisms in their concrete attitudes and the construction of descriptive schemes of facts, having regard to the legal discipline, but also to the functional profiles and the context in which the rules are conceived.

Therefore, the author attempts to frame the two different models of international development cooperation by examining their forms and contents, as well as their methodological approaches and governance tools. This essay also takes a critical look at the system of controls called “vincoli esterni”, which can be translated as external constraints or conditionalities. These controls are particularly relevant as long as aid, grants and loans are conditional on plans for structural reforms of the legal system (paragraphs 4, 4.1). The conclusive remarks point out how this system of conditionalities – which for the state takes the form of a debt to give or not to give, to do or not to do – can lead to forms of subordination and structural homologation of the member states. It affects sovereignty, the way how powers and competences are exercised, policy strategies and the relationship between the “lender” and the “borrower” are conceived and practiced in concrete.

Keywords: Marshall Plan, Next Generation EU, compliance strategies, conditionalities, economic development, comparative method, diachronic comparison.

¹ This article is part of the research funded by the Italian Minister of University and Research, under the program “Progetti di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale” (PRIN 2020), title: “Restore. Recovering the State Towards a Reformed Economy”.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction — 2. Post-war Europe and the Marshall Plan — 2.1 The Marshall Plan: formulation, governance, and implementation — 2.2 The national plans — 3. Europe, Italy, and the Next Generation EU — 3.1 The Italian plan — 4. National plans, external constraints, and compliance strategies — 4.1 Conditionality as tools for cooperation and economic development: the file rouge among the US and the EU plans — 5. Concluding remarks.

1. Introduction

The Italian National “Piano di Ripresa e Resilienza” (PNRR)² contains the guidelines that Italy has committed to follow in spending the money that has been allocated to the country within the Next Generation EU, better known as the Recovery Fund.³ This is the Italian share of a significant intervention plan implemented by the EU with the aim of relaunching and strengthening the economies of the member states weakened by the Covid-19 pandemic. The exceptional nature of the pandemic event, which occurred alongside a major environmental crisis, required an equally exceptional economic intervention that has the aspiration of triggering a second New Deal with the dual objective of reinvigorating growth and promoting a green conversion of European economies.

This article aims to analyze some of the characteristic elements of the European Recovery Fund and some contextual factors by providing a diachronic comparison between the Recovery Fund and the Marshall Plan.

The objective of this article is therefore to analyze and compare the European Recovery Plan of 1948, commonly known as the Marshall Plan, for the reconstruction of Europe after the Second World War (paragraphs 2, 2.1, 2.2), and the Next Generation EU (paragraphs 3, 3.1).

The objectives and methods of legal comparison cannot be separated from historical analysis, as the description of the law cannot ignore the historicization of the object of study. According to Gino Gorla,⁴ such comparisons are carried out inductively, through the analysis of the legal mechanisms in the concrete attitudes of the objects of study. Thus, historiography and legal comparisons can be seen as two activities based on pure knowledge and research, and the construction of

² The Italian plan is available online at <https://www.mise.gov.it/index.php/it/68-incentivi/2042324-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-i-progetti-del-mise>, retrieved on 9 June 2022.

³ The EU plan is available online at https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en, retrieved on 9 June 2022.

⁴ G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, 53. Recently, M. Brutti, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. Brutti & A. Somma (eds.), *Diritto, Storia e Comparazione*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt, 2018, 74; P.G. Monateri, *Comparative Legal Methods*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2022, 66-70.

descriptive schemes of facts. The dialogue between historical analysis and legal science takes a further step when the investigation moves from the legal discipline to the functional profiles and the context in which the rules are conceived. As the functional profiles and the context become two lenses through which social formations can be viewed, they can enable scholars to describe a “space-time object” that is the product of various factors.

Therefore, this article will attempt to frame the two different models of international development cooperation by examining their forms and contents, as well as their methodological approaches and governance tools. This essay also takes a critical look at the system of controls called “vincoli esterni”, which can be translated as external constraints or conditionalities. These controls are particularly relevant as long as aid, grants and loans are conditional on plans for structural reforms of the legal system (paragraphs 4, 4.1).

The first part of this article describes and analyzes the European Recovery Plan (ERP), while also providing an overview of the socioeconomic conditions in Europe after the Second World War. The formulation and the implementation of the plan are also discussed.

At the end of the Second World War, the European reconstruction process represented an unparalleled opportunity for the US government to expand its sphere of influence over Europe by providing European countries with economic aid. Thus, starting in July 1945, millions of dollars began to flow into depleted European coffers. This influx of money was subsequently accompanied by the introduction of an elaborate plan for providing these countries with systematic economic aid. In exchange for the assets, raw materials, and liquidity the plan provided, the recipients had to agree to align themselves with the Atlantic sphere and to use the aid to modernize their economies. In the following three years, the United States distributed goods and resources valued at around \$13 billion, which was equal to about 1% of the country’s GDP. This substantial sum was intended to facilitate the continuation of the post-war process of economic recovery, and to strengthen transatlantic cooperation.

The second part of this essay examines the Next Generation EU (NGEU), which is a temporary recovery instrument, worth €750 billion, that has allowed the Commission to secure funds on the capital market to repair the immediate economic and social damage caused by the pandemic. The NGEU’s objectives including supporting the green transition and the digital transformation and building resilience to ensure that Europe is able to meet its current and future challenges. The EU’s long-term budget, combined with the NGEU, together constitute the largest stimulus package ever funded by European institutions.

The new long-term budget aims to strengthen the flexibility mechanisms to ensure that previously unforeseen needs can be met when they arise. The Recovery Fund is also supported by other types of funds, such as REACT-EU (Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe). The funding was divided between the European Regional Development Fund (ERDF), the European Social Fund (ESF), and the Fund for European Aid to the Most Deprived (FEAD). This additional funding was disbursed in the 2021-2022 period under the NGEU, and, previously, in 2020, through a targeted review of the current financial framework, together with additional European programs or funds, such as Horizon, Invest-EU, and the Fund for Rural Development.

Among the political and the economic objectives of the two plans were: preventing the collapse of economic activity, achieving economic stability to help restart the European economy on a large scale, fostering international and regional cooperation, stimulating public and private investments to facilitate recovery from the pandemic crisis or post-war reconstruction, defining a decentralized administrative body that enables cooperation, and ensuring an optimal degree of organization.

In quantitative terms, the European Recovery Fund is an important intervention, but it certainly does not represent the majority of the efforts world economies are making to get out of the current crisis. Indeed, all the interventions put in place by the individual states, which are financed by their national budgets, are added to it, as are all of the interventions of non-EU countries.

All these interventions are attempts to respond to the exceptional systemic shock these countries have experienced in the last three years.⁵

Helping European countries cope with a similar state of emergency and an exceptionally large shock were among the central aims of the so-called Marshall Plan.⁶ At the end of the Second World War, the US invited the European states to propose an economic reconstruction project for which they would be given substantial financial support (including in the form of non-repayable grants).

More precisely, on July 12, 1947, at the Paris Conference for European Economic Cooperation, the US asked 16 European countries to "unite" in quantifying the overall amount of reconstruction aid they were requesting, and created the Committee for European Economic Cooperation (CEEC). Then, on April 2, 1948, the

⁵ On the permanent condition of state of exception, P.G. Monateri, *L'augurio. Impero, legge e stato di eccezione*, Mimesis, Milano, 2017.

⁶ M. Campus, *L'Italia, gli Stati Uniti e il piano Marshall*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

US Congress approved the Foreign Assistance Act, Title I, Economic Cooperation Act, known as the European Recovery Program (ERP).⁷

It is evident that the economic, social, and cultural contexts in which the two events occurred were totally different. Thus, while thinking about the future based on the post-war experiences of the mid-20th century is a reconstructive exercise intended to give "possible readings" of the phenomena, it is not expected to be useful for researchers seeking to insert scenario data into the estimation models often used by economists.

Moreover, the writer has no specific competence in this regard.

It must be reiterated that the Marshall Plan was conceived as an initiative aimed at providing aid to countries devastated by the Second World War, which is an event that is very different from the current pandemic crisis. However, there are many very authoritative commenters who have compared today's situation to that of a post-war economy. For example, the current President of the Italian Council Mario Draghi stated on March 25, 2020, in an article written for the Financial Times that wars are "the most relevant precedent" of the contemporary emergency.⁸

Moreover, the European Recovery Fund has been developed along specific strategic axes, including the transition to a green economy, which adds a certain degree of complexity to the comparative reasoning. In recent years, climate change has gone from being a marginal issue to being a global priority.⁹

2. *Post-war Europe and the Marshall Plan*

Between 1948 and 1951, the United States embarked on what many consider to be one of the most successful foreign policy initiatives and most effective foreign aid programs in history. The Marshall Plan and the European Recovery Program (ERP) can be characterized as ambitious efforts to stimulate economic growth in post-World War II Europe, which was at that time depressed and nearly bankrupt; to prevent the spread of communism; and to encourage the development of a healthy and stable world economy. The plan was designed to achieve the following three objectives:

- expanding European agricultural and industrial production;

⁷ The Foreign Assistance Act approved on April 3, 1948, together with the Economic Cooperation Act of 1948 (Title I). See J.J. Joseph, *European Recovery and United States Aid*, in *Science and Society*, 1948, 293 ss..

⁸ M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25 March 2020.

⁹ For nearly three decades, the UN has brought together numerous states for global climate summits, called the COP, or the "Conference of the Parties". The first post-pandemic summit was the 26th annual summit (hence the name COP26), which was held in Glasgow and was chaired by the United Kingdom in November 2021. The tone of the meeting, as well as the commitments individual states have made, suggest that the aim of building a green economy is much closer than it was in the past. As far as Europe is concerned, these commitments are combined with the investment prospects in the Recovery Fund that are focused on creating a European green economy.

- restoring sound currencies, balance sheets, and public finances in European countries; and
- increasing international trade among European countries and between Europe and the rest of the world.

The Marshall Plan was adopted at a time when the global system was dysfunctional. Liberal scholars have called this situation a “market failure” or a “global imbalance”, while realist scholars have called it a “global power vacuum” with “hegemonic opportunities”. There were previous interlinked episodes of massive unemployment and wars that had been devastating for both the broader populations and the ruling classes in Europe. On these occasions, classic capitalist systems had failed, both politically and economically. At the same time, the communists were gaining ground. The Soviet Union had embarked on a rapid project of industrialization, especially in heavy industries, after the launch of Stalin’s Five-Year Plan in 1928. The economic achievements and political ideals of communism had become very popular among the populations of European countries. After the Second World War, many cities, including some of the major industrial and cultural centers of Great Britain, France, Germany, Italy, and Belgium, had been destroyed. Reports provided to US Secretary of State George C. Marshall suggested that some regions of the continent were on the brink of famine because agricultural and food production had been disrupted by fighting. In addition, the transport infrastructure of many regions, including railways, roads, bridges, and ports, had suffered extensive damage in air strikes; and the naval fleets of many countries had been sunk.¹⁰ The European nations were thus accumulating a growing dollar deficit. As a result, the prospects for future growth in Europe were low, and trade between European nations was stagnant. According to many observers, the declining economic conditions were generating pessimism about the future of Europe, which helped to fuel class divisions and political instability. The communist parties, which were already well established in major European countries such as Italy and France, were threatening to rise to power. The potential effects of these developments on the United States were large and varied. Although the Cold War was still in its infancy, Soviet entrenchment in Eastern Europe was well underway. As early as in 1947, the economic and political tensions that afflicted Great Britain had pushed the country’s government to announce the withdrawal of British military troops engaged in Greece and Turkey, which forced the United States to assume greater obligations to defend the security of the region.

¹⁰ C, Turnoff, *The Marshall plan: Design, accomplishments, and significance*, 2018, on line at <https://sgp.fas.org/crs/row/R45079.pdf>, retrieved 9 June 2022.

Indeed, it could be argued that the only world power not structurally affected by the conflict was the United States. The Marshall Plan was constructed based on this specific set of socio-political conditions. The plan was proposed in a speech given by Secretary Marshall at Harvard University on June 5, 1947. Recognizing the need for the participation of Congress in the development of a meaningful assistance package, Marshall's speech did not present a detailed and concrete program. Instead, he simply suggested that the United States would be willing to help by drafting a program and providing assistance,¹¹ while maintaining the pretense that this program would be a joint effort that the European nations would agree to take part in. Thus, from the outset, the Marshall Plan was formulated as a collaborative effort between the Truman administration and Congress, and between the US and European governments. Conditions on the European continent in 1947, as described by Secretary Marshall and other US officials at the time, were dire.

The Truman Doctrine, enunciated in March 1947, stated that US policy was based on securing support for nations threatened by communism. In short, the specter of the economic collapse of Europe and of a communist takeover of European political institutions threatened to eradicate everything the United States had claimed to be fighting for since its entry into World War II: a free Europe in an open economic system.

According to one shared historical reconstruction, the Truman Doctrine and the Marshall Plan, together with US military strategy, which was officially promulgated in the signing of the Atlantic Pact, sanctioned the US interventionist policy aimed at breaking the alliance that had won the war by opposing the Soviet Union.¹²

Of course, this is only one of the possible readings and reconstructions of these events. The American historiography that has dealt with these issues can be divided into three main strands.

The traditionalist or orthodox strand reconstructed the Truman Doctrine as a consequence of Soviet aggression, which left the United States with no choice but opt for the containment of the expansionism of the USSR.¹³

¹¹ E. Rossi, *Il Piano Marshall e l' "Europa"*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1983.

¹² A.A. Offner, *Another Such Victory: President Truman and the Cold War, 1945-1953*, SUP, Stanford, 2002; S.R. Williamson & S.L. Rearden, *Onset of the Nuclear Age*, in Id., *The Origins of US Nuclear Strategy*, Palgrave Macmillan, New York, 1993, 1-24.

¹³ Few for all, F.R. Dulles, *America's Rise to World Power, 1898-1954*, Harper & Brothers, New York, 1955; A. Schlesinger, *Origins of the Cold War*, in *Foreign Affairs* 46.1, 1967, 22-52; E.E. Spalding, *The First Cold Warrior*, University Press of Kentucky, Lexington, 2006.

A second line of research is the revisionist strand, which argued that the Truman Doctrine represented a real ideological manifesto that described the US strategy of world economic hegemony.¹⁴

Finally, the post-revisionist approach attempted to go beyond the ideological and political alignments favoring either the US or the USSR to investigate the multiple, complex, and intricate reasons that, with hindsight, appear to have determined a certain alignment between Europeanism and Atlanticism,¹⁵ and that have today re-emerged in response to other more recent war events.¹⁶

2.1 The Marshall Plan: formulation, governance, and implementation

Most European nations responded favorably to Secretary of State Marshall's initial proposal. After insisting on a playing a role in the design of the program, 16 nations participated in the Paris Conference (on July 12, 1947), at which the Committee of European Economic Cooperation (CEEC) was established. The committee was tasked with gathering information on Europe's requirements, and on the existing resources that could be mobilized to meet these needs. The final report (published in September 1947) envisaged a four-year program to encourage production, create internal financial stability, develop economic cooperation between participating countries, and solve the problem of the then existing deficit with the US dollar zone. Although Europe's net balance-of-payments deficit with the dollar zone for the 1948-1951 period was originally estimated at around \$29 billion, the report called for the US to provide \$19 billion in assistance (an additional \$3 billion was expected to come from the World Bank and other sources). Cautiously, in order to avoid the impression that the US was seeking to isolate the Soviet Union in this starting phase of the Cold War, Marshall's invitation did not specifically exclude any European nation. However, the Soviet Union and its satellite countries refused to participate in the joint rehabilitation program for two fundamental reasons: first, the demand that nations disclose their economic plans was seen as violating Soviet state sovereignty; and, second, the main interest of the United States appeared to be to increase its exports. The CEEC proposal demanded that states adhere to

¹⁴ Among others, D. Horowitz, *The Free World Colossus: A Critique of American Foreign Policy in the Cold War*, Hill and Wang, New York, 1971; R.M. Freeland, *The Truman Doctrine and the Origins of McCarthyism: Foreign Policy, Domestic Politics, and Internal Security, 1946-1948*, New York University Press, New York, 1985; W. LaFeber, *America, Russia and the Cold Wa. 1943-1980*, John Wiley & Sons, New York, 1980.

¹⁵ Again few for all, J.L. Gaddis, *The emerging post-revisionist synthesis on the origins of the Cold War*, in *Diplomatic History*, 7.3, 1983, 171-190; J.S. Walker, *Historians and Cold War Origins: The New Consensus*, in G.K. Haines & J.S. Walker (eds.), *American Foreign Relations: A Historiographical Review*, Greenwood Press, Westport, 1981, 207 ss..

¹⁶ A. Somma, *Sotto l'atlantismo niente. L'Europa messa a nudo dalla guerra ucraina*, in *La Fionda*, 3 May 2022, 1-9.

certain guidelines, and accept a certain approach to economic policy. Specifically, European nations were required to:

- make specific commitments to fulfil production programs;
- take immediate steps to create internal monetary and financial stability;
- express a greater determination to reduce trade barriers;
- consider alternative sources of dollar credit, such as the World Bank;
- formally recognize their common goals and take common responsibility for their achievements; and
- set up an international organization to act as a coordinating agency for the implementation of the program.

From the outset, the Truman administration made Congress a key player in developing the new foreign aid program, consulting its members throughout the process. A meeting on June 22, 1947, between key congressional leaders and the president led to the creation of the Harriman, Krug, and Nourse committees. The committee headed by US Secretary of Commerce Averell Harriman, which included consultants from private industry, labor representatives, economists, and others, examined Europe's needs. The committee led by US Secretary of the Interior Julius A. Krug assessed the physical resources of the United States that were available to support this program. The third committee led by the Chairman of the Council of Economic Advisors Edwin G. Nourse studied the effects that an increase in the export burden would have on US production and domestic prices.¹⁷ The House of Representatives formed the Restricted Committee for Foreign Aid, headed by Representative Christian A. Herter, to handle guidance and monitoring tasks. Before the administration's proposal could be considered, conditions in some countries had deteriorated so badly that President Truman called for the release of a special interim aid package to ensure that Europe had sufficient food and fuel to get through the winter. The more elaborate system envisaged by the Marshall Plan was authorized. Congress then approved \$522 million in interim aid to France, Italy, and Austria. The authorization of the aid package was signed by President Truman on December 17, 1947.

This decision was also accelerated by the administration's concerns about a meeting of the European communist parties in Poland (on September 22-27, 1947) in which they stated their opposition to "the American subjugation plan for Europe". Even West Germany was still being assisted through the US government and the occupied areas relief program. The State Department's proposals for a European recovery program were formally presented by Truman in a message to

¹⁷ J. Magid, J., *The Marshall Plan*, in *Advances in Historical Studies*, 1.01, 2012, 1, on line at <https://www.scirp.org/html/26090.html>, retrieved 9 June 2022.

Congress on December 19, 1947. He proposed a 4.5-year program of aid to 16 Western European countries in the form of grants and loans. Although the total program provided for approximately \$17 billion in aid, the administration's bill, which was introduced in early 1948 by Representative Charles Eaton, Chairman of the House Foreign Affairs Committee, provided for aid in the amount of \$6.8 billion to cover the first 15 months of the program.¹⁸

More precisely, it was expected that within four years, the United States would provide European states with financial assistance, primarily through grants (mainly in the form of food aid, raw materials, and materials for industry), and to a much smaller extent through long-term loans at subsidized rates. Each country that participated in the program was required to present its own plan for economic reconstruction.¹⁹

All of the national plans would then be sent to the European Organization for Economic Cooperation (EOEC),²⁰ established in 1948, which was tasked with approving and coordinating the various plans of the European states that would ultimately be merged into the ERP. The ERP, in turn, was managed by a US government agency, the Economic Cooperation Administration (ECA), which was set up to monitor and approve the projects proposed in the national plans, and to verify their efficient execution. The ECA also had the power to terminate the provision of assistance or take other corrective actions against any participating country when it failed to comply with the obligations it had assumed in the bilateral and multilateral agreements it had signed with the US regarding its use of the financial assistance; when the country's activities were not in alignment with the conditionalities provided for accessing the Marshall Plan funds; or, finally, when, due to changed conditions, the provision of the assistance was no longer consistent with the national interests of the United States.²¹

The ECA operated on three different levels: through its headquarters in Washington DC, led by Paul G. Hoffman, which had continuous exchanges of information with the Joint Committee on Foreign Economic Cooperation, and with the National Advisory Council on International Monetary and Financial Problems (NAC); through an inter-ministerial committee set up under the Bretton Woods

¹⁸ C. Turnoff, *The Marshall Plan: Design, Accomplishments, and Significance*, 2018, cit. above.

¹⁹ For a deep and comprehensive analysis on the “Piano Quadriennale di Ricostruzione per l’Italia”, see F. Fauri, *Il Piano Marshall e l’Italia*, Il Mulino, Bologna, 2011; B. Steil, *Il Piano Marshall. Alle origini della guerra fredda*, Donzelli Editore, Roma, 2018.

²⁰ In Italy, the Convention for European Economic Cooperation (Paris 16 April, 1948) was enforced by the L. 4 agosto 1948, n. 1107, Ratifica ed esecutorietà degli Accordi internazionali firmati a Parigi il 16 aprile 1948. See C. Spagnolo, *La stabilizzazione incompiuta. Il piano Marshall in Italia (1947-1952)*, Carocci, Roma, 2001, 67; G. Savarese, *Note sulla «ricostruzione» in Italia*, in *Quaderni storici*, 34.1, 1977, 249 ss.

²¹ Sec. 118, Economic Cooperation Act of 1948. For a comment, see F. Fauri, *Il Piano Marshall e l’Italia*, cit. 2010, 80.

agreements to coordinate US foreign policies, which had the task of managing the ERP's finances; and through the Public Advisory Board, a consultancy body made up of highly qualified technicians. There was also a Special Representative of the ECA assigned to the EOCE headquarters at the Hotel Talleyrand in Paris, from which Averell Harriman coordinated the special missions for economic cooperation set up in the individual European capitals of the countries receiving ERP funds.

In short, there was a very stringent system of control that was exerted both centrally and through audits, monitoring, and inspections carried out by the ERP's own emissaries within the countries that were receiving the aid.²²

For the initial implementation of the Foreign Assistance Act, title I, Economic Cooperation Act, which was approved in April 1948, \$4 billion was allocated to the ERP in its first year. By limiting the authorization to one year, Congress gave itself ample opportunity to oversee the ongoing implementation of the European recovery program, and to consider further funding. The additional funds for the Marshall Plan were allocated and authorized by the US Congress on three separate occasions. In subsequent years, Congress held hearings on the Marshall Plan, debated its progress, and further amended the legislation. In addition, as part of the initial authorization, a joint congressional control committee was created to monitor the implementation of the program, and to provide updates to Congress. Congress voted to approve the necessary funds on an annual basis until June 1952.

2.2 *The national plans*

As was mentioned above, the Economic Cooperation Act stated that after each national plan had been approved by the ECA, each European state requesting financial assistance had to sign an agreement with the United States government. The agreement outlined the commitments made to the beneficiary state and the conditionalities the country would have to meet to receive the ERP funds, including the obligation to set up a permanent organization aimed at promoting the integration and collaboration of the European states.²³

²² For a comprehensive analysis and for many of the relevant references, even herein cited, see F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, 54 ss.

²³ Sec. 115, lett. b, Economic cooperation act of 1948, stated that «the provision of assistance under this title results from the multilateral pledges of the participating countries to use all their efforts to accomplish a joint recovery program based upon self-help and mutual cooperation as embodied in the report of the Committee of European Economic Cooperation signed at Paris on September 22, 1947, and is contingent upon continuous effort of the participating countries to accomplish a joint recovery program through multilateral undertakings and the establishment of a continuing organization for this purpose». The agreement between Italy and the US was signed on June 28, 1948, and enforced with the L. 4 August 1948, n. 1108. "Ratifica ed

Entering into bilateral agreements was a very sensitive issue for most European countries, mainly because they were afraid that their national sovereignty and autonomy could be compromised by the clauses and the provisions of international treaties. Countries also felt threatened because the ERP additionally introduced an ill-defined level of US control over the program that gave Congress the power to question the allocation of new funds every year.²⁴

In bilateral agreements, each European state agreed to submit to the conditionalities provided by the ERP by undertaking, among other commitments, to promote industrial and agricultural production through specific projects approved by the ECA; to adopt the financial and monetary measures necessary to stabilize its currency; to fix or maintain a valid exchange rate; to balance its public budget as soon as possible; and, more generally, to restore or maintain confidence in its monetary system, to increase international trade by reducing barriers to the free trade of goods and services, and to provide the United States with the goods it needed.²⁵ We will return to this cross-compliance system later in paragraph 4.

The ECA reached its decisions unilaterally and on the basis of its own assessments of the amount of money that would be allocated to each applicant country, dividing the funding between non-repayable subsidies and loans.

The grants took the form of free supplies of grain and raw materials for industries (e.g., coal, crude oil, cotton, copper, iron, and steel), fertilizers, scarce medicines (e.g., penicillin, streptomycin, liver extract, insulin, blood plasma), and machinery for industrial plants.

Each state sold the material goods sent from the United States internally using the national currency, and the proceeds flowed into a “counterpart fund”, which in Italy was called the “Lire Fund”.²⁶ These resources were, in turn, to be invested in infrastructure and services according to a plan agreed upon by the national government and the ECA, whereby the ECA had a veto power over their use.

esecutorietà dell’Accordo di cooperazione economica fra l’Italia e gli Stati Uniti d’America, concluso a Roma il 28 giugno 1948”.

²⁴ G. Bossuat, *L’Europe occidentale à l’heure américaine: le Plan Marshall et l’unité européenne, 1945-1952*, Editions Complexe, Brussels, 1992.

²⁵ Under Sec. 102, lett. b, Economic cooperation act of 1948, l’ERP had the function of «furnishing material and financial assistance to the participating countries in such a manner as to aid them, through their own individual and concerted efforts, to become independent of extraordinary outside economic assistance within the period of operations under this title, by: (1) promoting industrial and agricultural production in the participating countries; (2) furthering the restoration or maintenance of the soundness of European currencies, budgets, and finances; and (3) facilitating and stimulating the growth of international trade of participating countries with one another and with other countries by appropriate measures including reduction of barriers which may hamper such trade».

²⁶ F. Fauri, *Il Piano Marshall e l’Italia*, cit. 2010; R. Ventresca, *Prove tecniche d’integrazione: l’Italia, l’Oece e la ricostruzione economica internazionale (1947-1953)*, Milano: Franco Angeli, 2017, 34 ss..

Conditional aid was added later. This type of aid was aimed at stimulating intra-European trade, and was governed by the intra-European payment agreement (signed in 1948 and renewed in 1949).

The loans, by contrast, were intended for the purchase of machinery and equipment in the United States under particularly advantageous conditions.²⁷

3. Europe, Italy, and the Next Generation EU

As was mentioned in the introduction and as is generally known, the Recovery Fund has been created by the European Union to provide subsidies and loans to its member states that have been socially, economically, and financially overwhelmed by the challenges associated with managing the Covid-19 pandemic.

The European Union has responded to the pandemic crisis by introducing the NGEU, an unprecedented joint program that envisages huge investments and reforms aimed at accelerating the ecological and digital transition; improving professional training; and, among other goals, promoting gender, intergenerational, and territorial equality.

Furthermore, the effects of the pandemic and the stated intention of the European Commission to make Europe the first climate-neutral continent by 2050 through the European Green Deal have facilitated the already evident and shared willingness of the member states to adopt the current economic recovery plan, and to formulate a coordinated response to these challenges at both the economic and the structural level. The NGEU marks a departure from previous EU policies. The resources that are to be deployed to revive growth amount to €750 billion, more than half (€390 billion) of which are in the form of grants. The resources allocated to the Recovery and Resilience Fund (RRF) are financed through the issuance of EU bonds, which are leveraged by raising the ceiling on the EU's own resources.

The NGEU initiative channels significant resources to countries such as Italy, which, despite having per capita income levels in line with the EU average, has recently suffered from low economic growth and high unemployment rates. The NGEU funds will enable Italy and some other EU members to restart investments and increase employment levels, and to resume the process of catching up to the richer countries of the EU.

The NGEU program includes two support tools for member states. The REACT-EU was conceived as a shorter-term program mainly aimed at financing the initial phase of the economic recovery in 2021 and 2022. The RRF, by contrast, has a duration of six years, from 2021 to 2026.

²⁷ F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina*, cit., 58.

The NGEU is designed to promote a robust recovery of the European economy under the banner of the ecological transition, digitization, competitiveness, training and social resilience, and territorial and gender inclusion. The Device for Recovery and Resilience (through the RRF Regulation) sets out the six major areas of intervention the PNRRs are expected to focus on:²⁸

- the green transition
- the digital transformation
- smart, sustainable, and inclusive growth
- social and territorial cohesion
- health and economic, social, and institutional resilience
- policies aimed at the new generations of children and young people

The requirement that all of the planned investments and reforms respect the principle of not causing significant harm to the environment is a direct result of the European Green Deal and the double EU objective of achieving, as was already mentioned, carbon neutrality by 2050, and reducing greenhouse gas emissions by 55% compared to the 1990 scenario for 2030. The NGEU requires countries to devote a minimum of 37% of the planned investment and reform spending in the NRPs to supporting climate goals.²⁹

The plans must also contribute to the achievement of the environmental objectives set at the EU level by developing digital technologies, protecting water and marine resources, transitioning to a circular economy, reducing and recycling waste, preventing pollution, and protecting and restoring healthy ecosystems. In addition, the national plans must dedicate at least 20% of the total expenditure on investments and reforms related to the digital transition. The objectives contained in the Digital Economy and Society Index (DESI)³⁰ and in the Commission's

²⁸ Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility, on line at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0241>, retrieved 9 June 2022.

²⁹ Communication from the Commission, Technical guidance on the application of the 'do not cause significant harm' principle under the Resilience and Recovery Facility Regulation, (2021/C 58/01), on line at https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/c_2021_1054_it.pdf, retrieved 9 June 2022.

³⁰ The Digital Economy and Society Index (DESI) summarizes indicators of Europe's digital performance, and tracks the progress of EU countries. The European Commission has been monitoring the member states' digital progress through the Digital Economy and Society Index (DESI) reports since 2014. The DESI 2021 reports are based mainly on 2020 data, and present the state of the digital economy and society in the first year of the pandemic. DESI 2021 has been adjusted to reflect the two major policy initiatives expected to have an impact on the digital transformation in the EU in the coming years: the Recovery and Resilience Facility (RRF) and the Digital Decade Compass. For more details, see [https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi#:~:text=The%20Digital%20Economy%20and%20Society%20Index%20\(DESI\)%20summarises%20indicators%20on,\(DESI\)%20reports%20since%202014](https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi#:~:text=The%20Digital%20Economy%20and%20Society%20Index%20(DESI)%20summarises%20indicators%20on,(DESI)%20reports%20since%202014), retrieved 9 June 2022.

strategy on the “digital future of Europe”³¹ essentially aim to improve individual digital performance. The digital pillar of the member states’ national plans must include the rationalization and the digitization of public administration, and the development of digital public services through improved connectivity as a result of the spread of very high-capacity telecommunication networks (TLC). It is therefore necessary for the states to carefully safeguard value chains and critical infrastructure, to guarantee access to raw materials of strategic importance, and to protect communication systems. Moreover, to safeguard and protect the new generations of Europeans, the member states must seek to bridge the generational gaps and to strengthen active labor policies through their national plans.

Given the specific challenges Italy faces – which include the need to modernize the public administration; to strengthen the production system; and, more generally, to intensify efforts to combat inequalities, social exclusion, and poverty – the NGEU can be seen as an opportunity for Italy to move toward achieving sustainable and lasting economic growth.

3.1 The Italian plan

Italy is the leading beneficiary, in absolute monetary terms, of the two main instruments of the NGEU: the Fund for Recovery and Resilience (RRF) and the Recovery Assistance Package for Cohesion and the Territories of Europe (REACT-EU). The RRF alone guarantees resources of €191.5 billion to be used in the 2021-2026 period, of which €68.9 billion are in the form of non-repayable grants. Italy also intends to make full use of its financing capacity through RRF loans, which is estimated at €122.6 billion. The National Recovery and Resilience Plan (PNRR) is the RRF mechanism through which member states are required to present an investment and reform package. The PNRR, which is divided into six missions and 16 components, benefits from the close dialogue that has taken place in recent months with the EU institutions, and, in particular, with the Commission, regarding the regulation of the RRF.

The six missions of the Italian plan are: digitization, innovation, competitiveness, culture, and tourism; the green revolution and the ecological transition; infrastructure for sustainable mobility; education and research; inclusion and cohesion; and health. The plan also includes an ambitious reform project. The government intends to implement four major contextual reforms: public

³¹ The strategy “Shaping Europe's digital future” is illustrated online at https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_en, retrieved 9 June 2022.

administration, justice, simplification of legislation, and promotion of competition.

The PNRR represents the cornerstone of this project, and is based on a framework that is consistent with the other economic planning tools available within the European Multiannual Financial Framework. It is expected to meet these objectives by translating them into reform and investment actions, while adhering to certain execution schedules and being subject to constant public monitoring of its progress.

The PNRR will contribute to increasing the role of the south in the effort to restart the country's economy, with the aim of helping the region reach its unrealized growth potential, while also seeking synergies and complementarities with the European and the national resources provided by the 2021-2027 cohesion policy. Furthermore, together with other actions the government has already undertaken, it aims to strengthen the health care system, which was hit hard by the pandemic. Two fundamental guidelines have emerged in this process: the importance of creating local health and social care units that can provide networks of assistance close to the citizens; and the need to promote the technological and structural modernization of hospitals, telemedicine, and basic and applied research.

Within the general objectives of the Italian plan, three shared strategic axes have been developed at the European level: digitization and innovation, the ecological transition, and social inclusion.

The digitization and innovation of processes, products, and services are considered crucial for the transformation of the country. Addressing the digital technology skills deficits of Italian citizens through the promotion of investments in technologies, infrastructure, and digital processes is essential to improve Italian competitiveness in Europe and in the world.

The digital revolution represents an extraordinary opportunity to increase productivity, innovation, and employment; to guarantee wider access to education and culture; and to bridge territorial gaps. The Italian government aims to make the country one of the first to achieve the objective of the European Commission, set by the “2030 Digital Compass Communication”,³² to create a completely digital society. One of the first steps in realizing this goal is to expand the availability of high-speed connectivity throughout the country. To implement this objective, all of the most advanced technologies must be adopted, and the regulatory framework must be adapted.

³² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2030 Digital Compass: The European Way for the Digital Decade. Com/2021/118 Final, on line at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0118>, retrieved 9 June 2022.

To allow for effective interactions between citizens and the PA, it is necessary to strengthen and accelerate full interoperability between public bodies and their information bases; to strengthen digital identities; and to improve the services offered to citizens for making payments and communicating with the PA.

The plan accepts the need to strengthen the country's health information technology by updating electronic health records, which would improve digital health services and enhance national clinical data. In addition, the plan strengthens IT security with the involvement of law enforcement agencies through a broad National Strategy for Digital Skills, which seeks to promote widespread improvements in the digital and technological skills of the workforce.

The ecological transition is one of the fundamental foundations on which the new Italian and European development models are built. Through joint interventions designed to reduce polluting gas emissions and to minimize the impact of production on the environment, the aim of the transition is not only to improve the quality of life and environmental safety, but also to leave a greener country and a more sustainable economy to future generations.

As Italy is particularly exposed to climate change, it must accelerate its progress on the path to achieving carbon neutrality by 2050 and environmental sustainability. Despite the challenges Italy faces, the country has made significant progress in addressing climate change, as its per capita emissions of greenhouse gases are currently lower than the EU average. The PNRR is a good opportunity for Italy to accelerate its ecological transition and to overcome barriers that have proved difficult to deal with in the past. The plan recommends the implementation of advanced monitoring and analysis systems to help prevent the negative effects of climate change. It also proposes investments aimed at ensuring that critical infrastructure, energy networks, and all other forms of infrastructure that are exposed to climatic and hydrogeological risks are sufficiently robust.

The third strategic axis is social inclusion, which is one of the main goals of the European Union. Among the objectives of the PNRR are ensuring full social inclusion, promoting gender equality, and protecting and enhancing human capital.

The plan provides for decisive action to promote gender equality, including through the provision of support for female employment and entrepreneurship; the implementation of various enabling interventions, starting with social services such as nursery schools; and the formulation of policies to encourage work-life balance.

The commitment of the plan to reduce job insecurity and high unemployment rates, which mainly affect young people, and especially women, is also relevant. The lines of proposed action include supporting job creation, job training, and

worker retraining, as well as providing income to workers during employment transitions. To address pockets of poverty and backwardness, both old and new, targeted interventions are planned for areas identified as fragile. Moreover, investments will be made in social housing. These interventions are expected to enhance the resilience and the territorial cohesion of the country's inland, mountain, and island areas, without neglecting the roles of sports and culture in strengthening social inclusion.

In summary, the government asked for the maximum available RRF resources, amounting to €191.5 billion. Of this sum, €68.9 billion are being provided as grants and €122.6 billion are being provided as loans. The first 70% of the requested subsidies have already been allocated by the official version of the RRF regulation, while the decision about the allocation of the remaining share will be made by June 30, 2022, on the basis of the GDP trends of the member states for 2020-21 reported in official statistics. Using all of the resources made available by the RRF, including loans, will allow Italy to fill its large infrastructure investment gap, which has also been linked to cuts in public spending in the years following the 2010-11 sovereign debt crisis; and to help close the country's wide social and territorial gaps, particular those in the south.

4. National plans, external constraints, and compliance strategies

In light of the contexts provided above, it is clear that both the US and the EU plan have several elements in common, including that in both cases, the aid is provided in part through grants and in part through long-term subsidized loans.

As was mentioned, the United States provided countries in need with raw materials and basic necessities. The European Union, by contrast, does not offer material goods, but instead makes financial contributions through the European Commission and the European Union budget that it qualifies as non-refundable financial support, i.e., as non-repayable grants (art. 2.2, reg. 2021/241).³³ However, in this case, due to the modification of the Own Resources Decision, which raised the ceilings on the amounts member states must transfer to the EU budget, and that planned for the introduction of new own resources, the “non-repayable” shares will also be returned by the member states.³⁴

With regard to loans, the Marshall Plan provided loans with a duration of 30-40 years at a rate of 2.5%, while the EU Recovery Fund provides loans that must be

³³ Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility, on line at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32021R0241>, retrieved 9 June 2022.

³⁴ F. Salmoni, cit., 66 ss.

repaid by 2058 at reasonably advantageous interest rates, as these loans are financed through the bonds that are issued by the European Commission and are later sold on the financial markets to supply the member states with the funds they require.

As was the case for the beneficiaries of the Marshall Plan, states that are applying for funding from the Recovery Fund must present a National Plan for Recovery and Resilience containing the details of their planned reforms and investments before being given access to the funds.

The analysis carried out so far has highlighted an important aspect from the point of view of European economic governance: the redistributive effects between the member states, induced by the NGEU, are activated by an initiative of the European Commission, and are made possible using the MFF.³⁵ Thus, since the international financial crisis led to EU governance being centered on the decisions of the European Council and on the intergovernmental method, the qualitative leap in EU integration is once again based on two cornerstones of the community method. The actual payments to member states of the larger components of the NGEU require the formulation of national strategies and plans that incorporate the priorities identified by the country-specific recommendations of the European Semester. In particular, to obtain approval from the European Commission and the other European institutions involved, the individual beneficiary states are called upon to formulate a strategy and to define their specific investment and reform projects through their national plans, and to be prepared to specify all of their projects and their implementation methods between 2021 and 2024.

The indications contained in the “Supporting Member States recommendations”,³⁶ and, in particular, in the RRF, confirm that effective access to the most relevant

³⁵ The 2021-2027 long-term EU budget & Next Generation EU, also known as Multiannual Financial Framework (MFF) running from 2021 to 2027, are supporting the recovery plan for Europe. They include the new EU budget structure, funding programs, allocations per member state, and data on spending and revenue. For a general overview, see https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/long-term-eu-budget/2021-2027_en, retrieved 9 June 2022.

³⁶ The Supporting Member States (SURE) «acts as a second line of defense, supporting short-time work schemes and similar measures, to help Member States protect jobs and thus employees and self-employed against the risk of unemployment and loss of income. Loans provided to Member States under the SURE instrument are underpinned by a system of voluntary guarantees from Member States. Each Member State’s contribution to the overall amount of the guarantee corresponds to its relative share in the total gross national income (GNI) of the European Union, based on the 2020 EU budget. The establishment of SURE is a further tangible expression of Union solidarity, whereby the Member States agree to support each other through the Union by making additional financial resources available through loans.

Following proposals for additional assistance of €3.8 billion to 7 Member States (Belgium, Cyprus, Greece, Hungary, Latvia, Lithuania and Malta), the Council has approved a total of €94.4 billion in financial support to 19 Member States, based on Commission's proposals. With the latest disbursement (29 March 2022), the EU has provided €91.8 billion in back-to-back loans. All 19 EU Member States which have asked to benefit from the scheme have received part or all of the requested amount. Other Member States can still submit requests to receive financial support under SURE which has an overall firepower of up to €100 billion». Cfr.

component of the NGEU by potential beneficiary countries requires the preliminary definition of a set of investments and strategic reforms, which can be inscribed in a coherent, high-profile planning and organizational framework.

The complexity of drafting, submitting, and approving the PNRR for each EU member state is an excellent example of the reality that, because individual countries need to seek the approval of the European institutions, their access to resources has been made more difficult and more conditional. Gaining this access involves at least three steps. First, prospective and systematic efforts must be made to define the strategic purposes of the resources made available by the European Commission to the individual member states through the specific programs included in the NGEU to ensure that they comply with the European objectives. Second, these strategic aims must be translated into concrete projects that are submitted for approval by the European institutions, and must then be implemented in limited time periods. Finally, the individual projects must be implemented through the effective transfer of the various flows of resources to their final beneficiaries.

Therefore, an operational agreement (or several agreements) - in which the details regarding the methods, goals, objectives, and schedules for implementing and monitoring the PNRR are outlined - is required. Furthermore, if loans are also disbursed, as is the case for Italy, Spain, and some other countries, the respective member state and the Commission have to sign a dedicated agreement.³⁷

In the case of Italy, this agreement is complex, and provides for a series of articulated regulatory interventions identified in the decision of the Council of the European Union of July 2021,³⁸ and in the time schedule published on the website of the Camera dei Deputati (the Italian House of Representatives).³⁹ For each measure provided for in the plan, the following are specified: the term within which the adoption of the measure is indicated; the type of regulatory intervention that will follow up the plan (e.g., parliamentary statutes, delegated legislation, legislative decrees, or ministerial and governmental provisions), as well as an indication of whether the measure is connected to public finances; and the mission

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_en#:~:text=Specifically%2C%20the%20SURE%20instrument%20acts,unemployment%20and%20loss%20of%20income, retrieved 9 June 2022.

³⁷The agreement must provide all the elements required under art. 15 RRF and art. 220.5 of the Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 of the European Parliament and of the Council of 18 July 2018 on the financial rules applicable to the general budget of the Union. In addition, member states benefiting from a loan must open a dedicated account for the management of the loan.

³⁸ Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Italy, 6 July 2021, on line at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf>.

³⁹ On line at <https://temi.camera.it/leg18/pnrr/cronoprogramma.html>.

the measure is intended to fulfil, or the type of reform the state seeks to implement through the measure.

As in the Marshall Plan, in the Recovery Fund, there is a very high level of control by the lender; that is, by an actor external to the beneficiary state. For the ERP, as we have seen, it was the ECA that, in its various forms, thoroughly monitored the correct execution of the commitments made by the recipient state in exchange for US aid. In the event of default or improper implementation, it could go as far as terminating the financial assistance agreement.

For the Recovery Fund, the European Commission and the Council can resolve the partial or total suspension of commitments and payments, both in the event that the beneficiary state has failed to fulfil one of the many conditionalities on which the disbursement of financial support or the relevant intermediate and final targets contained in its national plan were based; or in the event that it has violated the provisions of art. 10 RRF, which includes the measures used to link the support to healthy economic governance.⁴⁰

In my opinion, what has been defined as “il mercato delle riforme”⁴¹ (the market of reforms) is not necessarily worthy of criticism or contempt, provided it is approached with prudence and awareness, while safeguarding the institutional and constitutional structures of the state and implementing effective vertical solidarity tools aimed at achieving social equality and the redistribution of income and wealth.

Both the Marshall Plan and the NGEU represent development cooperation devices and internal policy instruments.

Regarding the conditionalities under which financial aid is granted, there is little doubt that in both cases there have been too many conditionalities, and that the imposition of these conditionalities is a symptom of the persistence of “external constraints” through which sovereignty is conditioned and limited by entities – in this case, legal systems – other than the national legal order.

⁴⁰ Cfr. art. 10, RRF, which provides for a proposal for the total or partial suspension of commitments or payments in one of the following cases: a) when member states have not taken effective measures to correct their excessive deficit, i.e., in the event of a breach of the Agreement Stability; b) when the Council adopts two successive recommendations as part of the procedure for excessive macroeconomic imbalances governed by Regulation (EU) no. 1176/2011 because the member state has presented an insufficient corrective action plan, or when it considers that the member state is in default because it has not taken the recommended measures; c) when a member state has not adopted the measures referred to in Regulation (EC) no. 332/2002; d) if the Council decides that a member state does not comply with the macroeconomic adjustment program referred to in art. 7 of reg. (EU) no. 472/2013 on strengthening the economic and budgetary surveillance of member states in the euro area that are or are in danger of experiencing serious difficulties regarding their financial stability or the measures required by a Council decision adopted pursuant to Article 136, paragraph 1, of the TFEU.

⁴¹ A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2018, 167-194.

A self-imposed constraint is, obviously, chosen and desired by the governments of the beneficiary states, who, by invoking it to their citizens, have been able to justify all of their economic policy decisions, and not just the decisions related to the aid. However, states may also find it much easier to “outsource” the responsibility for political choices and regulatory reforms that would otherwise be made by the national government.⁴²

Therefore, in the EU vs. the member state dynamic, the external constraint becomes an internal policy tool that is used in a functional way, and is directly proportional to the European integration objective.

In both the Marshall Plan and the Recovery Fund, the financing mechanisms were subject to categorical constraints and specific conditionalities. Today, from the point of view of the legal systems of the member states, European integration, which passes through the Recovery Fund, rests on the foundations of the external constraint. I think that this should not be considered scandalous.

Instead, it is necessary to create and monitor the conditions under which the external constraint is not simply translated into knowingly allowing the economic and financial bureaucracy of the European and international institutions – which may be seen as technocratic and highly deficient from the point of view of fostering democracy and representativeness – to dictate the rules, while national politics and national legislators, who are responsible for determining the content of the structural reforms to be implemented, abdicate their functions.⁴³

After all, it appears very difficult and at times dystopian and schizophrenic to imagine a process that creates integration based on economic, social, health, and, ultimately, legislative choices that are not shared across the member states, and that therefore do not translate into external bonds that are both desired and shared.

While integration and the external constraint can never be inversely proportional, the issue is how Italy (and member states, in general) should participate in the process through which decisions are made at the European level. Integration necessarily passes through the harmonization and standardization of law and the economy; that is, through the increasing relevance of the external constraint, and through forms of suppression of sovereignty. Individual states can and must act and participate in ways that preserve their sovereignty and enable them to participate in decision-making. Whether they succeed in doing so depends on the

⁴² On the “european external constraint”, see L. Bouza Garcia, *The ‘New Narrative Project’ and the politicisation of the EU*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 25.3, 2017, 340-353; W. Kaiser, *One narrative or several? Politics, cultural elites, and citizens in constructing a New Narrative for Europe*, in *National Identities*, 19.2, 2017, 215-230; D. Pasquinucci, *From narrative to counter-narrative: the European constraint and the rise of Italian populist Euroscepticism*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 30.1, 2022, 39-51.

⁴³ F. Salmoni, cit., 77 ss.

quality of their political and leadership class, and on the willingness of the public administration to play a supporting role.

It is important to continue to hope that (and to work to ensure that) the external constraint does not function as a political tool that operates from within, which the government uses to abdicate its responsibilities before the parliament. The government cannot and should not merely serve the function of ratifying decisions taken elsewhere⁴⁴ by technocratic and financial elites.⁴⁵

The national plans are above all reform plans. Reforms must be seen as integral parts of national plans, and as catalysts for their implementation. In line with the Commission Recommendations, the reforms envisaged in the plan address the country's structural weaknesses, and support the recovery and the resilience of Italy's economic and social systems.

While this is not the place to analyze actions and targets or to provide forecasts of their effects, it is important to highlight here that the Italian PNRR not only outlines investment projects, but also the modernization reforms the government intends to adopt. The implementation of these reforms represents the constraint that allows Italy to obtain funding from the EU.

The Italian plan calls for different types of reforms that can be summarized into three broader types: 1) horizontal reforms, 2) enabling reforms, and 3) sectoral reforms.

The horizontal reforms include structural changes to the legal system aimed at improving equity, efficiency, and competitiveness; and changes to the country's economic framework. The plan identifies two different types of horizontal reforms: reforms of the public administration and reforms of the judicial system.

The enabling reforms are functional reforms aimed at ensuring the full implementation of the plan and removing administrative, regulatory, and procedural obstacles. This group of reforms includes rationalization measures related to the legislation, the simplification of the rules of public procurement, competition legislation, anti-corruption legislation, fiscal federalism, the reduction in PA payment times, and efforts to close the tax gap.

Finally, the sectoral reforms consist of regulatory innovations that are related to specific areas of intervention or economic activities, and that are intended to introduce more efficient regulatory and procedural regimes into the respective sectoral areas defined within the different missions of the plan. Examples include

⁴⁴ On the downsizing of the role of Parliament also due to the "European external constraint", A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione competitiva del diritto*, in *Politica del diritto*, 3, 2018, 387-408; Id., *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, on line at https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/11.%203_2017_Guazzarotti_.pdf, retrieved 9 June 2022.

⁴⁵ R. Gualtieri, *L'Europa come vincolo esterno*, in P. Craveri & A. Varsori (eds.), *L'Italia nella costruzione europea: un bilancio storico (1957-2007)*, Franco Angeli, Milano, 2009, 323.

interventions concerning work, social policies, and families; education, universities, and research; transportation; and the environment and energy.

It is evident that money is not enough to put countries on a stable and successful path to recovery, and that reorganizing projects through reforms will be challenging, especially given that countries are expected to complete these reforms by 2023-24. Whether these reforms, and the PNRR more generally, prove successful will depend not only on the government and the parliament currently in office, but also on the next legislature.

Thus, the time schedule for the interventions – i.e., for the implementation of both the projects and the reforms – is very demanding. Meeting these deadlines is crucial for the effective implementation of the PNRR, especially given that the disbursement of funds is conditional on the effective use of the first tranches of the loan, as well as on the completion of the reforms deemed necessary to ensure the effectiveness of the intervention plan. In this context, it should be noted that the parliament did not (or very little) participate in the preparation, approval, and management of the plan. Instead, a number of ministerial and inter-ministerial decrees on around 60 regulatory measures that are to be adopted based on the PNRR have been transmitted to Brussels. While a large share of these decrees are laws, most of the legislative decrees have been adopted on the basis of delegated laws of a government initiative in which both the terms and the guiding principles and criteria are often already listed in the plan.

4.1 Conditionalities as tools for cooperation and economic development: the file rouge among the US and the EU plans

As was mentioned, conditionalities are external constraints, and are intended to coerce countries, that would otherwise almost certainly default on their debts, to implement supranational and international dictates in exchange for receiving financial aid.

With regard to the conditionalities of the Recovery Fund, in addition to the obligation to spend the money to carry out reforms and make investments in the political areas of European relevance structured in the six pillars provided for by the regulation on the RRF, the member states must also comply with the Regulation on the Rule of Law⁴⁶ and the goals provided by art. 4.1 reg. RRF, including, for example, ensuring the economic, social and territorial cohesion of the EU by contributing to upward economic and social convergence; restoring and promoting

⁴⁶ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, on line at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020R2092&from=IT>, retrieved 9 June 2022.

sustainable growth and the integration of the EU's economies; encouraging the creation of high quality jobs; contributing to the strategic autonomy of the EU and an open economy; and generating added value for Europe.

Moreover, in their Recovery and Resilience Plans, member states must comply with the conditionalities contained in the Annual Strategy for Sustainable Growth 2021;⁴⁷ that is, with the four guiding principles identified therein, which represent the priorities at the center of the European Semester (i.e., environmental sustainability, productivity, equity, and macroeconomic stability), as well as with the obligations on sound economic governance provided under art. 10 RRF.

In addition to the conditionalities outlined above, there are conditionalities linked to the monitoring of the achievement of “milestones and targets” for which each country is obliged to provide quarterly reporting; and conditionalities contained in the country-specific Recommendations adopted as part of the European Semester. In particular, the 2020 Recommendation⁴⁸ and the 2019 Recommendation⁴⁹ require countries to pursue budgetary policies aimed at achieving prudent medium-term budgetary positions and ensuring debt sustainability; to ensure coordination between national and regional authorities, especially in the health sector; and to improve the efficiency of the judicial system and the functioning of the public administration. Therefore, in addition to all of the essential reforms countries are expected to implement to address their structural challenges in the medium to long term, these conditionalities will remain relevant and will continue to be monitored, and will also be considered with regard to the mitigation and exit measures implemented in the current crisis.

Among these conditionalities, some that stand out include the obligations to adopt all of the necessary measures to ensure future reductions in nominal terms of net primary public expenditure, corresponding to annual structural adjustments as a percentage of GDP; to adopt fiscal policies that help in correcting the imbalances linked to the high public debt; to reform the labor market; to address restrictions on competition, particularly in the retail and business services sectors, including

⁴⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank, Annual Sustainable Growth Strategy 2021, COM/2020/575 final, on line at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0575>, retrieved 9 June 2022.

⁴⁸ Council Recommendation of 20 July 2020 on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Italy, (2020/C 282/12), on line at https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2020.282.01.0074.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2020%3A282%3AFULL, retrieved 9 June 2022.

⁴⁹ Council Recommendation, of 9 July 2019, on the 2019 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2019 Stability Programme of Italy, (2019/C 301/12), on line at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019H0905\(12\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019H0905(12)&from=IT), retrieved 9 June 2022.

through a new annual competition law; to introduce a property tax, to update cadastral values, and to increase VAT; to improve administrative capacity as an indispensable prerequisite for ensuring the effectiveness in the provision of public investments and the use of EU funds, which is expected to have positive spill-over effects on private investment and GDP growth; to fully implement past pension reforms in order to reduce the burden of pensions on public spending; and to reform the Italian banking system.⁵⁰

This system of conditionalities – which for the state takes the form of a debt to give or not to give, to do or not to do – can lead to forms of subordination and structural homologation of the member states.⁵¹

A certain doctrine has critically highlighted how the conditionalities provided by the Recovery Fund put pressure on the countries that will use these funds, giving rise to a sort of sanctioning, if not an extortive effect,⁵² which translates into having access to financial assistance, but only in exchange for agreeing to make structural reforms and public investments, which should, in turn, attract private investments aimed at increasing market competitiveness.

A fundamental difference between the US and the European plan is linked to the nature of the lender: in the first case, the lender is international, and the funding is in the form of an instrument of international cooperation offered by a sovereign state (the US); while in the second case, the funding is provided on a regional basis, and is based on the creation of a “common public debt” among the EU member states, who are part of a voluntary and shared supranational community (legal order).

The main beneficiary of the ERP was the United Kingdom, which received 50% of the aid made available; followed by France, which received around 20% of the aid; and by Italy and Germany, which each received 10% of the aid. Here, another difference emerges. The United Kingdom is excluded from the NGEU plan due to Brexit, and Italy is the main beneficiary (receiving more than France and Germany). Among the most obvious differences between the two interventions are the differences in the time horizons of the plans. The NGEU is set to operate for three years (2021-2023), at least in its first phase. The Marshall Plan operated between 1948 and 1951. While the Marshall Plan was initially intended to last for four years, although it ended one year earlier due to the Korean War. To date, the Recovery Fund, is expected to last for five years.

The Marshall Plan did not have the level of success that is often attributed to it, but it achieved important results because it allowed European countries to buy time, to

⁵⁰ F. Salmoni, cit., 2021, passim.

⁵¹ A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, cit., 184-185.

⁵² F. Salmoni, cit., 81 ss.

stabilize their political frameworks, and find far-reaching compromises. From a strategic point of view, the Marshall Plan was intended to repair what could be repaired by acting as soon as possible to revitalize the sectors that were already dominant in the pre-war economy, and did not aim to encourage countries to adopt long-term plans, in part because a primary goal of the US government was to move quickly to counter the political hegemony of the Soviet opponent. Indeed, the United States wanted to facilitate the rapid recovery of the European economy, as well as to ensure political and social stability.

Another essential point is the significant currency problem that existed from the beginning of the ERP, and that was addressed by building a monetary exchange system that transfers dollars through a sort of triangulation of payments. In the context of the NGEU, this problem no longer exists thanks to the single European currency, the euro; and due to the substantial integration of the markets.

The main objective similarities between the two instruments in question lie in their structures, methods of financial assistance, monitoring and controls, conditionalities, possible sanctions, and purposes: i.e., to save the European states from a post-war or a post-pandemic crisis.

While the Marshall Plan was financed entirely by the Americans, the Recovery Fund is financed entirely by the European Union or, more precisely, by the money the European Commission will be able to raise by issuing its own bonds and selling them on the financial markets.

This is a fundamental difference, because the Recovery Fund is not rooted in the basic philosophy of the Marshall Plan, which called for the “westernization” of the countries that received aid.

In 1945, there were countries that had to be completely rebuilt, the cost of labor was negligible, and global trade was very limited. In quantitative terms, the ERP channeled \$13.3 billion from the United States (about 5.4% of US GDP) to 16 European countries between April 1948 and June 1952 (excluding Spain as a dictatorship).

Calculating inflation alone, \$13 billion in 1950 corresponds to just over \$140 billion today. But given that GDP as well as price levels have risen in the last 70 years, the \$140 billion is more in real terms, even if making a precise comparison is difficult. According to the Observatory on Public Accounts of the Catholic University of Milan, the \$1.5 billion that arrived in Italy corresponded to approximately 9.2% of the average Italian GDP in those years. Thus, if we consider that the Italian GDP in

2019 was €1,787 billion, 9.2% roughly corresponds to €164 billion; a figure not much lower than the €206 billion provided by the Recovery Fund.⁵³

Originally, the Marshall Plan was aimed primarily at Great Britain and France, and these two countries indeed received the largest shares of aid, of \$3.2 billion and \$2.7 billion, respectively. Italy was the third-largest beneficiary, receiving \$1.5 billion in aid. Obviously, the main purpose of the Marshall Plan was to provide economic support to Europe, including to Italy, to meet the political objectives of the US. The US also had the specific objective of not letting the country fall under control of the nascent Soviet bloc. For the same reason, Germany, a key country in the confrontation with the Soviet Union, which entered the project a year later, received \$1.4 billion in aid. Even the EU RFF and the NGEU undoubtedly have a strong political purpose: i.e., the strengthening of the European Union, the Single Market, and the Monetary Union, which are likely to be negatively affected by highly divergent growth rates when the pandemic crisis and the actual Russian-Ukrainian war's one will end.

Like the Recovery Fund is today, the Marshall Plan was also subject to conditionalities because most of the aid was non-repayable, and only \$1.3 billion of the aid was in the form of loans. This approach was considered necessary to stabilize currencies; to create a European commercial network; to promote agricultural and industrial production; and to encourage trade with the United States, which needed healthy economic partners.

In the case of Italy, goods that arrived from the US were received by the government, which paid sums equal to their value to a counterpart fund in the name of the Treasury, which was intended to reduce debt and encourage investment. As was mentioned above, all transactions were subjected to a rigid system of controls, but the final aid decisions fell to the ECA.

Aid consisting of coal, wheat, cotton, cereals, fuel, and machinery were the main imports in the four-year period. Copper, steel products, seeds, fertilizers, and synthetic rubber were also imported. Out of the money obtained from the sale of these goods to individuals, the Minister of the Budget at the time, Luigi Einaudi, used a portion (about one-fifth) to make investments in the development of the steel industry, to support imports from the US, and to build the tourism and shipbuilding sectors. The rest of the money was put into the stabilization of the currency and the enhancement of savings. This policy helped to restore investor confidence in Italy, and laid the foundations for the boom of the following years⁵⁴.

⁵³ P. Mistura, *Abbiamo bisogno di un Piano Marshall?*, 16 April 2020, on line at <https://osservatoriocpi.unicatt.it/>.

⁵⁴ R. Gualtieri, *Piano Marshall, commercio estero e sviluppo in Italia: alle origini dell'europeismo centrista*, in *Studi storici*, 39.3, 1998, 853-897.

There were four criteria for the use of the funds Italy received from the Marshall Plan: whether the investment was urgent, whether it created jobs, whether it promoted income growth, and whether it provided support for depressed areas. As of June 30, 1951, 28% of the ERP investments were in agriculture (reclamation and credit), 23.4% were in industrial equipment, 16.9% were in public works, 12.3% were in transportation (especially railways), 5.4% were in the Ina Casa, and 3.1% were in construction. Social housing was built in the working-class neighborhoods⁵⁵. A southern hydroelectric development plan was launched, and the ports (Genoa in particular) and the merchant navy were strengthened. Bridges were rebuilt. Almost all of the Italian municipalities were connected to telephone lines. Orphanages, roads, hospitals, aqueducts, sewer networks, and schools were constructed. Unlike the investments foreseen and planned in the PNRR, the Marshall Plan loans went above all to large industries, and thus, from a geographical perspective, ended up mainly in a well-defined industrial triangle in Piedmont, Lombardy, and Liguria. The PNRR, by contrast, has the declared intention to reduce the gap between the north and the south of Italy.

Of the loans granted to Italian companies under the Marshall Plan, Fiat received 12.4%, the IRI companies received 23.9%, and Edison received 8.6%. The money was not used in questionable bailouts, but this was in part because the country's industrial fabric and infrastructure had deteriorated so much at that point that it was easy to identify the few beneficiaries capable of re-emerging from the devastation of the war.

The resulting macroeconomic stabilization of Italy, the recovery in confidence in the country after its defeat in the war, and the reconstruction of and the investments in the Italian economy led to outcomes that exceeded those envisaged in the long-term plan presented to the OEEC at the beginning of the development of the US aid program. Only agricultural production, fishing, and the transport of goods by rail grew less than expected.

Politically, the path followed by the Marshall Plan appears, somewhat absurdly, to be easier than the path the current government is expected to follow in investing PNRR funds. Today, we face a much more complex set of choices in a context characterized by highly articulated, strong, and polarized mechanisms for the representation of interests.

⁵⁵ M. Gabanelli, & D. Taino, *Il Recovery Fund è come il Piano Marshall?*, in *Corriere della Sera – Data room*, 8 February 2021.

5. Concluding remarks

The analysis presented above far leads me to offer some concluding reflections.

First, there has been a sudden change in the direction of European economic governance, as well as a real leap in the quality and in the coordination of EU policies, which have led to a combining of the horizontal surveillance of national fiscal policies with the vertical coordination of these policies and the European budget.

The NGEU will certainly add a decisive and innovative function to the EU's multi-year budgets, above all by guaranteeing a substantial issue of European debt securities (€750 billion), and thus by becoming the instrument for the initial allocation of large-scale resources aimed at ensuring the economic stabilization of the countries most affected by the pandemic crisis.

In addition, for the repayment of the part of the debt contracted by the member states, the future Multiannual Financial Frameworks will have to integrate the strengthening of revenues into the long-term budget, including through the contribution of new resources. This will be necessary to strengthen the centralized forms of representation, which will, in turn, lead the EU in the direction of greater political-institutional federalism.

Without the Recovery Fund, the EU was in danger of imploding. The sovereign debt crisis followed by Brexit had dealt ferocious blows to the economies of the member states, the euro, and the economic and monetary union.

The most important result that has so far been achieved by the Recovery Fund is that it has helped the EU rediscover its unity of intent, an ideal that had previously seemed hopelessly compromised. In short, the main effect of this instrument was that it woke the European Union from its slumber by prompting it to regroup around the policies of its member states.

Second, it is clear that the fate of Italy is increasingly dependent on the fate of Europe and the international community. Italy, as was mentioned above, will receive more resources than the other member states (the RRF alone guarantees €191.5 billion to be used in the 2021-26 period). The success (or failure) of Italy will therefore depend on the success (or failure) of the other European countries. This co-responsibility means that the timing of the reforms and the administrative and management capacity of local authorities and the Draghi government may determine the strengths or weaknesses of the entire reorganization project, strengthening its modernizing message if the outcomes are positive, or severely tarnishing the image of Europe with respect to nationalism if the outcomes are poor. The weaknesses of the Italian system today could therefore put the European system at risk, indirectly transmitting a considerable disadvantage to the organization. Furthermore, a failure of the RRF would likely benefit the sovereign

and populist parties and movements that continue to contest the design of community integration.

Finally, the winds of Atlanticism and Europeanism are blowing today as they were in the mid-20th century. After the Second World War, the danger came from the USSR, and was fought by offering the European states the prospect of economic recovery and aid from the Marshall Plan. Today, as the pandemic crisis comes to a close, the US is rediscovering its ties to its European allies, and is trying to involve them in its efforts to challenge China, which appears to be undermining the US in its role as the first undisputed world superpower; and against Russia, which seems to be in the grips of a delirious nostalgia for the Czarist era.

If there is a geopolitical lesson that comes from the Covid-19 pandemic and the Russian-Ukrainian war, it is that the various blocks are (inter-) dependent on each other, especially with regard to the circulation of goods, people, and capital.

It is natural that these challenging situations have made the countries of the EU more united, and it is also obvious that the United States is aiming to take advantage of this moment for its own foreign policy objectives. It is, however, clear that the survival of Europe – especially of a Europe that is financially and economically robust – is also indispensable to the international political framework.

The problems surrounding the democratic legitimacy of the EU and the political thrust of the integration process remain unresolved.

While the current historical and geopolitical contingencies have overwhelmed all pre-established supranational and national schemes, these challenging conditions could represent an opportunity to call for a constitutional change in the EU founding treaties that moves in the direction of the formation a European federal state based on fundamental rights and on the principle of substantial equality: i.e., toward the creation a social, democratic, and representative Europe. However, it seems likely that the political project will continue to play a secondary role, and that the EU will continue to function primarily as an instrument of economic integration. Thus, the construction of a united Europe appears to be limited to a 19th-century concept of the rule of law that does not take into account the most recent – and so far unsurpassed – achievements of contemporary social and democratic states.

TOMMASO SICA

HOW LENDER GOVERNANCE IS AFFECTING CORPORATE AND CONTRACT GOVERNANCE

Abstract The essay analyses the effects on corporate and contract governance of the creditor's intervention in the direction of the financed company. In fact, following the advent of new contractual types that give the lender conformative powers in the debtor company, the traditional idea according to which the creditor was not endowed with adequate incentives to manage the company has gradually been overcome. On the contrary, the creditor's contribution may prove beneficial both for the good performance of the entity's business and for preserving, more generally, the market structures in which the debtor company operates.

Keywords Creditor – debtor - governance – contract

TABLE OF CONTENTS: 1. Corporate governance and the theory of the firm — 2. The role of creditors in “traditional” corporate governance — 3. The issue of incomplete contracts... — 4. ...and the rise of lender governance — 5. From corporate governance to contract governance

1. Corporate governance and the theory of the firm

The expression ‘corporate governance’ refers to the set of rules that make it possible to balance the different interests and power relations involved in the management of a company, in order to allocate control efficiently¹. In both Anglo-Saxon and Japanese-Rhine models these dictates are conceived on the contraposition between the company's shareholders, its owners in their various forms, and the directors, while other stakeholders are not traditionally recognised as having any effective management role².

¹ Ex multis: A. Gambino, *Governo societario e mercati mobiliari*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 788 ss.; U. Tombari, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni (Corporate governance e categorie rappresentative del fenomeno societario)*, in *Riv. soc.*, 2004, 1084 ss.; L. Enriques – P. Volpin, *Corporate Governance Reforms in Continental Europe*, in *Journal of Economic Perspectives*, 21, 2007, 117; P. Montalenti, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011; E. Ferran - L. Chan Ho, *Principles of corporate finance law*, II ed., Oxford, 2014; L. Gullifer – J. Payne, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, III ed., London, 2020. See also the essays in Vv. AA., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, I, Milano, 2002.

² F. Barca, *Imprese in cerca di padrone. Proprietà e controllo nel capitalismo italiano*, Roma-Bari, 1994, stylises the corporate governance rules of the various jurisdictions along certain common lines: (i) balance between

It is also worth recalling how these rules, which outline the procedures and principles governing the decision-making process, have developed, especially in recent decades, as a synthesis of the various theories of the firm that have been elaborated by US scholars. It is therefore appropriate at this point to provide a brief overview of the main theories.

The earliest models of the “firm” in North American literature followed an approach aimed at valorising their function as mere production entities, without investigating their organisational characteristics. However, as early as the 1930s, Coase emphasised the ontological distinction between the firm and the individual, identifying the firm as an institution capable of ordering relations between a plurality of subjects³. The firm thus replaces the market, in that the traditional exchange relationship is replaced by a structure in which the entrepreneur directs production, placing himself at the centre of an 'internal' network of transactions⁴. In the wake of Coasian thought, Simon proposed the idea of the firm as a complex organisation aimed at managing the interests of a plurality of subjects and minimising transaction costs, given, however, not so much by the peculiarities of the market as by the limited rationality of the acting subjects⁵.

Williamson, on the other hand, turning back to the two theoretical approaches outlined above, associated the concept of 'governance' with the firm, considering the latter as a private system endowed with its own rules. More specifically, the

ownership and control; (ii) provision of instruments that can take the place of ownership in the exercise of control; (iii) the presence of financial institutions within ownership structure and of guarantee instruments in favour of non-controlling owners. In recent years, despite traditionally incorporating the specificities of their legal systems of origin, corporate governance rules have become increasingly more harmonised on a global level. The Anglo-Saxon model of corporate law is essentially conceived on the distribution of capital among a multitude of shareholders, with the consequent need for a financial market structure capable of ensuring the contestability of control. Hence the central role played by large banking institutions. In the German model, banks also play a key role, centralising within their own structures the transactions associated with the exercise and transfer of control. Similarly, in the Japanese model, the role of the keiretsu stands out, a network set up between financial and insurance intermediaries and companies in which a bank holds a majority stake in the group. Lastly, in Italy, following the various reforms of company law, there has been a gradual shift away from a 'family' capitalist model to a system that is closer to the Japanese-Rhine model, with the possibility of choosing between a dualistic scheme, with a management board and supervisory board, and a monistic scheme, based on the presence of the board of directors and an internal management control committee. For a more in-depth analysis, see A. Nicita – V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, 315 ss., in addition to J. Armour – L. Enriques – H. Hansmann – R. Kraakman, *The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class*, in A.A.V.V., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, III ed., Oxford, 2017, 50 ss. e R. La Porta – F. LOPEZ-DE-Silanes – A. Shleifer, *Corporate Ownership Around The World*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working paper n. 6625, available at the following link: <http://www.nber.org/papers/w6625>.

³ R.H. Coase, *The Nature of The Firm*, in *Economica*, 4, 1937, 386. See also ID., *The problem of social cost*, in *Journal of Law & Economics* 3, 1960, 1. See also R. Pardolesi - A. Nicita, *Il Nobel che fece l'impresa. Coase e il governo delle regole incomplete*, in *Merc. conc. reg.*, 2008, 427 ss.

⁴ G. Triantis, *Organizations as Internal Capital Markets: The Legal Boundaries of Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises*, in *Harvard Law Review*, 117, 2004, 1102.

⁵ H.A. Simon, *New developments in the theory of the firm*, in *American Economic Review*, 52, 1962, 1.

firm is attributed the role of governing exchanges capable of producing transactional costs, identifiable in limited rationality, in the scarcity of resources, and in opportunistic behaviours⁶.

The Grossmann-Hart-Moore (GHM) model, however, elaborated a theory of the efficient allocation of property rights in the context of incomplete contracts. In particular, property rights are identified as a residual right to control, i.e., the right to decide on the use of the asset in all cases that are not foreseen, or not foreseeable, in a contract⁷. The firm, from this perspective, catalyses property rights over the various assets which it is made up of, attributing control to whoever holds the indispensable asset.

The theory of the 'nexus of contracts', which identifies the company as the common denominator behind a series of contractual relationships both within the company (between shareholders and managers, and between minority and majority shareholders), and outside the company (with the company's creditors, employees, suppliers, and customers)⁸, has also obtained considerable success. According to this concept, the shareholders, having injected risk capital, then bear higher costs and have higher gains and thus become those with the highest incentives to exercise decision-making powers⁹.

This reconstruction, however, has long since been revised, due to a number of corrections that have been made - such as the theory of the firm not as a network of contracts but as a "nexus for contracts" - in order to distinguish it from the other networks of contractual relationships, but also due to profound criticism, since this theory does not take into account the role that other subjects, such as the creditors, can take on in the governance of the enterprise, and above all, since it takes as its starting point the idea of the completeness of contracts, that regulate every aspect of the relationship between the parties from the very moment they are signed¹⁰.

Whilst the first theories of the firm use as their reference model an entity in which ownership and control are bound together in the same subject, the phenomenon gradually emerges of the separation of ownership and control, in which the

⁶ O.E. Williamson, *The economic institution of capitalism*, New York, 1986.

⁷ J. Grossman - O.D. Hart, *An Analysis of the Principal – Agent Problem*, in *Econometrica*, 51, 1982, 7; Idd., *The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration*, in *Journal of Political Economy*, 94, 1982, 691; O.D. Hart – J. Moore, *Property Rights and The Nature of The Firm*, in *Journal of Political Economy*, 98, 1990, 1119; Idd., *Foundations of incomplete contracts*, *Review of Economic studies*, 66, 1999, 115.

⁸ A. Alchian – H. Demsetz, *Production, Information Costs and Economic Organization*, in *American Economic Review*, 62, 1972, 777; H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge - London, 1996 (It. transl. *La proprietà dell'impresa*, edited by A. Zoppini, Bologna, 2005); L. Zingales, *In search of new foundations*, in *Journal of Finance*, 55, 2000, 1623; C. Marchetti, *La 'nexus of contracts' theory: teorie e visioni del diritto societario*, Milano, 2000; K. Ayotte - H. Hansmann, *A nexus of contracts theory of legal entities*, in *International Review of Law and Economics*, 42, 2015, 1.

⁹ M. Mozzarelli, *Business covenants e governo della società finanziata*, Milano, 2013, 79 ss.

¹⁰ W. Bratton, *The "Nexus of Contracts" Corporation: A Critical Appraisal*, in *Cornell Law Review*, 74, 1989, 407.

shareholders are attributed the role of residual claimants while the directors have control over the management of the company¹¹. Hence the origin of managerial theories of the firm, above all that of Jensen and Meckling, which analyse the problems of agency between the firm's lenders and its management, in order to identify forms of governance that are most suitable for reducing such gaps¹².

The brief introduction above is a preface to the understanding of the models and requirements of a strictly economic nature analysed below, that have favoured the proliferation of clauses designed to give creditors ever-increasing power to intervene in the decisions of financed companies. As Posner stated: “efficient company law should not favour corporate freedom or creditor protection, but endeavors to find a balance between these two objectives in a way that minimizes the cost of investment”¹³.

2. The role of creditors in “traditional” corporate governance

The assumption of shareholder primacy found in the theories of American doctrine in the past, according to which the objective of management is to increase the wellbeing of shareholders, has gradually been replaced by a wider vision in which the management of a company must be exercised by taking into account the interests of all the actors involved, from shareholders to creditors, and from customers to suppliers¹⁴. Despite this, the influence of the creditor on the debtor company was initially ignored and relegated to the rank of an episodic phenomenon, only of any importance when a company crisis was approaching¹⁵. The challenge of corporate governance, which focusses on achieving a balance between ownership and control, with the aim of leading the directors'

¹¹ According to F. Barca, *Le politiche del governo societario*, in A. Ninni - F. Silva (eds.), *La politica industriale: teorie ed esperienze*, Roma-Bari, 1997, 220, “the essence of corporate governance lies precisely in freeing control from ownership, through the balancing of two opposing interests: the interest of the entrepreneur in exercising control over the company without interference and the interest of investors (creditors or shareholders) in protecting themselves against the risk of inefficient management of the financing received by the entrepreneur”. On the separation between ownership and control, see E. Fama – M. Jensen, *Separation of Ownership and Control*, in *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, 301, and F.H. Easterbrook – D.R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge-London, 1991.

¹² M.C. Jensen - W.H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 3, 1976, 305.

¹³ R.A. Posner, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporation*, in *University of Chicago Law Review*, 43, 1976, 499, 509.

¹⁴ M.E. Eisenberg, *The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts and the Dual Nature of the Firm*, in *Journal of Corporate Law*, 24, 1999, 834.

¹⁵ F. Tung, *Leverage in the Boardroom: The unsung influence of private lenders in corporate governance*, in *UCLA Law Review*, 57, 2009, 115, 118.

discretionary power towards the interests of the shareholders, thus did not benefit from the potentially crucial role of creditors¹⁶.

The lender is commonly associated with a position of passivity, merely waiting to receive payment, which is occasionally counterbalanced by the activation of contractual remedies in the case of default or the approaching of a company crisis¹⁷. It was, therefore, the shareholders who were also recognised as having the function of monitoring the performance of the entity's economic activity, since creditors were not considered to have adequate incentives.

However, it should be noted that commercial practice, which more and more frequently provides for the inclusion of ancillary clauses in financing contracts, giving the creditor powers to intervene in the management of the financed company, has made the need to determine whether a contribution to the management of the company could come from creditors - especially bank creditors -¹⁸.

Law and economics literature focuses on the relationship between the management and the shareholders of the firm as a fiduciary duty - and thus one of loyalty - of the former towards the latter. It is also often pointed out that directors and shareholders do not always have any unmediated interaction, as both have a contract directly with the company. The directors perform their duties vis-à-vis the company and thus only indirectly vis-à-vis the shareholders. The latter, however, turn out to be the ultimate beneficiaries of the managers' actions, since they are the ones who own the company's shares. Hence the origin of a model in which a duty is placed on the directors to protect the company's shareholdings.

Such a scenario is not traditionally present in the relationship with the company's creditors. The difference between the latter and the shareholders is identified by scholars in the shareholders' position as residual claimants. The shareholders' contract with the company is more fragile than that of the other stakeholders, since, as bearers of residual risk, the shareholders are the last to receive the cash flows generated by the economic activity and effectively hand over control of the company to the directors¹⁹.

In modern capitalist economies, the broad autonomy accorded to directors is in fact justified by the need for them to constantly make complex decisions, which require

¹⁶ H.G. Manne, *Mergers and the Market for Corporate Control*, in *Journal of Political Economy*, 73, 1965, 110, 112-14.

¹⁷ F. Tung, *Leverage in the Boardroom: The unsung influence of private lenders in corporate governance*, cit., 119 concerning the role of creditors in traditional corporate governance states succinctly that “They are simply not a part of the classic corporate governance story”.

¹⁸ L. Picardi, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, 112.

¹⁹ F.H. Easterbrook – D.R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., 30.

weighing up the aspects of specific concrete cases, which are difficult to foresee ex ante on a contractual basis. The result is a framework in which the management of the company is left to the evaluations and discretion of those vested with decision-making power. Hence the idea of the greater vulnerability of shareholders, who are at risk of the danger of directors pursuing their own personal interests.

3. *The issue of incomplete contracts...*

Having clarified the marginal role of creditors in 'traditional' corporate governance, a further consideration must be made in order to understand the motivations behind the lender governance phenomenon. Reference here is made to the dogma of incomplete contracts, according to which in the real world it is not possible, on the basis of the information provided by the parties at the time of its conclusion, to draw up a contract capable of regulating all aspects of the relationship between the contracting parties, and between the latter and interested third parties²⁰. Conversely, one must be aware of the ontological inability of the contract to ensure maximum functionality at all stages of the relationship and between all parties involved.

The reasons for this assertion are to be found in the considerations of behavioural law and economics, which take as their starting point the impossibility for the human mind to collect, process and comprehend an unlimited amount of information. This is due both to the cognitive limitation of contracting parties and to the existence of information asymmetries between them²¹.

The incompleteness of contracts therefore imposes a change in the concept of the contract²². The so-called 'sanctity of contract', given the ex-ante impracticability of drawing up a contract that takes into account all possible unforeseen events or variation in terms, is replaced by a more flexible idea of the contract that is

²⁰ O. Hart – B. Holstrom, *The theory of contracts*, in T. Bewley (ed.), *Advances in Economic Theory*, Cambridge, 1987, 71 ss.; O.D. Hart – J. Moore, *Foundations of incomplete contracts*, cit., 115 ss.; J. Tirole, *Incomplete Contracts. Where Do We Stand?*, in *Econometrica*, 67, 1999, 741; W. Macleod, *Complexity and Contract*, in E. Brousseau – J.M. Glachant (eds.), *The Economics of Contracts. Theories and Application*, Cambridge, 2002; A. Keay – H. Zhang, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and A Director's Duty to Creditors*, in *Melbourne University Law Review*, 32, 2008, 141, 156.

²¹ A. Keay – H. Zhang, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and A Director's Duty to Creditors*, cit., 154 state that "In other words, the contracting parties are not able to foresee the future perfectly, although some may know more about something than others". See also G. Rojas Elgueta – N. Vardi (eds.), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, passim.

²² For a thoughtful survey of contract theories, issues and cases in order to reassess the field's present vision of contract law, see the essays in P.G. Monateri (ed.), *Comparative Contract Law*, Cheltenham-Northampton, 2018. The relationship between contract and economic theory is analyzed by R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, Bologna, 2006, ch. 3.

anchored to factual reality²³. In this way, the agreement becomes a mere summary of the regulation desired by the parties, and contains only the essential guidelines, leaving open the possibility of renegotiation, or a mere modification of certain clauses, in the event of changes to the structure of interests originally agreed upon. The impracticability of a complete and exhaustive set of clauses, capable of providing for all contingencies and protecting all actors from the moment it is signed, confers dynamism on the contractual instrument, which ultimately can adapt to changing circumstances²⁴.

Incompleteness also manifests itself with regard to the opportunistic behaviour of the parties aimed at maximising self-interest. Due to information asymmetry, parties are not always able to recognise such conduct at the negotiation stage and find themselves facing disputes during the execution stage²⁵. Here again, one of the reasons for incomplete contracts is related to the cost and time involved in defining an agreement that is as complete as possible. This circumstance often makes it preferable to include a mere mapping of the main elements of the agreement in the contract, leaving the concrete implementation of the arrangement of interests to a later date. Reference must then be made to the costs of negotiation and those necessary to obtain a judicial enforcement of the agreement, with the risk, moreover, that an external authority may be unable to verify and analyse the relevant information²⁶.

Hence contractual incompleteness can be a source of inefficiency, since the difficulty of ascertaining all the terms of the agreement undermines the character of absolute binding force attributed to reciprocal promises, leading the parties to disregard the agreement in its entirety. The contract becomes, in this context, a set of declarations that can always be renegotiated, not fulfilling a pareto-efficient function from the moment it is signed²⁷.

Moreover, assuming the incomplete nature of the contract implies overcoming the idea, typical of the nexus of contract theory, according to which the efficient attribution of decisional rights can only take place in favour of the category that

²³ F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in G. Alpa - E. Navarretta (eds.), *Crisi finanziari e categorie civilistiche*, Milano, 2015, 61 ss.

²⁴ See the monographs of G. Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000 and A. Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.

²⁵ Added to this there is the difficulty for the courts to verify beyond doubt the opportunistic behaviour. See T. Muris, *Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts*, in *Minnesota Law Review*, 65, 1981, 521.

²⁶ Hence the identification of the incomplete contract as a contract that cannot be verified ex post facto by the party obliged to settle the dispute and therefore not fully enforceable. A. Nicita – V. Scoppa, *Economia dei contratti*, cit., 195 ss.

²⁷ Thus, the risk of post-contractual opportunism (“hold-up”) arises for the party making a specific investment in the presence of an incomplete contract. This risk is embodied in the possibility that at any time the counterparty may renegotiate or terminate the contractual relationship. A. Nicita – V. Scoppa, *Economia dei contratti*, cit., 197.

bears the highest costs but also obtains the highest revenue, i.e., the shareholders²⁸. In fact, the relationship that is established between the company and the financing parties, like any other long-term relationship, must necessarily be conceived as dynamic, with the awareness that time and originally unforeseeable events are capable of altering the scenario outlined at the time the agreement is signed. The contract, therefore, while it may aspire to completeness, is not ontologically capable of containing all the variables that may manifest themselves in a relationship²⁹.

It follows that, with specific regard to the contract between the company and creditors, the agreement cannot ab origine regulate every single factual change capable of affecting the terms agreed upon, but it can certainly regulate the decision-making process³⁰. The change in the reference paradigm is evident, considering that in a model that assumes the contract to be complete, the need to include the lender among the actors involved in the governance of the debtor enterprise does not arise. In this hypothesis, the contractual protection is considered to be full and is unaffected by the decisions of the shareholders. On the other hand, the attribution of an incomplete nature to the contract implies the insufficiency of the transaction to guarantee creditors full protection. The decisions of the partners are potentially capable of generating negative consequences on the rights of the lenders, thus raising the question whether it could be useful to allow creditors to enter into the governance of the debtor company.

Ultimately, the path outlined above, which has led to the emergence of the phenomenon of lender governance - which is covered in the following section - denotes the idea that, far from attributing decision-making power to a single category of subjects, it may be beneficial to allocate decision rights in the financed enterprise by reasoning in terms of greater efficiency.

²⁸ M. Mozzarelli, *Business covenants e governo della società finanziata*, cit., 81 underlines how the nexus of contract theory bases this assumption on the different incentives that influence stakeholders and creditors. The latter, in view of their pre-established claim, would be indifferent to any greater gains obtained by the financed company.

²⁹ A diametrically opposite dynamic is referred to in the so-called 'merger clauses', an expression used to indicate clauses placed at the foot of international contracts in which the parties state that the signed document represents the 'entire agreement', and anything not included therein does not assume any binding value between the parties. On this subject, see the monograph of M. Foglia, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015.

³⁰ M. Mozzarelli, *Business covenants e governo della società finanziata*, cit., 86.

4. ...and the rise of lender governance

That being said, the following considerations must be made with regard to the position of the company creditors³¹.

The marginal role reserved for them by studies on corporate governance is based, as demonstrated above, on the idea that shareholders bear a greater risk than other stakeholders. The company's financiers are the bearers of claims that can be defended in courts of law with a predefined amount, and not potentially unlimited, as is the case with residual claimants³². Moreover, they tend to benefit from more comprehensive contractual schemes that provide a certain amount of protection, which is not always the case in the relationship between directors and shareholders.

It is clear, however, that even if one wishes to adhere to such a reconstruction, the need to protect the position of creditors, whether or not it is more or less 'inconvenient' than that of the shareholders, remains. On the contrary, it is worth asking whether the risk to which the creditors are subject might not justify the inclusion of a legally binding obligation on the debtor company to take account of creditors' expectations.

This risk can be seen when a debtor company engages in opportunistic behaviour, a phenomenon that can be broken down into two elements: the opportunism of shareholders and that of the managers³³. With regards to the shareholders, the ontological structural difference between their claims and the creditor's claims has already been emphasised, with a consequent divergence also in terms of incentives. Faced with a fixed claim by the creditor, the shareholder is induced to undertake more risky actions, given that any increase in income would not entail a change in the magnitude of the creditor's claim considering that, on the contrary, they would in any case bear the risk of the debtor company's eventual bankruptcy³⁴. At the same time, however, since the creditor's claim would have to be satisfied before that of the shareholders, the latter might be disincentivised from engaging in transactions capable of ensuring an immediate positive net value, since they would only produce benefits for the lenders.

With regard to the opportunism of the decision-making body, the problem that arises is primarily related to the risk of directors pursuing their own self-interest. Moreover, even where this is not the case, it must always be remembered that the

³¹ H. Eidenmüller - W. Schön (eds.), *The Law and Economics of creditor protection*, The Hague, 2008.

³² V. Acharya – Y. Ahimud – L.P. Litov, *Creditor Rights and Corporate Risk-Taking*, in *Journal of Financial Economics*, 102, 2011, 150.

³³ J. Armour – G. Hertig – H. Kanda, *Transactions with creditors*, in *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, cit., 115.

³⁴ L. Enriques – A. Romano, *Rewiring Corporate Law for an Interconnected World*, in *Arizona Law Review* 64, 2022, 51.

directors are bound by a fiduciary relationship with the shareholders, which requires them to defend this category of investors³⁵.

The creditor can resolve the problems outlined above ex ante by implementing a contractual scheme that can raise his level of protection. However, it is unlikely for cognitive and informational limitations to allow for the stipulation of a contract that is so complete that it takes into consideration all forms of opportunistic conduct. On the other hand, the control of the company and full knowledge of its performance still remains with the directors, who could use this circumstance to their own advantage in pursuit of their own personal interest as well as that of the shareholders.

In such a scenario, it is easy to understand the usefulness of clauses, such as covenants, aimed at limiting the ex-post discretion of the decision-making body on investment choices and requiring the disclosure of information relevant to the repayment of the loan³⁶. By means of such covenants, the creditor tends to gradually secure portions of the financed company's management in order to avoid waiting passively for its fulfilment, with the risk that the debtor may become insolvent. The objective is thus to ensure that the company's strategic decisions are implemented in a prudent manner and taking into account the interests of all parties involved³⁷.

When creditor involvement is not episodic, but has a constant influence on decision-making processes, it is known as 'lender governance', i.e., the more or less direct management of the company by its creditors³⁸. This phenomenon arises when covenants are breached. The breach of the obligations contained in the covenants betrays the debtor's inability to meet the commitments related to the financing, as this would lead to the default of the company³⁹. On the other hand, the creditor, aware of the debtor's objective inability to meet the payment obligation, rather than implementing the forfeiture of the benefit of the term, enters into new negotiations, renegotiating the terms of the loan. The gradual mechanism triggered by the breach of covenants and the subsequent renegotiation gives the creditor progressively more involvement in the management of the company. This is, in any case, a physiological outcome, given how easy it is to

³⁵ G. Nini - D. Smith - A. Sufi, *Creditor Control Rights and Firm Investment Policy*, in *Journal of Financial Economics*, 36, 2009, 92.

³⁶ C. Zimmermann, *An Approach to Writing Loan Agreement Covenants*, in *Journal of Commercial Bank Lending*, 58, 1975, 2.

³⁷ In this way the creditor aims to prevent a business crisis by bringing forward the monitoring phase.

³⁸ A.D. Scano, *Debt covenants e governo delle società per azioni solventi: il problema della lender governance*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011. 14 ss.

³⁹ F. Tung, *Leverage in the Boardroom: The Unsung Influence of Private Lenders in Corporate Governance*, cit., 135.

breach covenants and the consequent need for directors to provide explanations to lenders⁴⁰.

The lender at this point prefers to keep the relationship with the financed company alive, assuming partial or even total control of it. Such a solution may in fact prove to be more fruitful than the abrupt termination of the financing, where the risk of the debtor's incapacity becomes even more apparent. Conversely, through lender governance, the financed enterprise is guided towards more prudent management. It is therefore necessary to investigate the actual impact of creditors on the company's choices, on the assumption that the phenomenon is widespread not only in the crisis phase but also in the contractual practice correlated to the normal course of business⁴¹. It is also essential to consider a possible convergence between the interests of the shareholders and those of the creditors, with the aim of identifying an efficient allocation of decision-making powers in view of increasing the value of the company⁴². This rapprochement could also be brought about by the objective of monitoring the actions of the directors, which are characterised by a greater propensity to risk. In this perspective, the exchange of information, obtained by each actor through different channels, together with the reaction instruments attributed to them by law or by contract, may prove useful for the creation of a more efficient model of corporate governance⁴³.

Lender governance therefore leads to a rethinking of corporate governance, which is thus conceived in a dynamic and 'interactive' perspective where the set of management rules is produced by the interaction between the various actors⁴⁴.

If all parties involved in the management of the enterprise adhere to the goal of limiting managerial slack, the action of the creditor bank, structurally able to devote adequate resources to monitoring the debtor, can benefit all other stakeholders unable to exert sufficient influence on the debtor. The sharing of signals and information among the various creditors is also reflected in the activation of remedies, which vary according to the type of relationship. Thus, a

⁴⁰ A.D. Scano, *Debt covenants e governo delle società per azioni solventi: il problema della lender governance*, cit., 22; M. Roberts – A. Sufi, *Control Rights and Capital Structure: An Empirical Investigation*, in *Journal of Finance*, 64, 2009, 1657, 1666.

⁴¹ Undoubtedly, the worsening of the company's economic-financial conditions increases the prevalence of the phenomenon, although forms of intervention, including some that are fairly invasive, can occur even if the company does not go bankrupt.

⁴² L. Miotto, *Il controllo creditorio difensivo*, Torino, 2017, 151 ss.

⁴³ In fact, directors may be induced to adopt a more responsible conduct as a result of the activation or prospect of sanctions and remedies, such as the forfeiture of the operation of the acceleration clause, the implementation of voice powers, the revocation of one or more managers. In addition, any action taken by one actor may also benefit the other categories involved, especially those who, in relation to the specific event, have greater incentives to intervene in a reactive manner. See M. J. Roe - F. Zeni Venezze, *A capital market, corporate law approach to creditor conduct*, in *Michigan Law Review*, 112, 2013, 59.

⁴⁴ G. Triantis – R. Daniels, *The role of debt in interactive corporate governance*, cit., 1079.

system is generated in which each actor reveals the information he obtains about the debtor's activity to the others, delegating the monitoring and reaction to the subject that, by structure and capacity, is able to act more efficiently.

This results in a broader conception of governance, aimed at maximising the value of the company and also including the perspective of the stakeholders. In structural terms, it is divided into a supervisory phase, in which data on the company's management is acquired and processed, and a reaction phase, which is only implemented when the supervisory phase has identified an unfavourable scenario. However, it must be borne in mind that there remains a risk to other creditors that the bank will take actions to consolidate its position to the detriment of other stakeholders. American scholars generally identify four types of conflicts: (i) those generated by the bank's premature exit from the lending relationship, for reasons other than the correction of managerial slack; (ii) those generated by the bank's negligence, which takes action too late due to the limitation of management opportunism iii) those related to the deterioration of the economic conditions of the debtor company and the consequent exploitation by the bank to renegotiate the terms of the agreement to its own advantage; iv) those connected to the bank's implementation of remedies aimed at correcting the management's action but orienting the management of the company to its own exclusive liking⁴⁵. In fact, it is evident that debt can lead to the bankruptcy of the financed company, where the latter is unable to satisfy the creditor's claims, or to the decrease in the value of shareholdings, increasing the risk of acquisition⁴⁶.

The objective of this article is in fact not to recommend one model over another, but rather to prompt reflection on the advisability and consequences of the entry of creditors into the governance of the debtor company. In this sense, it cannot be denied that the recourse to debt and the entry of creditors into management pushes directors to maximise profitability and avoid bankruptcy - also to avoid reputational repercussions in the reference market. Debt also influences investment policies, since the limitation imposed by covenants on the company's financial management, if accompanied by shrewd decisions of the directors, can result in an increase in company performance⁴⁷. Hence, greater debt exposure offers managers with more honed management skills the opportunity to show their qualities, distinguishing themselves from their counterparts who expose

⁴⁵ G. Triantis – R. Daniels, *The role of debt in interactive corporate governance*, cit., 1090.

⁴⁶ On this point, see C.K.Whitehead, *The Evolution of Debt: Covenants, the Credit Market, and Corporate Governance*, in *Journal of Corporation Law*, 34, 2009, 641.

⁴⁷ Consider also that, by increasing the debt, the contractual obligation to make future payments reduces agency costs related to cash flow, as there is less liquidity available to the directors for discretionary use. On this point, see R.M. Stulz, *Managerial Discretion and Optimal Financing Policies*, in *Journal of Financial Economics*, 26, 1990, 3.

themselves to a greater risk of bankruptcy⁴⁸. Conversely, however, managers with established experience are more likely to operate with lower leverage or spread over longer terms in order to escape from the constant influence of creditors over their actions⁴⁹.

Debt governance thus represents a fundamental piece of corporate governance. If properly managed, debt can boost corporate productivity by disciplining managers and containing agency costs produced by conflicts between the various actors involved in the company's affairs. It is no coincidence that lender governance has also been discussed in doctrine as a 'missing lever' of corporate governance, i.e., as an innovative and efficient tool capable of revolutionising traditional corporate governance⁵⁰.

However, the acquisition of control by the lender also exposes the company to opportunistic conduct by the latter. While it is true that banks are endowed with incentives and structural requirements that prevent the formation of typical director biases, it is also evident that the lender, unlike managers, is not subject to a fiduciary duty towards the company. Therefore, the maximisation of the lender's welfare does not necessarily lead to the maximisation of the financed company's wellbeing. It is useful to emphasise that, notwithstanding the lender liability that can be incurred by the creditor/manager for engaging in abusive conduct to the detriment of the debtor, there are at least two factors that severely limit the possibility of the lender engaging in opportunistic conduct.

First, if the creditor's action consists of a breach of contract, they are without doubt liable for damages for non-performance, having to bear additional costs over and above those associated with monitoring the debtor.

Another key factor is that of reputation. As a rule, the bank lender is larger than the financed company and does not limit its relations to the latter or to companies in the same sector. Engaging in misconduct could then result in damage to the good name of the institution, which, in light of the fierce competition in the credit market, could potentially prove very risky⁵¹.

⁴⁸ S.J. Grossman - O.D. Hart, *The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration*, cit., 691.

⁴⁹ G.T. Garvey – G. Hanka, *Capital Structure and Corporate Control: The Effect of Antitakeover Statutes on Firm Leverage*, in *Journal of Finance*, 54, 1999, 519; L.L. Lundstrum, *Entrenched Management, Capital Structure Changes and Firm Value*, in *Journal of Economics and Finance*, 33, 2009, 161.

⁵⁰ This expression is taken from D.G. Baird – R.K. Rasmussen, *Private Debt and The Missing Lever of Corporate Governance*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 154, 2006, 1209 .

⁵¹ D. Fischel, *The Economics of Lender Liability*, in *Yale Law Journal*, 99, 1989, 131, 138. This is further corroborated by the growing phenomenon of reputational algorithms, on which see for e.g., Trib. Roma, 4 April 2018, with a note by G. Giannone Codiglione, *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*, in *Dir. inf.*, 2019, 520 ss.

However, the resilience of the model outlined so far is closely related to the flexibility it can show with respect to changes in the credit market. From the traditional lack of liquidity linked to the existence of debt, the last few years have seen an increase in free cash flow and greater competition at a qualitative and quantitative level between the various intermediaries⁵². The possibility of resorting more easily to various credit risk reduction instruments, above all factoring, is resulting in a reduced interest on the part of banks to exercise the prerogatives attached to credit until maturity⁵³. The same consequence leads to competition among the sector's operators, who are incentivised to turn to the secondary market on which to relocate credits - all the more so when they have high risk profiles⁵⁴. These solutions are certainly more economical than the establishment of a system of monitoring and control over the financed company, although at present there is no certainty as to the definitive abandonment of lender governance schemes following the development of credit derivatives and the secondary credit market.

5. From corporate governance to contract governance

The preceding paragraphs have demonstrated the need to take into account the effects on the reference market of the choices related to debt management and the hetero direction taken by the creditor. Cost-effectiveness must therefore be assessed not only with regard to the mere creditor-debtor relationship, but also in view of the systemic repercussions. In this perspective, then, it seems appropriate to read the issue from the perspective of contract governance, which serves as a link between the theory of governance and the general theory of the contract⁵⁵. Whilst governance is defined as the institutional matrix within which transactions are

⁵² L. Picardi, *Il ruolo dei creditori*, cit., 119; C.K. Whitehead, *Creditors and Debt Governance*, Cornell Law School Research Paper No. 011-04, February 12, 2011, available on the website <http://ssrn.com/abstract=1760488>.

⁵³ This scenario has led to the emergence of a true market for impaired loans, within which the most widespread operation is certainly the securitisation of loans under Law 130/1999. On this point, see for example, U. Violante, *La circolazione del credito «distressed»*, Milano, 2013.

⁵⁴ P. Schlesinger, *Il primato del credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 825, argues for the centrality of the credit industry as vital to the development of other economic sectors, highlighting the shift from a system based on the static enjoyment of goods to one based on contractualisation and business activity, in which a crucial role is played by financial and service-producing activities, and in which obtaining credit is essential to be able to operate in the market. This subject has recently been taken up by V. Confortini, *Primato del credito. Responsabilità patrimoniale ed espropriazione privata nell'economia del debito*, Napoli, 2020, which emphasises how the primacy of credit has led to a progressive commodification of credit and the financialisation of the economy, characterised by companies making recourse to tradable securities rather than bank financing and the consequent expansion of intermediaries' activities in the trading of securities rather than in the granting of credit. In essence, what is being traded is not so much the asset or money itself as the access to these assets.

⁵⁵ The most complete contribution on this subject is that of S. Grundmann - F. Möslin - K. Riesenhuber (eds), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015. See also the review by F. Mezzanotte in A. D'Angelo - V. Roppo (diretto da), *Annuario Del Contratto 2015*, Torino, 2016, 246 ss.

negotiated and executed, its rules are necessary where risks of opportunism arise, or third-party interests are involved⁵⁶. From a contractual perspective, the use of governance structures becomes crucial where the agreement does not consist of a one-off exchange, but rather of long-term or network relationships, where the risk of opportunistic behaviour is particularly high⁵⁷.

However, the focus on contract governance is fairly recent, as, traditionally, scholars have studied governance only with regard to the organisation of the corporate structure. Undoubtedly, corporate governance has played (and still plays) a crucial role since it is able to address familiar themes from a new, sometimes much broader, research perspective. It is not simply limited to ordering the architecture of the internal structures of a company, but also takes into account their market-oriented nature. Moreover, in an increasingly financial and global economy, corporate governance provides a common language that transcends borders and makes it easier to compare legal rules and facts.

That said, the financial crises have made clear the need to pursue not only the stability of individual players but that of the market as a whole. And, in this sense, contract governance plays a much broader role than corporate governance. It provides a research approach that deals with the institutional framework within which contractual relationships are put in place and which verifies what consequences the economic, legal, social and cultural effects of the agreement may generate in the relevant market⁵⁸. This approach is consistent with the idea of contract law as an auxiliary infrastructure, intended both to give market participants as much contractual freedom as possible, but also to support the long-term stability of markets⁵⁹. Ultimately, the contract is not regarded as having effects only between the parties, but its impact on third parties is assessed in a systematic manner⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. O.E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law and Economics*, 22, 1979, 233.

⁵⁷ F. Möslin, *Contract Governance within Corporate Governance – A Lesson from the Global Financial Crisis*, in S. Grundmann - F. Cafaggi - G. Vettori (eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, London-New York, 2013, 293 ss.

⁵⁸ S. Patti, *Contractual Autonomy and European Private Law*, in J. Rutgers - P. Sirena (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, 123 ss.; F. Mezzanotte, *Regulation of Business-Clients Relationships through 'Organisational Law'*, in *European Review of Contract Law*, 2017, 123 ss., 126.

⁵⁹ H. Collins, *Regulating Contracts*, Oxford, 2002, 225 ss.

⁶⁰ A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. Olivieri-A. Zoppini (eds.), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari, 2008, 3 ss.; Id., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in A. Zoppini – M. Maugeri (eds.), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 15; V. Ricciuto, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto in Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1615 ss.

Hence, contract governance can be understood in a twofold sense: on the one hand, governance by contract⁶¹, which emphasises the regulatory function pursued through the contract, and on the other hand, governance through contract⁶², understood as the sum total of the negotiating instruments adopted to manage a relationship between two subjects⁶³.

The first definition thus allows for purposes beyond those envisaged by the parties to enter into the contract⁶⁴. This view was generated with the advent of regulation which implied a functionalisation of the relationship between private parties that was quite evident, as opposed to the objectives that the legislature intended to achieve with the civil code, which was essentially aimed at dictating the conditions of recognisability and validity of the individual contractual act⁶⁵. From this new perspective, the contract becomes the most suitable instrument for resolving failures: regulation extends its assessment to the market impact of the individual transaction, verifying its advantageousness within the system⁶⁶. Such a function is absent in the logic of the Italian civil code, where the focus is placed solely on the correct procedure for the formation of the will of the individual, without the consideration, on a broader scale, of the congruity between the interest pursued by

⁶¹ J.E. Fisch, *Governance by Contract: The Implications for Corporate Bylaws*, in *California Law Review*, 106, 2018, 373; K. Riesenhuber, 'Schatten des Rechts – Contract Governance und Governance der Vertragsverhandlungen bei der SE-Mitbestimmung', in S. Grundmann - B. Haar - H. Merkt, et al. (eds.), *Festschrift for Klaus Hopt*, Berlin, 2010, 1225 ss.

⁶² P. Zumbansen, *The Law of Society: Governance Through Contract*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007, 191 underlines also that: "Contracts, in this view, reflect society's differentiation into many, highly specialized areas of social activity. This approach sees contracts as constituting a radicalized form of an endless self-reproduction of differences, which reflects and is intimately linked to the eternal destruction of societal unity into fragmented, functional societal discourses". See also *Id.*, *Law, Economics, and More: The Genius of Contract Governance*, in S. Grundmann - F. Möslin - K. Riesenhuber (eds.), *Contract governance*, cit., 80 ss.

⁶³ The central role of contract governance emerges especially in view of the progressive European integration at economic level. From this perspective, the contract, as regulated *ab externo*, contributes to the smooth functioning of the European Union's single market by removing obstacles to the protection of competition and the free choice of consumers, investors, and customers. This is discussed at length by A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 515 ss. and F. Mezzanotte, *Regulation of Business-Clients Relationships through 'Organisational Law'*, cit., 123 ss. Concerning the same function performed by all private law rules, see R. Weigmann, *L'interpretazione del diritto societario armonizzato nell'Unione europea*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 487 ss.; G. Comparato - H.W. Micklitz, *Regulated Autonomy between Market Freedoms and Fundamental Rights in the Case Law of the CJEU*, in U. Bernitz - X. Groussot - F. Schulyok (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, 2013, 121 ss. See also M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2011, 191 ss. e D. Corapi, voce *Impresa (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2007, 734 ss.

⁶⁴ This is the perspective of the so-called "libertarian paternalism", respect to which, see R.H. Thaler - C.R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, in *American Economic Review*, 93, 2003, 175; R.H. Thaler - C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New York, 2008; C.R. Sunstein, *Deciding by Default*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 162, 2013, 1.

⁶⁵ A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., 3 ss.

⁶⁶ A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 15 ss.

the parties and the impact, on the market in which the transaction is placed, of the benefits obtained⁶⁷.

Concerning the second notion, this emphasises the capacity of the contract to regulate a transaction that is more complex than the contractual case typified by the Italian civil code. The contract is no longer the object of mere interpretation and qualification but becomes the ideal means of channelling the changing needs of the parties into a long-term relationship⁶⁸.

Moreover, one of the most innovative aspects introduced by governance theory is related to the focus on human behaviour, and thus on the incentives and ways in which actors make decisions⁶⁹. The revolutionary scope of this approach made it possible to overcome the rigid dichotomy between the State and private actors, which had characterised the phase of 'dirigisme' in the 1970s and had nevertheless led to a crisis of law, summarised by the term 'steuerungskrise des rechts'⁷⁰. The advent of governance, on the other hand, broadened the view to include the interactions between the public and private elements, in order to verify the impact on the system of both the rules and the actions of citizens⁷¹. This is based on a precise conviction in policy terms: that lesser rigidity in the rule is accompanied by a greater range of reactions on the part of the private actor. This is exactly what happens in the contractual sphere where the parties' conduct is guided by mutual consent in the presence of flexible and non-hierarchical rules⁷². If, therefore, the

⁶⁷ D. Simeoli, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2014, 94 ss.; F. Venosta, *Contratti regolati e rimedi civilistici*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 98 e segg.; C. Ferrari, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018, 156 ss.; A. Nervi, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in P. Sirena - A. Zoppini (eds.), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 507 ss.; C. Solinas, *Il contratto amministrato*, Napoli, 2018, 193 ss.

⁶⁸ F. Bartolini, *Strutture contrattuali complesse. Problemi della trilateralità nei contratti di finanziamento*, Napoli, 2019, 13 warns, however, that the perspective of contract governance and in particular that of governance through contract, while sharing the function of constructing contractual regulation outside the mere dynamics of the exchange of goods or services, should not be confused with the concept of normative contracts. The latter, according to the author, "is a category that - even though their effects and notion are debated, and despite the fact that their boundaries are very fluid - finds indirect typifications in the civil code and in specific legislation, in a framework that, albeit original, remains within the traditional framework of the contract identified in the traditional way by the codified model of general and special parts". For a more in-depth look at normative contracts, see, amongst others, G. Guglielmetti, *I contratti normativi*, Padova, 1969; A. Gentili, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, in *Contr. impr.*, 1999, 1162 ss.; A. Orestano, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000; G. Gitti, *Appunti sull'accordo normativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 249 ss.

⁶⁹ On behavioral law and economics as an approach that can anticipate the responses of individuals to legal norms, see the essays contained in G. Rojas Elgueta – N. Vardi (edited by), *Oltre il soggetto razionale*, cit.

⁷⁰ E. Schmidt-Aßmann, *Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive*, in J. BURMEISTER (ed.) *Festschrift for Klaus Stern*, München, 1997, 745 ss.; S. Grundmann - F. Möslin - K. Riesenhuber (eds.), *Contract Governance*, cit., 42.

⁷¹ A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2019, 171 ss., esp. 177 s. (See also the review by A.M. Benedetti, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 608 ss.)

⁷² K. Riesenhuber, *A Need for Contract Governance?*, in S. Grundmann - A.Y. Atamer (eds.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Alphen aan den Rijn, 2011, 61 ss.

parties are able to negotiate even if they may be in conflict with the predefined rules of contract law, legislators cannot fail to anticipate such contractual behaviour when drafting the rules. In essence, the contract governance perspective admits that the regulator's awareness of the reactions of private parties, engendered by a given provision, can lead to it becoming more effective⁷³.

From the perspective of contract governance, the interpretation of the phenomenon of creditor intervention in the management of the financed company points therefore, first of all, to the need to verify the repercussions of the relationship between the lender and the financed entity at systemic level. Specifically, it is necessary to identify the usefulness of the clauses that give rise to the phenomenon in maintaining the stability of market structures. From this point of view, the choice of remedy is crucial, given that, in light of the role played by a given company in its production sector, any abrupt cut in financing could lead to the insolvency of the company itself and, as a knock-on effect, to the onset of economic difficulties for the companies doing business with it. The function played by agreements that, by means of renegotiation, attribute powers of involvement to the creditor, must certainly be analysed not only for their legitimacy, but also from the perspective of the proper functioning of the market⁷⁴. In this view, the restriction of the debtor's private autonomy could be justified in the light of the greater efficiency achieved from keeping open the relationship with the lender compared to interrupting it. This is because the positive trend of the reference sector also produces favourable consequences for the financed company itself, which, otherwise, would place itself and the other subjects with which it interacts at risk of insolvency.

However, placing this phenomenon within the prism of contract governance involves considering the clauses that give rise to it as instruments of contractual architecture themselves. Within the complex relationship that is established between creditor and debtor, where the debtor's interest in keeping the contract alive and the creditor's interest in the return of the investment can be discerned,

⁷³ V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 974 states that "the more complex a phenomenon becomes, the greater the need for instruments that allow it to be 'governed' appropriately", emphasising also how contract governance implies above all the "preparation and activation - at times by law, at times by private autonomy - of the most suitable mechanisms for managing the critical issues that arise in the development of the relationship between the parties: in short, contractual remedies. In this sense too, the subject of remedies thus proves to be the true heart of contract law and contract theory above all others".

⁷⁴ Finally, the Guidelines on loan origination and monitoring, issued by the European Banking Authority on the 29 May 2020 (that can be consulted freely on the website of the Authority), in paragraph 8.4, entitled "Monitoring of covenants", underline the crucial role played by covenants in the timely detection of a company crisis. The aim of the European regulator is to strengthen the predictivity of early warning models in order to identify positions whose credit quality is at risk of deterioration, thereby preventing disruptions in the market structure.

the provision of covenants that regulate power relations can play a role in the simplification and regulation of the entire structure at stake. In essence, the intention is to affirm that the complexity of the relationship and the plurality of the interests involved, including the public interests tied to market stability, may justify the inclusion in the contract of a series of stipulations that more adequately reflect the needs of the parties⁷⁵.

⁷⁵ This view can be traced back to the idea of Private Ordnung (on which see G. Bachmann, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Gesetzgebung*, Tübingen, 2006 and S. Meder, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, trad. it., Napoli, 2011), according to which forms of self-regulation of economic and social activities are increasingly being sought out, to the point of arriving at scenarios in which public regulation is relegated to a marginal role. See also M. Grondona, *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in A. Zoppini – P. Sirena (eds.), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 5 ss.

FRANCESCA SCORDAMAGLIA

TECNICHE DI GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE: FRA RINEGOZIAZIONE, RISARCIMENTO ED IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DI UTILIZZAZIONE

Abstract La pandemia ha rianimato il dibattito attorno all'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento, magari seguendo quello francese, un obbligo di rinegoziazione dei contratti per il governo degli effetti stabili di sopravvenienze atipiche squilibranti. Manca una regolamentazione generale dei rimedi conservativi: anche l'offerta ex parte di modifica delle condizioni secondo equità non copre che una porzione dell'eccessiva onerosità. Una ragionata impostazione della questione richiede, però, di riflettere non solo sul quomodo di una regola eventualmente da introdursi, ma anzitutto sull'astratta idoneità di un simile obbligo ad operare in un quadrante codicistico appuntato su coordinate opposte, che imporrebbe di dotarsi di una base oggettiva assai invasiva, una buona fede molto più che integrativa, forse proprio eversiva. E poi sulla concreta utilità di un intervento additivo, quando esistono già le tutele risarcitorie ed il congegno dell'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione.

Keywords pandemia; sopravvenienze; rinegoziazione; buona fede oggettiva; tutele risarcitorie.

TABLE OF CONTENTS: 1. La questione aperta delle sopravvenienze: buoni propositi in tempo di pandemia - 2. Clausole di hardship, Principi Unidroit, PECL e DFCR - 2.1. La soluzione tedesca - 2.2. La soluzione francese - 3. La costruzione della disciplina delle sopravvenienze in Italia - 4. La teoria positiva della rinegoziazione - 5. La teoria negativa - 5.1. Il ruolo della buona fede - 5.2. Una valutazione di convenienza - 6. La rinegoziazione: oggi no, domani forse, ma dopodomani sicuramente.

1. La questione aperta delle sopravvenienze: buoni propositi in tempo di pandemia

Per almeno due buone ragioni sembrerebbe essere arrivato il momento di regolamentare la rinegoziazione dei contratti di durata attinti da sopravvenienze squilibranti: la prima è che il Covid-19 ha già prodotto conseguenze a lungo

termine, che attendono di essere governate quali effetti stabili; la seconda è che, in futuro, la cifra caratterizzante il rischio pandemico non potrà più essere trattata come un generico imprevisto. Probabilmente è stata proprio la democraticità di questa terribile contingenza a mettere in allarme in ordine alla mancanza, nell'attuale ordinamento, di una disciplina generale e regolare per la conservazione dei contratti investiti da avvenimenti sopravvenuti e disfunzionali¹.

¹ Copiosi i contributi in tema di sopravvenienze, adeguamento del contratto e rinegoziazione; nell'impossibilità di ricordarli tutti: M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; M. Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309; M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 467 ss.; G. Bellantuono, *I contratti incompleti fra economia e diritto*, Padova, 2000, 140 ss.; V.M. Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; C. D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 491; L. Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, II, 2006; P. Gallo, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 431; nonché ID., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; nonché ID., voce *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, agg., XXVII, 2006, I; ID., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347; A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 710; F. Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 193; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Le sopravvenienze*, in V. Roppo (diretto da), *I rimedi, Trattato del contratto*, Milano, 2006, V, 2, 590 ss.; ID., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in N. Lipari – P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, III, t. 2, Milano, 2009, 1175-1243; ID., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, n. 3/2014, 826 ss.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. II, Milano, 2008, 1026; ID., *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in G. Gitti - G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 179 ss.; G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; T. Mauceri, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Milano, 2007; G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 146 e 277; S. Pagliantini, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006; A. Pino, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952; A. Pisu, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017; R. Sacco, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016; G. Sicchiero, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg., II, 2003, 1200, e ID., *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 2, 796 ss.; E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018. Ed altrettanto numerosi sono stati i contributi che nelle imminenze della recente crisi pandemica hanno riaperto il dibattito: E. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020, 123 ss.; A.M. Benedetti, *Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, n. 03/04/2020; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020, 403 ss.; A.M. Benedetti - R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25/03/2020; V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020; ID., *Rinegoziare, ricontrattare: rideterminare il canone? Una soluzione inadeguata*, in *Corr. giur.*, 2021, 954 ss.; A.A. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020, 319 ss.; F. Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102 ss.; ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020; ID., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, 129 ss.; A. Nicolussi, *The Pandemic and Change of Circumstances in Italy*, in AA.VV., *Coronavirus and the Law in Europe*, in *intersentiaonline.com*, 2020; V. Roppo – R. Natoli, *Contratto e Covid-19, dall'emergenza economica all'emergenza sanitaria*, in *giustiziainsieme.it*, 28/04/2020; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, n. 4/2020; C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, n. 4/2020; G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 10 ss.

Volendo evitare una conta dei tentativi del legislatore emergenziale di marcare una disciplina delle sopravvenienze, si possono menzionare perlomeno i più significativi. L'art. 91 del cd. Decreto cura Italia² ha profilato una figura d'inadempimento emergenziale, indipendente dal dolo o dalla colpa del debitore, dovuto alla necessità di sottostare alle misure di contenimento che abbiano ostacolato l'esecuzione della prestazione³. Si è trattato di un illecito di natura meramente formale, dal quale eccezionalmente non sono stati fatti derivare gli effetti sostanziali della responsabilità e tale da realizzare uno stato di sospensione del rapporto negoziale, finalizzato a traghettarlo oltre la fine dell'emergenza. E poi l'art. 4 bis del decreto legge cd. Sostegni bis, che ha previsto un "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali" quale strumento regolato di condivisione dell'impatto economico dell'emergenza epidemiologica, costruito come obbligo bilaterale di collaborazione per la rideterminazione del canone⁴. Sebbene queste misure, così come altre, non siano giunte a delineare una disciplina della rinegoziazione neppure *ratione temporis* per la sola fase emergenziale, ed abbiano anzi confermato il *modus* poco sistematico del recente legiferare, l'intenzione era quella di introdurre speciali soluzioni manutentive per i rapporti di durata incisi dalla pandemia.

Nella sistematica del codice, invece, la regola generale in tema di sopravvenienze è quella dell'irrelevanza, per cui le conseguenze dell'evento imprevisto, anche se negative o sfavorevoli, ricadono in capo al soggetto che ne è immediatamente gravato. Eccezionalmente si danno dei rimedi, come quelli di cui agli artt. 1463 ss. e 1467 ss. c.c., che conducono (normalmente) alla risoluzione del rapporto contrattuale. In questo contesto si è venuto a riaccendere il dibattito attorno all'obbligo di rinegoziazione degli accordi economici al sopravvenire di eventi in grado di alterare i precedenti equilibri fra misure e valori delle prestazioni; strumento, questo, altrimenti rimesso alla libera iniziativa delle parti.

2. *Clausole di hardship, Principi Unidroit, PECL e DFCR*

Alcune ipotesi non si presentano problematiche: l'avvio di una trattativa per la ridefinizione di obblighi e vincoli reciproci in attuazione di una clausola di

² Ci si riferisce all'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito poi dalla l. 27 aprile 2020, n. 27, che, integrando l'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), ha inserito, dopo il comma 6, la nuova disposizione in commento.

³ Si è parlato di una sorta di causa emergenziale di giustificazione, temporanea e limitata al perdurare dello stato d'emergenza. Di un debitore "immune" riferisce A.M. Benedetti, *op. loc. cit.*; nonché Id., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, 2, 213 ss.

⁴ D.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito con l. 23 luglio 2021, n. 106, che ha aggiunto due nuovi commi all'art. 6 *novies* del d.l. cd. Sostegni, 22 marzo 2021, n. 41.

rinegoziazione, o la decisione comune di superare lo stato di disfunzione con un nuovo accordo (un accordo in rinegoziazione, più che di rinegoziazione, allora) costituiscono solamente dei falsi problemi. O meglio non sono dei reali rimedi, finché sorretti da una condivisa opzione di volontà. Quella del governo convenzionale delle sopravvenienze è una tecnica già ampiamente sperimentata nella negoziazione internazionale, ove abitualmente si ricorre a lungimiranti clausole di hardship, capaci di gestire e mantenere nel tempo gli accordi (seppur ad elevati costi transattivi)⁵. Sono le parti a selezionare i tipi di eventi sopravvenuti da considerare rilevanti per il contratto, ed il tipo di effetto da riconoscere loro (scioglimento; mera facoltà oppure vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziazione). Il settore del commercio internazionale è naturalmente votato a sfruttare questi congegni: la complessità dei rapporti negoziali generalmente di lunga durata, il coinvolgimento di ordinamenti collegati portatori di opzioni politiche ed economiche differenti e l'incidenza in settori di primaria importanza sono tutti fattori che rendono questi contratti particolarmente soggetti ad essere gravati da sopravvenienze. E che, al contempo, rendono il rimedio risolutorio svantaggioso per entrambe le parti. Nel 2003, la clausola di hardship è stata inclusa fra quelle tipizzate espressamente dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC). Il ricorso a tale clausola standard rende uniforme il trattamento dell'evento straordinario pure quando non necessariamente imprevedibile, consentendo alla parte svantaggiata di dover esclusivamente provare il ricorrere della situazione di difficoltà.

I Principi Unidroit, agli articoli 6.2.2. e 6.2.3., accolgono i concetti di gross disparity e di hardship, riconoscendo la possibilità di attivare dei poter correttivi⁶. L'art. 6.2.3, rubricato proprio hardship, accede ad una nozione di prevedibilità legata ad una misura di diligenza ordinaria, e dispone che l'insorgenza di eventi tali da alterare significativamente l'equilibrio delle prestazioni conferisca alla parte svantaggiata il diritto di domandare la rinegoziazione del contratto. Ove la pretesa risulti fondata l'altra parte sarà obbligata a rinegoziare in buona fede al fine di adeguare le clausole contrattuali alla nuova distribuzione di pesi ed oneri. Viene anche riconosciuta una forma di responsabilità per i danni e le perdite cagionate in

⁵ La diffusione delle *hardship clauses* si fa tradizionalmente risalire al conflitto che, nel giugno del 1967, portò alla occupazione militare del Canale di Suez da parte dell'esercito egiziano (la "guerra dei sei giorni" e la crisi di Suez), con conseguente blocco dei trasporti commerciali marittimi da e verso l'Europa. L'impossibilità di navigare lo stretto condotto e la necessità di ovviarvi circumnavigando l'intero continente africano determinarono, da una parte, un considerevole ritardo nell'adempimento della prestazione (e successiva consegna dei beni), evidentemente non imputabile al debitore; dall'altra, un esponenziale aumento dei costi.

⁶ Si rinvia a G. De Nova, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contr.*, 1995, 5 ss.; A. Di Majo, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 287 ss.; F. Ferrari, *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 300 ss.

capo alla parte che agisca secondo mala fede o che interrompa le trattative in malafede. Nel caso in cui invece non si raggiunga l'accordo sul nuovo equilibrio contrattuale, è rimessa a ciascuna delle parti la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, che potrà risolvere o modificare il contratto. Diversamente dalla clausola di hardship tipizzata dalla Camera di Commercio Internazionale, il principio di hardship dell'Unidroit non è concepito come elemento da inserire discrezionalmente nel regolamento contrattuale, bensì come una regola generale, immanente al sistema e relativa alla fase di adempimento del contratto. La rinegoziazione non si pone come esito di una pianificazione elaborata dalle parti, ma come portato dell'obbligo di buona fede. La regola però si arresta al livello di fonte di soft law.

I Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL)⁷, all'art. 1:202, fra i doveri generali delle parti, contemplano quello di cooperare lealmente ai fini della corretta esecuzione del contratto; specificando poi, nella successiva sezione sesta relativa ai contenuti e agli effetti del negozio giuridico, le conseguenze del mutamento sopravvenuto di circostanze (art. 6:111). In generale, anche laddove, successivamente alla stipulazione, la prestazione dovesse divenire maggiormente onerosa per il debitore, questi sarà comunque tenuto ad adempiere (par. 1). Tuttavia, ove si verificasse un evento non prevedibile e non rientrante fra i rischi dedotti in contratto, tale da rendere la prestazione eccessivamente onerosa, al soggetto svantaggiato verrà riconosciuta la possibilità di richiedere, dapprima alla controparte ed in seconda battuta al giudice, la risoluzione del contratto o la sua rinegoziazione. Anche in questo caso si aprirebbe la strada ad un adeguamento delle condizioni ope iudicis sul presupposto del mancato accordo fra i contraenti (parr. 2 e 3). Il tutto sempre salva la possibilità della condanna al risarcimento del danno in caso di rifiuto di rinegoziare o di violazione delle trattative.

Con un più incisivo riferimento all'aspetto dell'ingiustizia per la parte svantaggiata, anche il Draft Common Frame of Reference (DFCR), all'art. III – 1:110, prevede che la parte debitrice del pagamento di una prestazione divenuta eccessivamente onerosa in ragione di eventi non prevedibili, naufragato il tentativo di raggiungere un accordo modificativo del contratto originario secondo buona fede, possa rivolgersi infine al giudice. La parte svantaggiata potrà spiegare la domanda di ridefinizione del contratto con l'obiettivo di renderlo reasonable ed

⁷ Per un inquadramento più generale, C. Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II - Breve introduzione e versione italiana degli articoli*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 249 ss.; Id., *Il contratto nei 'Principi di diritto europeo'*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 787 ss.

equitable alle circostanze sopravvenute; oppure quella di scioglimento del rapporto contrattuale⁸.

Il mito dell'elaborazione di principi per un'armonizzazione del diritto privato europeo sembra aver raggiunto una fase d'eclissi a tutto vantaggio del ritorno al metodo della riforma dei codici nazionali. Nonostante il sostanziale fallimento dei progetti di soft law, la pregressa e già avanzata circolazione dei modelli giuridici, assieme all'esigenza di adeguamento degli istituti sostanziali alle medesime problematiche dell'evoluzione socio-economica continentale, hanno dato vita ad una sorta di armonizzazione indiretta (o armonizzazione in senso debole o criptoarmonizzazione) delle soluzioni rimediali proposte, volte sempre a garantire alti livelli di competitività, giustizia ed efficienza. In quest'orizzonte sono da intendere le recenti opere di ricodificazione tedesca e francese che assumono massima rilevanza per ragioni di prossimità geografica, culturale ed economica. La Schuldrechtsmodernisierung entrata in vigore nel 2002 e la riforma del Code civil del 2016 hanno inteso prendere posizione sulla teoria della rinegoziazione introducendo delle previsioni che però solo parzialmente coincidono⁹. Anche in Francia ed in Germania la pandemia ha comportato l'emanazione di una normativa emergenziale derogatoria e speciale, a vigenza temporalmente limitata; tuttavia, mantenendo il proposito di trattare il problema nella maniera più sistematica possibile, ci si concentrerà sulle istanze di rivitalizzazione dei grandi codici.

2.1. La soluzione tedesca

Con l'introduzione del § 313 BGB è stato positivamente riconosciuto il diritto di richiedere l'adeguamento del contratto e, solamente in seconda battuta, per il caso in cui la revisione non sia possibile o non possa pretendersi, il diritto di chiedere lo scioglimento del rapporto, nel senso che alla parte svantaggiata verrà riconosciuta la possibilità di recedere dal contratto¹⁰. La norma mira ad evitare che la parte onerata continui a rimanere vincolata ad un impegno che ha subito un'alterazione del fondamento negoziale tanto rilevante che, se le circostanze esterne fossero state quelle sin dall'inizio, la stessa non avrebbe per nulla concluso il contratto o lo

⁸ L. Antonioli - F. Fiorentini, *A factual assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2011, 382 ss.

⁹ Sull'ondata di riforma che ha interessato le grandi codificazioni continentali, S. Grundmann - M. Schäfer, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Rivista ODC*, 2020, 2, 317 ss. Ed inoltre C. Giusti, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019. Per un esame alla luce della recente esperienza pandemica, S. Aceto di Capriglia, *Effetti del lockdown sui contratti di diritto privato. Un dialogo tra esperienze giuridiche*, in *federalismi.it*, 3/2022.

¹⁰ Sugli ultimi sviluppi del lungo processo di ricodificazione, le cui tappe iniziali si possono far risalire addirittura alla metà degli anni '80, si veda G. Cian (a cura di), *La riforma dello 'Schuldrecht' tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004.

avrebbe fatto a condizioni differenti. Fra i vari possibili rimedi conservativi del rapporto è espressa una predilezione per l'adeguamento del contratto (revisione dell'equilibrio economico) in luogo della costruzione di un vero e proprio obbligo di rinegoziare (almeno stando alla lettera della norma). Attraverso l'ordine graduato dei rimedi viene espressa poi un'ulteriore preferenza (in termini di priorità) per l'adeguamento rispetto al recesso (allo scioglimento del rapporto gravato dalle sopravvenienze). Non si nega che su questi aspetti vi sia ancora un certo dibattito in dottrina e giurisprudenza¹¹. Le incertezze derivano tutte dai profili che il legislatore ha lasciato taciuti, e cioè quali siano esattamente i margini e l'estensione dell'intervento giudiziale, nonché il rapporto fra quest'ultimo e l'autonomia contrattuale. L'istituto dell'adattamento del contratto potrebbe presentare margini di conflittualità con il principio dell'autonomia privata, perlomeno laddove la norma non chiarisce *expressis verbis* se la determinazione delle condizioni di adeguamento sia rimessa al libero convincimento del giudice, o se, invece, la concreta portata della modifica debba essere il *quid* effettivamente rinegoziato e concordato fra le parti. Le posizioni allora si dividono.

Accanto ad una prima ricostruzione secondo la quale l'adeguamento del contratto prescinderebbe dalla previa rinegoziazione delle condizioni contrattuali da parte dei contraenti, e sarebbe perciò direttamente operato dal giudice¹², se ne pone un'altra, maggioritaria in dottrina e preferibile, che riesce a mantenere coerenza col principio di autonomia privata. L'istituto di cui al § 313 riconoscerebbe il diritto di ottenere l'adeguamento contrattuale esclusivamente all'esito di una rinegoziazione dei nuovi contenuti con l'altra parte, e cioè a condizione che fra le stesse intervenga un accordo sul punto. In caso contrario, non vi sarebbe altra via che quella del recesso con correlativo diritto al risarcimento dei danni. Si tratta di una soluzione coerente anche con i principi di correttezza e buona fede fra le parti, da cui deriva, in definitiva, la doverosità della partecipazione alle trattative per l'adeguamento¹³.

¹¹ Sul punto E. Tuccari, *Riforma del codice civile e diritto privato europeo: verso un'armonizzazione "in senso debole"?*, in P. Sirena (a cura di), *Dal 'Fitness Check' alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, 2019, 315-316.

¹² Questa è la lettura più forte che, in una prospettiva di massima tutela, consentirebbe alla parte svantaggiata di poter prescindere dalla collaborazione dell'altro e di rivolgersi direttamente all'autorità giudiziaria per ottenere la modifica delle condizioni. Continuerebbero, però, a non essere chiari i margini d'azione del giudice, specie nelle ipotesi in cui il riequilibrio non passi semplicemente attraverso una rideterminazione del *quantum* monetario. Per la parte (minoritaria) della dottrina favorevole alla ricostruzione di un vero e proprio obbligo di rinegoziare, si veda H. Heinrichs, *Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage: Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB*, in S. Lorenz et Alii (Hrsg.), *Festschrift für A. Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, 182 ss.

¹³ Come riporta E. Tuccari, *op. loc. cit.*, questa è la posizione di H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 2015, 407 ss. (versione italiana, rivista, aggiornata ed ampliata da S. Patti: H. Kötz - S. Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2017, 10 ss.). Per una recente panoramica della letteratura tedesca dell'obbligo legale di rinegoziazione dopo l'introduzione del § 313 BGB, C. Thole, *Renaissance der Lehre von der*

La disciplina emergenziale del 2020 è andata solamente ad arricchire questo quadro¹⁴; tanto che l'istituto dell'adeguamento di cui al § 313 BGB ha saputo dare buona prova di sé con riferimento alla gestione delle sopravvenienze squilibranti da Covid-19 che hanno comportato un'alterazione del fondamento negoziale¹⁵. Probabilmente l'ordinamento tedesco è quello che ha mostrato maggiore prontezza nel governo degli effetti della pandemia sui contratti. Si registra addirittura una pronuncia di una Corte di ultima istanza, la Corte Suprema federale, in materia di locazione di immobili ad uso commerciale. La Bundesgerichtshof ha chiarito come le ordinanze di urgenza dell'Autorità regionale locale e del Governo centrale che avevano disposto la chiusura dei locali commerciali, costituiscono dei provvedimenti di diritto pubblico (*factum principis*) tali da inverare una circostanza idonea ad alterare significativamente il fondamento della contrattazione ai sensi del § 313 BGB¹⁶. Interessante e problematica, però, è la misura che questa pronuncia ritiene sia legittimo adottare in applicazione del combinato disposto del § 313 e del più generale canone di buona fede di cui al § 242 BGB. Al fine di attuare una ragionevole condivisione delle conseguenze delle misure emergenziali, viene consentita la riduzione giudiziale del canone di locazione alla metà dell'importo originario per il periodo di chiusura totale della attività commerciale; mentre l'importo viene mantenuto nella sua misura integrale con riferimento ai periodi privi di restrizioni¹⁷. Con la conseguenza

Neuverhandlungspflicht bei § 313 BGB?, in *JuristenZeitung*, 2014, 443 ss. Sull'obbligo dei contraenti di collaborare per raggiungere l'adeguamento del contratto, BGH, 30 settembre 2011, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, 373, con nota di J. D. Lüttringhaus, *Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2013, 266 ss.

¹⁴ Per un esame approfondito delle misure adottate dal legislatore emergenziale tedesco a partire dal mese di marzo 2020, F. Azzarri, *Corona-Krise e diritto tedesco delle obbligazioni e dei contratti: le sopravvenienze della pandemia tra BGB e legislazione speciale*, in *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, a cura di E. Navarretta, Pisa, 2021, 145-189. Di rilievo è stata l'introduzione del nuovo art. 240 EGBGB "Regole di diritto contrattuale dovute alla pandemia Covid-19", che, in vario modo, ha attribuito a diverse categorie di debitori la facoltà di temporaneamente rifiutare, interrompere o rinviare l'esecuzione della prestazione, allorché, in ragione della crisi sanitaria, si siano trovati nell'impossibilità di fare materialmente o economicamente fronte all'adempimento delle proprie obbligazioni.

¹⁵ L'istituto del § 313 BGB è stato considerato non sovrapponibile ai rimedi a tutela del debitore che a causa della pandemia si trovi in difficoltà finanziaria, di cui al citato art. 240 EGBGB. Si discute, invece, circa l'ordine di applicazione. Probabilmente la regola dell'adeguamento dovrebbe essere ad applicazione residuale o postergata rispetto all'ipotesi in cui risultino integrati i presupposti della disciplina speciale emergenziale. In particolare, le sopravvenienze a cui l'istituto del § 313 BGB è capace di reagire sarebbero essenzialmente tre: la maggiore onerosità che, per effetto dell'aumento dei prezzi in ragione della pandemia, potrebbero subire determinate prestazioni; le materiali complicazioni della fase attuativa del rapporto; la diminuzione (o la venuta meno) dell'interesse del creditore alla prestazione. Se normalmente il rischio che la prestazione non possa più essere utilmente impiegata grava sul creditore, tuttavia è possibile che una certa opzione di utilizzo per un dato scopo possa integrare un elemento costitutivo del fondamento negoziale, allorché essa sia conosciuta e nota all'altro contraente, ed in definitiva condivisa, in quanto esplicitata come obiettivo di realizzazione di quel contratto. Sul punto ancora F. Azzarri, *op. cit.*, 157 ss.

¹⁶ BGH, 1° aprile 2021, 8 U 1099/20, in *openjur.de*, 2021.

¹⁷ S. Aceto Di Capriglia, *op. cit.*, 26 ss. Nel caso di specie si trattava di un conduttore di un immobile adibito ad uso commerciale che, a causa della chiusura delle attività commerciali e della contrazione delle entrate,

che, essendosi così appianata la cifra dello squilibrio, non potrà essere accolta la richiesta di scioglimento del contratto avanzata dalla controparte, oramai contraria alla buona fede oggettiva ed irragionevole anche sul piano della reciproca convenienza economica. La Corte muove evidentemente dalla presunzione (non legale) che ove la chiusura di una attività commerciale si protragga per un tempo rilevante, identificato in almeno un mese o più, vi siano state delle “conseguenze esistenziali significative”, tali da abilitare un’operazione giudiziale sulla misura del canone locativo¹⁸. L’unica circostanza da vagliare è la sussistenza di un nesso eziologico di derivazione diretta fra la sopravvenienza squilibrante non prevedibile e l’inadempimento. Compiuta questa prima verifica uguale per ogni rapporto di durata, occorre poi eseguire un controllo ulteriore, calato sulle specificità del singolo contratto, al fine di valutare se effettivamente quell’evento imprevisto non sarebbe potuto rientrare nel novero del rischio ordinario di cui la parte normalmente si fa carico in contrattazioni di quel tipo (area del rischio consentito). Ove anche questa seconda verifica dovesse dare riscontro positivo, si potrà concedere al debitore incolpevole il diritto di chiedere al giudice, in mancanza di accordo col creditore, una ridefinizione delle condizioni economiche dell’accordo. Ebbene, mentre in dottrina se ne continua a dare prevalentemente un’interpretazione letterale, l’adeguamento di cui al § 313 BGB si rivela un strumento delicato nella pratica. Benché non si faccia testualmente riferimento ad un obbligo di rinegoziare, le applicazioni dell’istituto dell’adeguamento hanno mostrato, in tempo di pandemia, una certa attitudine a forzarne la lettera.

2.2. La soluzione francese

In Francia il *malaise* nei riguardi di un codice rimasto sostanzialmente intatto dal 1804 cominciava a levarsi già agli inizi del 2000. Il previgente testo dell’art. 1134, 1er alinéa, del Code Napoléon, scolpiva l’insegnamento di Domat sulla fondamentale forza obbligatoria di legge ed intangibilità dell’accordo originario, ed impediva al giudice di intervenire per modificare il contratto, ancorché, a fronte di

era rimasto inadempiente in ordine al pagamento del canone. L’interpretazione del § 313 BGB resa dalla Corte conduce a ritenere che nessuna delle due parti può essere tenuta a sopportare, da sola e per l’intero, ogni possibile conseguenza, rischio od avversità, astrattamente verificabile nell’ambito di un rapporto improntato, ai sensi del più generale canone del §242 BGB. Entrambi i contraenti dovranno sopportare e condividere le conseguenze lesive derivanti dall’imprevisto pandemico. L’A. (*op. cit.*, 27 s.) suggerisce anche il confronto con la pronuncia che conclude in senso analogo, OLG Dresden, 24 febbraio 2021, 5 U 1782/20, in *openjur.de*. La Corte di secondo grado, riformando quanto ritenuto dal primo giudice ritiene che, ai sensi del § 313 BGB, il canone di locazione relativo all’immobile condotto per la gestione dell’attività commerciale di vendita al dettaglio debba essere ridotto della metà con riferimento al periodo di totale chiusura, e che invece rimanga dovuto per l’intero riguardo al periodo successivo in cui erano cessate le restrizioni.

¹⁸ BGH, 1° aprile 2021, *cit.*, par. 122.

circostanze sopravvenute, una delle obbligazioni fosse divenuta sensibilmente più costosa per una delle parti. A seguito di un protratto processo legislativo¹⁹, al nuovo art. 1195 è stato previsto lo strumento della *révision pour imprévision*, così editando un regime di eccessiva onerosità sopravvenuta affatto particolare non tanto circa i presupposti quanto sul piano delle tutele. Procedimentalizzando l'agire della parte svantaggiata secondo un *processus fait de plusieurs étapes*, è stato riconosciuto anzitutto di poter domandare alla controparte la rinegoziazione dell'accordo originario (pur continuando ad eseguire le proprie prestazioni) al fine di conservare il rapporto. Nel caso di insuccesso di questa prima fase di rinegoziazione volontaria fra le parti, per il rifiuto dell'altro o per il fallimento della trattativa, ai contraenti è dato ancora di poter giungere liberamente ad un accordo in uscita, ossia ad un accordo sulle condizioni e sulla data dello scioglimento; ovvero, in alternativa, di poter chiedere congiuntamente al giudice di provvedere all'adeguamento del contratto, suggerendo metodi e criteri orientativi. In terzo luogo, in assenza di un accordo fra le parti, trascorso infruttuosamente un intervallo ragionevole di tempo e su domanda anche di uno solo dei due, il giudice potrà decidere delle sorti di quel contratto, nel senso dell'adeguamento o dello scioglimento, secondo criteri di sua originale individuazione. La terza tappa può quindi condurre alla eterodeterminazione in adeguamento del contenuto del contratto, senza alcun preventivo accordo su quelli che saranno i criteri dell'intervento giudiziale. La novità della *révision pour imprévision* sembra aver suscitato consensi parziali e numerose perplessità²⁰. Plauso va al carattere rivoluzionario, ammesso che sia un valore in sé²¹. Tuttavia, in occasione della recente crisi pandemica, non sembra essersi registrato un significativo ricorso all'art. 1195, né una reazione giurisprudenziale paragonabile a quella delle Corti alemanne. Si assiste ad una

¹⁹ Sulla riforma del *Code civil* scandita per tappe, sin dall'*avant-projet Catala* dei primi anni duemila: G. Terlizzi, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.; L. Coppo, *Osservatorio sul diritto europeo. Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 311 ss.; E. Tuccari, *Note sull'introduzione della 'révision pour imprévision' nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1517 ss.

²⁰ Come osserva E. Tuccari, *op. ult. cit.*, 1533 ss., il bilancio sulla riforma francese non può essere totalmente positivo. Sollevano parecchie perplessità sulla nuova disciplina, fra gli altri, Y.-M. Laithier, *Comment le hardship s'invite à tort en droit français*, *Rev. contr.*, 2015, 458 s.; L. Andreu, N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Paris, 2017, I éd., 237-238; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Paris-Bruxelles, 2016, II éd., 442 s. Serie sono state le preoccupazioni provenienti dal settore dell'imprenditoria francese di fronte alla riforma sulla *révision*. L'assetto rimediabile tratteggiato dall'art. 1195 non sembra costituire uno strumento per attrarre investimenti nell'ambito di applicazione del *Code civil*, e ciò in quanto il valore della certezza giuridica finisce per essere sacrificato sull'altare di (presunte) ragioni di giustizia contrattuale.

²¹ La giurisprudenza francese per anni si era semplicemente attenuta all'orientamento della risalente Corte di Cassazione del 1896 sul caso del *Canal de Craponne*, che applicava in modo molto rigoroso il principio di irrevocabilità delle disposizioni contrattuali letteralmente tratto dall'art. 1134 ed escludeva che, in seno al giudizio, potessero essere presi in considerazione il tempo e le mutate circostanze al fine di modificare gli accordi.

divaricazione fra un ramo normativo all'avanguardia e un ramo giurisprudenziale sostanzialmente paralizzato. Le Corti di merito hanno mostrato un atteggiamento poco convinto e poco fiducioso che tradisce una ancora attuale fedeltà al *pacta sunt servanda*²². A dire il vero il problema dell'atteggiamento delle corti francesi circa la concreta applicabilità del 1195 sembra essere più generale: da parte della Cassazione Francese non se ne registrano proprio applicazioni dal 2017 al 2019. Ogniquale è stato portato all'attenzione dei giudici di merito, l'istituto sembra aver ceduto il passo alla clausola di forza maggiore, preferita anche per ragioni di familiarità²³.

È lecito domandarsi che cosa della *révision* abbia funzionato meno bene rispetto all'adeguamento alemanno. In parte influiscono ragioni temporali di applicabilità della disciplina della rinegoziazione francese, più giovane di quella tedesca; ma il problema non può essere ridotto a tanto. Il confronto fra i due nuovi istituti rivela un allineamento solo parziale delle scelte legislative. Una prima diversità consiste nell'aver previsto, o nel non aver invece fissato, un ordine fra il rimedio manutentivo e quello estintivo. Mentre il § 313 BGB delinea una gerarchia rimediaria e prevede il meccanismo dell'adeguamento come prioritario all'opzione dello scioglimento del vincolo, l'art. 1195 del Code (in linea, in questo caso, con i progetti di diritto privato europeo), attribuisce alla parte onerata la facoltà di scelta fra due rimedi equiparati e giustapposti. In secondo luogo, la disciplina francese riserva ogni tutela alla parte svantaggiata, mentre quella avvantaggiata dalla *imprévision* non ha potere alcuno d'iniziativa e finisce per sottostare all'opzione dell'altro circa le sorti del loro rapporto. Non è in grado di poter prevedere né conoscere anticipatamente quale sorte toccherà in destino al contratto originario, se esso sarà o meno mantenuto. Un'altra differenza si coglie nella predisposizione, da parte del § 313 BGB (similmente ai progetti di diritto privato europeo), di criteri che, per quanto generici e generali, abbiano l'attitudine a guidare il processo di adeguamento del rapporto. E nella correlativa assenza, nell'ambito della *révision*, del benché minimo parametro volto ad indirizzare l'intervento di revisione giudiziale²⁴. Questo rappresenta uno dei profili che più significativamente può aver

²² La Corte d'Appello di Colmar ha optato per l'applicazione della clausola di forza maggiore con riferimento al passaggio della zona dell'Alto e del Basso Reno da rischio "2" a rischio "3", qualificando le misure restrittive emergenziali come eventi eccezionali, straordinari e imprevedibili, causa di una sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione per il debitore, e del conseguente scioglimento del rapporto senza responsabilità alcuna. Così *Cour d'appel de Colmar*, 16 marzo 2020, n. 20/01142, in *dalloz.fr*.

²³ Come rileva S. Aceto Di Capriglia, *op. cit.*, 33, i giudici francesi hanno avuto l'occasione di escludere che anche la diffusione di un virus potesse effettivamente integrare le caratteristiche di un evento di forza maggiore (così *Cour d'appel de Basse-Terre*, 17 dicembre 2018, n. 17/00739, in *legifrance.gouv.fr*). Non si sarebbe trattato di un evento straordinario e imprevedibile, né tanto meno irresistibile dal punto di vista medico-sanitario.

²⁴ L. Coppo, *op. cit.*, 322 s.

inciso sulla differente spendibilità del rimedio che si è osservata nelle soluzioni giurisprudenziali. Senza criteri predeterminati (come ad esempio il riferimento a certe determinate percentuali del prezzo originario) o variabili (come avrebbe potuto essere perlomeno il richiamo all'equità o alla ragionevolezza) a cui l'intervento possa essere conformato, al giudicante non rimane che adeguarsi ai soli elementi di fatto introdotti concretamente dalle parti. Ciò rischia di condurre ad una non appropriata divaricazione fra le varie revisioni approntate, con pregiudizio per la prevedibilità delle decisioni e per la certezza del diritto. La sillaba della norma francese ne rende più complessa la spendibilità pratica anche con riferimento a ciò che prescrive in più rispetto a quella tedesca. L'art. 1195 Code civil richiede *expressis verbis* che l'evento non rientri nel rischio ordinariamente connesso allo svolgimento dello specifico rapporto contrattuale. E quindi il problema diventa innanzitutto quello di riconoscere la pandemia da SarS-CoV-2 come evento idoneo a determinare un mutamento sopravvenuto delle circostanze, capace di inficiare il sinallagma in quanto oggettivamente imprevedibile al momento perfezionativo di quello specifico contratto. Ancora non si registra una pronuncia della Court de Cassation che sancisca, col sigillo del più alto grado d'autorità, la via della *révision* per l'assorbimento delle sopravvenienze squilibranti post-pandemiche, a differenza di come invece ha già ritenuto la Corte Suprema federale tedesca. Questa previsione toglie di mezzo non solo, com'è ovvio, tutti i contratti stipulati oramai tenendo a mente l'evento pandemico, ma anche tutti quelli stipulati a partire dal momento in cui l'evento pandemico e tutte le sue conseguenze non potevano certo ritenersi più ragionevolmente prevedibili²⁵.

3. *La costruzione della disciplina delle sopravvenienze in Italia*

L'impossibilità sopravvenuta è stata disciplinata da tutti i codici ottocenteschi della famiglia di civil law, fedele alla conclusione che *ad impossibilia nemo tenetur*; non altrettanto può dirsi per quanto riguarda l'altra tipologia di sopravvenienze, quelle non impossibilitanti, rappresentate dalla categoria della eccessiva onerosità. Mentre l'impossibilità della prestazione già nel codice italiano del 1865 era trattata col rimedio gravoso della risoluzione e comportava l'automatica liberazione del debitore²⁶, in assenza di una disciplina positiva del fenomeno dell'eccessiva

²⁵ M. Fabre, *Covid 19 et révision pour imprévision*, 5 maggio 2020, in *affiches-parisiennes.com*. E questo *tempus* potrebbe farsi risalire già al gennaio 2020 o al massimo al mese di marzo successivo. La Dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità è del 30 gennaio 2020. Quindi dall'imprevedibilità della pandemia possono essere coperti solo i contratti perfezionatisi prima del 31 dicembre 2019. In Francia le prime misure governative restrittive emergenziali sono state adottate a partire dal 12 marzo 2020.

²⁶ Nel codice del 1865 il regime generale dell'impossibilità sopravvenuta era affidato a poche norme contenute tutte nella parte relativa alle obbligazioni (e non ai contratti): l'art. 1298, relativo alla perdita, allo

onerosità sopravvenuta²⁷, si era aperto un aspro dibattito fra le opzioni del *pacta sunt servanda* o del *rebus sic stantibus*. Il codice del 1942 ha limitatamente accolto il secondo principio, accomunando il regime delle sopravvenienze nel segno dello scioglimento del vincolo, ma lasciando dei margini di recupero nel caso di un'alterazione eccessiva dell'equilibrio delle prestazioni. E ciò ha generato da sempre dubbi e perplessità. Tutte quelle posizioni che, sulla scorta dell'una o dell'altra argomentazione, avevano dapprima sostenuto la necessità di introdurre una disciplina ad hoc per le sopravvenienze non impossibilitanti, all'alba dell'introduzione del 1467 c.c., si tramutarono in altrettante tesi sull'individuazione della ratio giustificatrice della norma.

Nell'ambito della teoria oggettiva, la tesi maggioritaria ha sostenuto che la sopravvenienza contemplata dall'art. 1467 c.c. avrebbe fatto venire meno l'elemento della causa²⁸. Si è anche posto l'accento sulla necessità di tutelare il contraente contro il rischio di un'alterazione non prevista del rapporto di valori compendiato nel contratto²⁹. Si è sostenuto che la norma pervenisse ad una forma di tutela a fronte del difetto parziale di causa, presa in considerazione sia nel momento genetico che in quello funzionale del rapporto negoziale³⁰. Sempre nell'ambito delle teorie oggettive si è sostenuto che il fondamento della risoluzione per eccessiva onerosità andasse individuato in un difetto non già della causa ma dell'oggetto, quando privo della determinatezza prescritta dall'art. 1346 c.c.³¹. Altri hanno individuato il fondamento del rimedio in un'estensione delle ipotesi di impossibilità e quindi nell'ambito funzionale del contratto stesso, e cioè collocando

smarrimento e alla messa fuori commercio della cosa, quali modi di estinzione delle obbligazioni; e gli artt. 1225 e 1226, relativi alla liberazione del debitore nel caso di inadempimento derivante da causa estranea a lui non imputabile, causa fortuita o forza maggiore. E comunque, anche riguardo ad esse, si dibatteva se fossero espressive di un principio generale nel governo delle sopravvenienze o, all'opposto, di eccezioni alla regola. Per una ricostruzione storica: G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, II, 317 ss.

²⁷ Il silenzio del codice del 1865 sul punto faceva eco a quello del *Code Napoléon*, che contemplava l'esito dello scioglimento del contratto solamente in caso di impossibilità. Sull'evoluzione che ha condotto al modello codicistico italiano di governo delle sopravvenienze, F.P. Traisci, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law*, Napoli, 2003, 33 ss.

²⁸ E. Redenti, *Sulla nozione di eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 343 ss.; A. Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Padova, 1952, 80 ss.

²⁹ F. Messineo, *Dottrine generali del contratto*, 3ª ed., Milano, 1948, 517 ss.: « (...) la legge pur non esigendo l'equivalenza oggettiva fra le prestazioni, esige, però, che il rapporto fra le prestazioni stabilitosi al momento della conclusione del contratto (...) si mantenga, poi, inalterato in sede di esecuzione dello stesso »; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, libro IV, tomo II, 2ª ed., Torino, 1967, 582 ss.

³⁰ Questa la posizione di A. Pino, *op. cit.*, 127 ss.: « sia per la dottrina che considera la volontà come un presupposto, sia per quella che la ritiene un requisito o la identifica con il contenuto stesso del negozio, sembra doversi accogliere la tesi, autorevolmente sostenuta, secondo la quale il fondamento deve ritenersi collegato con la causa del contratto ».

³¹ L. Moruzzi, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, in *Temì*, 1954, 262 ss.

idealmente l'eccessiva onerosità nell'ambito delle cause di estinzione delle obbligazioni³².

Sull'opposto versante delle teorie soggettive (diffuse per vero anche in giurisprudenza), è stato sostenuto che l'art 1467 c.c. fosse fondato sull'esigenza di tutelare la volontà delle parti, deducendo che proprio attraverso questa norma fosse stato introdotto nell'ordinamento l'istituto della presupposizione³³. Si è sostenuto che la ratio del rimedio andasse individuata nella necessità di salvaguardia contro i rischi dell'aggravamento economico della propria prestazione, sulla base del presupposto che le parti ne avrebbero voluto un'equa ripartizione³⁴, sempre escludendo che al rimedio fosse sotteso un problema di causa³⁵.

In senso critico sia rispetto a quest'ultimo filone di teorie soggettive che in particolar modo contro quelle oggettive, è stato poi sostenuto che la ratio dell'art. 1467 c.c. risiederebbe nell'esigenza di equità nella cooperazione fra le parti per la gestione condivisa dei rischi eccedenti l'alea normale del contratto, o nell'esigenza di speciale tutela dell'obbligato ai sensi degli artt. 1374 e 1375 c.c., che impedirebbero rispettivamente di pretendere e di eseguire una prestazione divenuta sproporzionata³⁶. È stato sostenuto che la norma dell'art. 1467 c.c. interverrebbe non già per conservare il generico principio dell'equilibrio contrattuale, quanto piuttosto l'equilibrio specifico del singolo contratto così per come concepito e voluto dalle parti³⁷. E che la ratio fosse invece la volontà fondamentale del legislatore di fissare dei limiti alla libertà delle parti di obbligarsi contrattualmente, al fine di dare rilevanza non solo all'oggetto, ma anche al valore della prestazione, ed ottenendo così una forma di distribuzione del rischio relativo alla variazione della previsione delle parti³⁸.

Con riferimento alla previsione di cui al comma III dell'art. 1467 c.c., sono state isolate una serie di problematiche³⁹. Ci si è chiesti se il rimedio che consente al creditore di evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente il contratto sia

³² A. De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, 20 ss.

³³ G.B. Ferri, *Dalla clausola "rebus sic stantibus" alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrim.*, 1988, e poi in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, 512: « in realtà la presupposizione consiste nella previsione che la situazione iniziale, su cui la conclusione del contratto si è fondata, rimanga sostanzialmente immutata o non subiscano variazioni, oltre il limite dell'alea inizialmente prefigurata assunta ».

³⁴ M. Giorgianni, *L'art. 1467 e le leggi speciali per l'adeguamento dei canoni d'affitto dei fondi rustici*, in *Scritti minori*, Napoli, 1988, 113 ss.

³⁵ C.M. Bianca, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1997, 389: « fondamento della norma sull'eccessiva onerosità è allora l'esigenza di contenere entro i limiti di normalità l'alea di aggravio economico della prestazione », mentre la causa in ogni caso potrà sempre essere concretamente ancora perseguita.

³⁶ M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, rist. 1975, 331 ss.

³⁷ P. Tartaglia, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1981, 46 ss.

³⁸ R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 660 ss.

³⁹ Per un'efficace sintesi del dibattito, F.P. Traisci, *op. cit.*, 91 ss.

o meno della stessa natura di quello di cui al successivo art. 1468 c.c., che attribuisce al debitore unico obbligato il diritto di chiedere una riduzione della prestazione ovvero una modificazione delle sue modalità esecutive, al fine di ricondurla ad equità. È stato sostenuto che i rimedi abbiano un fondamento differente: mentre il 1467 c.c. concederebbe eminentemente un rimedio al soggetto gravato dalla sopravvenienza (e cioè la risoluzione) e, solo come secondario limite all'esercizio della predetta facoltà, la possibilità di evitarla mediante offerta di riconduzione ad equità; l'art. 1468 c.c. invece predisporrebbe esclusivamente il rimedio della riduzione ad equità⁴⁰. Una posizione diffusa è stata quella tesa ad individuare i tratti comuni dei due rimedi fra loro, ed anche rispetto a quello di cui all'art. 1450 c.c. in tema di rescissione⁴¹: si tratterebbe di rimedi pensati per problemi analoghi⁴². Anche il fondamentale quesito pratico relativo alla natura ed alle modalità dell'offerta sembrerebbe trovare un comune senso ed una comune misura, non tanto nella conquista di un equilibrio assoluto delle prestazioni, quanto, piuttosto, nella riduzione della parte di onerosità ritenuta eccedente (eccessiva)⁴³, volta a rendere il contratto nel suo insieme equo⁴⁴ o comunque a ricondurlo entro i limiti dell'alea normale⁴⁵.

La dottrina più tradizionale ha studiato i limiti del potere d'intervento del giudice, in grado solamente di ritenere valida l'offerta formulata in un preciso ammontare o di specificarne la concreta portata individuando le esatte clausole da modificare, ove formulata come proposta generica⁴⁶.

Un più moderno orientamento ha poi ipotizzato che dalla norma di cui al comma III del 1467 c.c. potesse derivare, ad entrambe le parti, il potere di intervenire sul regolamento; e ciò sulla base di una clausola implicita di rinegoziazione in bianco ricompresa in ogni patto⁴⁷. Nonché il potere del giudice di svolgere ogni attività necessaria a garantire la conservazione del contratto, compreso apportare modifiche al regolamento così come espresso dalla volontà dei contraenti⁴⁸. Negare queste possibilità vorrebbe dire non sfruttare appieno il novero delle tutele disponibili per la gestione delle sopravvenienze; il codice avrebbe quindi compiuto

⁴⁰ E. Enrietti, *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, I, *Commentario* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1948, 901 s.

⁴¹ E. Redenti, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 576 ss.

⁴² F. Panuccio Dattola, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, VII, 39 ss.; A. De Mauro, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, 40 ss.

⁴³ E. Enrietti, *op. cit.*, 903;

⁴⁴ R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, 3^a ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1972, IV, 2, 293; A. Cataudella, *I contratti, Parte generale*, 2^a ed., Torino, 2000, 204.

⁴⁵ E. Gabrielli, *Alea e svalutazione monetaria nell'offerta di riduzione ad equità*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 724.

⁴⁶ Per tutti, si veda P. Gallo, *Sopraavvenienza contrattuale*, cit., 209 ss.

⁴⁷ Per questa tesi V.M. Cesaro, *Clausola di rinegoziazione*, cit.

⁴⁸ P. Gallo, *op. ult. cit.*, 409 ss.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 310 ss.

una scelta riduttiva e restrittiva non esplicitando questi altri rimedi possibili. Da qui propriamente origina tutto il dibattito.

4. *La teoria positiva della rinegoziazione*

In Italia, dove ancora si attende quel processo di rivitalizzazione del codice, uno dei punti sui quali più urgentemente si chiede di intervenire è proprio quello della rinegoziazione⁴⁹.

La teoria dell'obbligo di rinegoziare è ciclicamente stata sospinta dall'esigenza di superare la limitatezza dei rimedi interni caducatori. Non che l'art. 1467 c.c. ignorasse il principio di conservazione degli effetti del contratto, che si assume invece insito sia nella nozione legislativa di alea normale di cui al II comma, che nella stessa offerta di riconduzione ad equità del III comma. Ma costringere il fenomeno della rinegoziazione esclusivamente entro il prisma dell'art. 1467 c.c. non sembrava soddisfacente, muovendosi la norma solo entro la stretta alternativa fra il raggiungimento di un accordo modificativo stragiudiziale (o al massimo in occasione del processo) e la riduzione ad equità su iniziativa della sola parte avvantaggiata. Lasciando quella onerata, invero la più bisognosa fra le due, concretamente priva della possibilità di disporre dei propri interessi. Col tempo si sono venuti a delineare due filoni, uno a favore e l'altro contro l'obbligo di rinegoziazione. Ma i numerosi problemi in ordine all'individuazione di una fonte legale di riferimento e di rimedi per il caso di inadempimento hanno reso non omogenee le posizioni anche nell'ambito della più generale teoria positiva.

Una prima tesi ha fondato tutto l'impianto della rinegoziazione sull'applicazione analogica dell'art. 1467 c.c.⁵⁰: la sopravvenienza integrerebbe i caratteri del fatto straordinario ed imprevedibile, foriero dello squilibrio rilevante. E qui si è inserita

⁴⁹ In sede di "Delega al Governo per la revisione del codice civile" si adombrava l'introduzione nel codice di un dovere di rinegoziazione (ddl Senato n. 1151/2019, art. 1, comma 1, lett. i). Il tentativo più concreto di tradurre queste intenzioni in un testo normativo è stato quello dell'ASSOCIAZIONE CIVILISTI ITALIANI, *Una riflessione e una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, in *civilistiitaliani.eu* (ult. agg. maggio 2020), che ha elaborato il testo di un nuovo possibile art. 1468 bis del codice, ove la rinegoziazione è costruita come potere della parte svantaggiata di domandare la ridefinizione delle condizioni contrattuali, presentando una proposta di equa modificazione. Rimettendo poi all'altra parte, qualora non accetti la proposta, di fare ostensione dei motivi del diniego o delle sua eventuale controproposta entro un tempo ragionevole. Al giudice non verrebbe riconosciuto alcun potere diretto di intervento sulla ridefinizione degli assetti, ma solo quello di pronunciare la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c. in caso di inerzia nella rinegoziazione o di ingiustificato rifiuto di condizioni eque.

⁵⁰ Descrive tutte le potenzialità applicative dell'eccessiva onerosità A. Pino, *op. cit.*, 175: « (...) ai fini degli artt. 1467 e ss., non è rilevante solo il contratto dal quale ha avuto origine il rapporto, ma acquista un particolare valore la funzione del tempo, nel senso, cioè, che il rapporto può essere risolto e la prestazione ridotta, quando l'eccessiva onerosità si verifichi su una prestazione, l'esecuzione della quale sia in relazione a un bisogno protratto o differito della parte ».

anche l'idea di un peculiare collegamento con l'equità⁵¹. Tuttavia questa tesi non è riuscita a risolvere il problema della limitazione dell'iniziativa (oltretutto non coercibile) in capo ad una sola parte. Se ne è corretta la ricostruzione⁵²: per le sopravvenienze tipiche la regola sarebbe quella della proposta di riconduzione ad equità di cui al comma III del 1467 c.c., che, letto alla luce della buona fede oggettiva, fonderebbe l'obbligo vero e proprio di rinegoziazione. Per le sopravvenienze atipiche, invece, non opererebbe la regola sull'offerta di *reductio ad equitatem*, capace di materializzare l'obbligo di rinegoziare solo in capo alla parte svantaggiata destinataria della proposta di modifica; ma in capo ad entrambi i contraenti sussisterebbe un obbligo ex artt. 1366, 1374, 1375 c.c. di trattare la modificazione del contenuto del contratto ai fini dell'adeguamento⁵³. Una ricostruzione alternativa è stata quella fondata sull'art. 1349 c.c. A fronte dell'insorgenza di sopravvenienze squilibranti ed in virtù di un obbligo di rinegoziazione promanato direttamente dell'equità, le parti potrebbero rimettere al giudice la rideterminazione dell'oggetto (e del contenuto) del contratto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1349 c.c.⁵⁴. Ancora, si è optato per far leva sull'art. 1664, comma I, c.c., proponendo un'applicazione analogica della revisione del prezzo nel contratto d'appalto⁵⁵. Tale tesi muoveva da una lettura affatto peculiare dell'istituto sulla revisione del prezzo, elevato a norma trans-tipica, dotata di forza applicativa generale ed estesa ad ogni tipo di attività contrattuale⁵⁶. Un'altra lettura ha suggerito che non esisterebbe uno specifico istituto dell'obbligo di rinegoziazione, ma si tratterebbe di una regola dotata di una sua naturale diffusività che si potrebbe cogliere dall'analisi ed interpretazione sistematica di una pluralità di disposizioni e riferimenti normativi

⁵¹ Sui rapporti fra rinegoziazione ed equità, che non è cogente come la buona fede e soprattutto interviene solo in caso di lacune, si vedano: G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto*, cit.; D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; R. Tommasini, *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.

⁵² Macario, *op. ult. cit.*, 295 ss. e 311 ss.

⁵³ La clausola implicita di rinegoziazione obbligatoria deriverebbe da un'interpretazione e da uno svolgimento secondo buona fede dell'intenzione dei contraenti (F. Macario, *op. loc. ult. cit.*; F. Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, cit., 193 ss.), da un effetto legale dell'equità come fonte d'integrazione del contratto (e questa è precisamente la posizione di R. Sacco, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., 1709 ss.), o dallo stesso obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede ex art. 1375 (ancora F. Macario, *op. loc. ult. cit.*).

⁵⁴ Per approfondimenti sul punto: E. Gabrielli, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. impr.*, 1991, 495 ss.; F. Macario, *Le sopravvenienze*, cit., 2006, 705 ss.; F. Gambino, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 52 ss.; V.M. Cesaro, *op. cit.*, 260 ss.

⁵⁵ Si veda, sull'art. 1664 c.c., il commento del Ministro Guardasigilli, nella Relazione al codice (par. 702): « Un'altra importante innovazione, rispondente alle moderne esigenze del contratto d'appalto, è quella appropriata dall'art. 1664, primo comma, che fa una decisa applicazione dell'art. 1467 relativo all'eccessiva onerosità della prestazione, accogliendo il principio della revisione dei prezzi dell'appalto, quando, per effetto di circostanze sopravvenute, che le parti non potevano prevedere, si sia verificato un sensibile squilibrio nelle rispettive posizioni contrattuali ».

⁵⁶ M. Barcellona, *op. cit.*, 467 ss.

in tema di conservazione del contratto⁵⁷. Infine, una delle ricostruzioni più fortunate ha proposto di fondare l'obbligo di rinegoziazione direttamente sulla buona fede oggettiva per il tramite dell'art. 2932 c.c. Il richiamo all'esecuzione in forma specifica consentirebbe anche di risolvere il problema dell'effettività della rinegoziazione e del rimedio all'inadempimento per mezzo dell'intervento costitutivo-determinativo del giudice. L'obbligo di rinegoziazione sorgerebbe dalla buona fede oggettiva in *executivis* nella sua funzione integrativa del contratto; la buona fede, con la sua forza cogente, si porrebbe quale titolo di un automatico obbligo per le parti di avviare una trattativa per la rinegoziazione. Il giudice, adito sulla base dell'art. 2932 c.c., potrebbe identificare e determinare il contenuto del rinegoziando contratto, attuando l'obbligo coercibile giudizialmente. Di talché si verrebbe a determinare un'efficiente combinazione fra la buona fede integratrice e l'equità applicata nella determinazione *ope iudicis* del contenuto del contratto⁵⁸. Si è chiarito come la ricostruzione fondata sul 2932 c.c. sia compatibile col principio dell'autonomia negoziale in quanto l'attivazione del meccanismo e dell'intervento giudiziale sarebbe sempre in rapporto di simpatia con le parti, e comunque rimessa alla volontà di almeno uno dei due.

Questa fondata sulla buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 c.c.), ma passando per il tramite dell'art. 2932 c.c., è stata la ricostruzione con più vigore sostenuta anche durante il dibattito occasionato dalla recente pandemia⁵⁹. Si è descritta un'articolazione in due step: la fase del ri-contrattare, necessariamente rimessa al libero volere dei paciscenti, e quella del ri-contrarre, come unico vero momento

⁵⁷ Anzitutto l'art. 1467 c.c. e la clausola di buona fede; poi, in materia di somministrazione, l'art. 1560 c.c. a mente del quale l'entità della stessa può essere stabilita nel corso dell'esecuzione, e l'art. 1561 c.c. che individua i criteri sulla base dei quali può essere stabilito il corrispettivo; gli artt. 1537 e 1540 c.c. sulla vendita cumulativa o a misura; l'art. 1623 c.c. relativo alla gestione delle sopravvenienze in materia di affitto; ovviamente l'art. 1664 c.c. e gli artt. 1659-1660 c.c. relativi alle variazioni concordate o necessarie del progetto nell'appalto (A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 704 ss.); l'art. 1686 c.c. sulle istruzioni fornite dal mittente per il caso di impedimento del trasporto; o l'art. 1710 c.c. relativo alle modifiche del mandato per circostanze sopravvenute. Oppure nella legislazione speciale: in materia locatizia, riguardo agli immobili ad uso abitativo (art. 2, comma V, l. 9 dicembre 1998, n. 431), o in alcune tipologie di mutuo (art. 46, l. 23 dicembre 1999, n. 488; art. 29, l. 13 maggio 1999, n. 133).

⁵⁸ Sul punto, F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 425 ss.; F. Gambino, voce *Rinegoziazione*, cit., 10 ss.; T. Galletto, *Clausola rebus sic stantibus* (voce) in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2004, 18.

⁵⁹ Moltissimi attualmente i fautori della tesi che argomenta a partire dall'art. 2932 c.c.: F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, cit.; G. Sicchiero, voce *Rinegoziazione*, cit., 774 ss.; C. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss.; Id., *Adeguamento e rinegoziazione*, cit.; F. Grande Stevens, *op. cit.*, 193 ss.; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, cit., 796 ss.; M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare*, cit., 476 ss. Questa la posizione condivisa ufficialmente dalla Corte di Cassazione nella nota relazione dell'UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, *Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, in *cortedicassazione.it*. La relazione espressamente delinea la rinegoziazione fondata buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto *ex art. 1375 c.c.* quale cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute.

enforceable della sequenza. E si sono registrate anche pioneristiche decisioni in cui è stato operato un intervento giudiziale di riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali alle quali la pandemia aveva fatto perdere l'equilibrio⁶⁰.

5. *La teoria negativa*

Un'impostazione ragionata della questione relativa alla rinegoziazione richiede di interrogarsi sull'astratta idoneità di un simile obbligo ad operare in un quadrante codicistico appuntato su coordinate opposte.

Nell'ambito del recente contenzioso coronavirus, che appare il banco di prova più veridico per cogliere lo stato dell'arte circa la teorica della rinegoziazione, si è distinto anche un filone giurisprudenziale più rigoroso che ha negato la possibilità di riconoscere una tutela costitutiva all'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare. E ciò sia sulla base della normativa emergenziale, che non ha fornito alcun sostrato idoneo a fondare un obbligo di rinegoziazione, sia, più in generale, sulla scorta di un'interpretazione sistematica. L'intervento del giudice dovrebbe rimanere sempre suppletivo e residuale, senza potersi spingere a correggere l'assetto plastico della volontà delle parti pure qualora appaia incongruo. Il giudice si attiene al limite di colmare le lacune riscontrate al più secondo il metro dell'equità di cui al 1374 c.c., in coerenza col programma già divisato ed esclusivamente nei casi eccezionali in cui sia ammesso per legge⁶¹. Non si tratta mai di un intervento dall'esterno o dall'alto, ma di un'operazione condotta all'interno del contratto, fra le sue stesse maglie ed in forza dello stesso, adoperando, per coglierne il senso, gli strumenti dell'ermeneutica di cui agli artt. 1362-1371 c.c. (e specialmente quello della buona

⁶⁰ Si ricordi la nota ordinanza del Tribunale di Roma, sez. VI, del 27 agosto 2020, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*, ove il giudice ha ritenuto di poter ridurre autoritativamente i canoni di una locazione commerciale del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020, e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, a fronte del diniego del proprietario di concedere ad un ristoratore uno sconto sull'affitto. Il tutto facendo applicazione del criterio della buona fede integrativa al fine di riportare il contratto in equilibrio ed entro l'alea negoziale normale. Un altro arresto è arrivato a rigettare una domanda di risoluzione del contratto di locazione ad uso commerciale in ragione delle circostanze del caso concreto e dell'impatto gravoso della sopravvenienza pandemica sulla capacità di adempiere del debitore (Tribunale di Napoli, 19 marzo 2021, n. 785, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*). La parte convenuta aveva sì mancato il pagamento di tre mensilità ma due delle tre rate del canone erano scadute sotto *lockdown*; inoltre la conduttrice aveva nelle more provveduto a rientrare parzialmente del debito ed aveva eseguito i pagamenti successivi a quelli oggetto del giudizio, così dando prova della seria intenzione di voler mantenere in essere il rapporto e conservarne l'efficacia. Per il giudicante tale contegno evidenziava l'assenza di colpa del debitore; e sebbene non si sia giunti ad invocare la diretta operatività del canone di buona fede oggettiva, conducendo invece l'argomentazione sul piano dell'assenza del carattere di gravità dell'inadempimento, si è deciso nel senso della dequotazione del canone, proporzionata alla sopravvenuta diminuzione del godimento in costanza del *lockdown*. Il Tribunale ha giustificato la riduzione con il richiamo al principio generale di sinallagmaticità fra godimento e corrispettivo, per cui l'impossibilità di godere del locale pienamente e nella maniera contrattualmente pattuita è stata riguardata come un'impossibilità temporanea e parziale della prestazione dovuta dal locatore, tale da giustificare un decremento della controprestazione.

⁶¹ Tribunale di Roma, ordinanza del 16 dicembre 2020, in *ilmerito.it*

fede interpretativa ex art. 1366 c.c.)⁶². Anche la dottrina più tradizionale non può ammettere il superamento di tutti quegli indici codicistici che depongono in senso negativo circa un obbligo di rinegoziazione⁶³. La reazione alla crisi del rapporto di corresponsività teleologica tra gli arricchimenti consiste nella regola del *casum sentit debitor*, quale rimedio al fallimento della relazione di corresponsività fra attribuzioni patrimoniali⁶⁴. Si dovrebbe escludere invece il ricorso generalizzato all'art. 1467 c.c., in quanto norma concepita come eccezionale e perciò non estensibile oltre i casi espressamente contemplati⁶⁵. Quanto al richiamo all'art. 2932 c.c., mancherebbe un referente normativo preciso ed adeguato. Tale non potrebbe essere neppure l'art. 1349 c.c., che si riferisce ad un terzo che non è

⁶² Si veda Tribunale di Napoli, 1° aprile 2021, n. 1874, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*: « appare esservi una unanimità di vedute in ordine alla circostanza per cui, pur volendo ricavare dall'ordinamento un ipotetico (ma tutt'altro che pacifico) obbligo di rinegoziazione del contratto (...) un tale obbligo non potrebbe mai tradursi nella coerenza di concludere il contratto modificativo imposto d'imperio dal giudice alle parti, completamente annichilendone l'autonomia contrattuale ». E poi anche: Tribunale di Roma, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*: « non esiste un obbligo di rinegoziazione dei contratti svantaggiosi per una parte, né un potere del giudice di intervenire nel regolamento contrattuale (salvo i casi tassativi previsti dall'art. 1384 c.c.) ». Ed anche Tribunale di Roma, 9 aprile 2021, n. 6174, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*: « appare di chiara evidenza che la rinuncia ad un proprio diritto contrattuale per addivenire ad un accordo costituisca certamente un apprezzabile sacrificio che non può essere preteso dal locatore »; ne deriva che « la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente ». Mentre invece ogni altra condotta « di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo », al pari di una opposizione assoluta e ingiustificata allo svolgimento delle trattative stesse, costituirà un inadempimento di tale obbligo; così Tribunale di Palermo, sez. II civ., 9 giugno 2021, n. 2435, in *ilmerito.it*.

⁶³ Per la tesi tradizionale l'unico rimedio a fronte di sopravvenienze che rispondano ai criteri selezionati dal legislatore è la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; tutte le altre ipotesi, atipiche, non possono che rientrare nel rischio contrattuale (alea normale). Per questa posizione: F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1985, 186; G. Osti, voce *Clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912; F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, II, Milano, 1987, 834 ss. Si comprende come, in questa prospettiva, venga ad assumere tutta un'altra dimensione anche la possibilità di richiamare la disciplina dell'art. 1464 c.c. Non si potrebbe ammettere una riduzione del canone in ragione dell'impossibilità sopravvenuta parziale poiché l'unico aspetto connaturale all'obbligazione gravante sul locatore è la garanzia di tenere a disposizione un bene che conservi le caratteristiche intrinseche funzionali a realizzare l'uso pattuito, esulando dalla sua sfera di riferibilità ogni eventuale forma di sopravvenuta non praticabilità della specifica attività commerciale, come quella introdotta dalla normativa emergenziale, che rientra invece nel tipico rischio di impresa.

⁶⁴ In generale sulle difficoltà teoriche che si incontrano, nell'attuale sistema normativo, in ordine alla configurabilità di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione: A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 701 ss.; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, cit., 796 ss.; M. Barcellona, *op. loc. ult. cit.*; F. Gambino, *op. ult. cit.*; e più di recente, A. Cinque, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, *Contr. impr.*, n. 4/2020, 1707 ss.

⁶⁵ Già la RELAZIONE DEL MINISTRO GUARDASIGILLI al Codice Civile del 1942, Libro IV- Delle obbligazioni, par. 245, chiariva che « La disposizione risponde alla nostra tradizione giuridica che, nel diritto comune, trova affermata la implicita soggezione alla clausola *rebus sic stantibus* », in *consiglienzaforense.it*. La tutela apprestata dal codice al contraente gravato da un evento sopravvenuto imprevedibile ed ingestibile non voleva essere generalizzata.

evidentemente il giudice. E soprattutto non si avrebbe alcun precedente programma negoziale da poter attuare concretamente con una pronuncia costitutiva. Ancora, si è evidenziata l'arbitrarietà dell'operazione analogica costruita sull'art. 1664, comma I, c.c., in materia di revisione del prezzo nel contratto d'appalto⁶⁶. E perplessità non sono mancate pure in ordine alla possibilità di intendere implicitamente inserita nel regolamento contrattuale una clausola di rinegoziazione obbligatoria sui fondamenti della buona fede esecutiva, dell'integrazione ex art. 1374 c.c. (che sarebbe invero equitativa e presupponente la mancanza di una regola legislativa) e dell'art. 1366 c.c. (che si colloca sul piano dell'interpretazione e non della correzione-integrazione del contratto).

L'intero mondo del primo contratto è ispirato all'idea di generale irrilevanza del contenuto economico. Ai fini della validità ed efficacia del reciproco impegno non è richiesta la sussistenza di un oggettivo equilibrio fra le prestazioni; il legislatore si limita a sanzionarne la mancanza solamente quando ricorrano situazioni patologiche di squilibrio. La generale regola di non interferenza del giudice nella definizione o riformulazione degli assetti costruiti dalle parti si impone sia rispetto alla disfunzione sopravvenuta che nei riguardi di quella originaria; tanto nella fase dinamica del contratto, nel suo svolgimento di rapporto, quanto con riferimento alla sua fase genetica. Come le sopravvenienze rilevano solo via d'eccezione, così anche le ipotesi in cui è riconosciuta rilevanza allo squilibrio originario costituiscono fattispecie dotate ciascuna di una propria peculiare ed autonoma ragione giustificativa, non ripetibile e non generalizzabile, né estensibile analogicamente. Si pensi, in questo senso, alle ipotesi di cui all'art. 1384 c.c.⁶⁷,

⁶⁶ Si eccipisce che il criterio del decimo del prezzo originariamente pattuito, essendo un parametro molto specifico e caratterizzante la prestazione di fare, potrebbe applicarsi, al più, a fattispecie contigue all'appalto, come ad esempio il contratto d'opera professionale o il contratto di *engineering*. Sul punto: F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., *passim*; nonché G. Marasco, *op. cit.*, *passim*; A. Pisu, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁷ Sia che si ricostruisca l'istituto come strumento di facilitazione probatoria funzionale alla predeterminazione del danno risarcibile, sia che, dall'altra parte, lo si ricostruisca come pena privata e convenzionale, dotata anche di una portata afflittiva, sempre, in entrambi i casi, si tratterebbe di un potere del giudice non generalizzabile. Nella prima versione volto a mantenere una proporzionalità con il danno effettivamente subito e da riparare; nell'altra finalizzato a mantenere un rapporto di proporzionalità fra pena privata e fatto commesso, evitando un illegittimo approfittamento del creditore. Il potere di esercitare in via officiosa la facoltà di ridurre secondo equità la penale reputata eccessiva non è volto a tutelare la posizione del debitore in sé, ma ad evitare alterazioni negoziali che non sarebbero giustificate né giustificabili a fronte della logica economica della concreta operazione. Sul punto Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Danno e resp.*, 2006, 411, con nota di C. Medici, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, e di A. Riccio, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*.

all'art. 763 c.c.⁶⁸, e all'art. 1815 c.c.⁶⁹. Ed anche nelle ipotesi di cui agli artt. 1447-1448 c.c. e 428 c.c., lo squilibrio contrattuale non rileva mai di per sé, ma solamente ove si accompagni ad un difetto di autodeterminazione contrattuale. È presidiato solo il profilo della giustizia procedurale del contratto: sussistendo le condizioni di capacità del soggetto ed in assenza di vizi del consenso, pressioni o condizionamenti derivanti da un contingente stato di necessità (di bisogno o di pericolo), la scelta contrattuale sarà efficiente ed insindacabile. L'autonomia privata rimane protetta entro una cittadella costruita sulla volontà sovrana delle parti⁷⁰. È questo il portato del principio volontaristico che ha permeato di sé il diritto civile francese ed italiano e che impedisce che il contenuto negoziale possa essere manipolato da terzi, fuori dei casi eccezionali in cui sia consentito, dietro specifico conferimento di potere legale. E tradurre quest'impronta in decisioni prudenti in ordine ad un paventato obbligo di rinegoziazione sembra un atteggiamento di ragionata obbedienza al codice.

5.1. *Il ruolo della buona fede*

La questione della compatibilità in astratto della rinegoziazione obbligatoria con il nostro sistema di diritto civile dialoga con il ruolo assegnato alla buona fede⁷¹. Si tratta di comprendere, cioè, se la clausola di buona fede sia o meno una base funzionale all'introduzione di un obbligo di rinegoziare⁷².

⁶⁸ In materia di rescindibilità del contratto di divisione ereditaria è eccezionalmente ammesso un sindacato del giudice in doppia deroga rispetto ai presupposti previsti, in genere, all'art. 1448 c.c., al fine di garantire il principio di uguaglianza fra i condividenti, e cioè la proporzionalità fra porzione materiale e quota ideale. Ecco l'autonoma ragione giustificativa non generalizzabile. Il potere di sindacato del giudice appare ben contingentato entro limiti addirittura quantitativi, tali da rappresentare dei veri e propri parametri d'intervento.

⁶⁹ A fronte dello squilibrio contrattuale dovuto all'usura eccezionalmente il giudice può fulminare il patto con la gratuità. E qui pure si ravvisa un'autonoma ragione giustificativa, non generalizzabile, né estensibile ad altri contratti: l'esigenza di stabilizzare il mercato del credito e di consentire l'accesso ai risparmiatori.

⁷⁰ La metafora della cittadella compare in Cass. civ., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929. Si conosce come già si siano formate crepe nel principio di insindacabilità dell'equilibrio contrattuale come prodotto dell'autonomia privata anche nel mondo del primo contratto; ma si può obiettare che si tratta sempre di ipotesi ove l'intervento giudiziale non altera il programma (non un interventismo giudiziale-paternalismo, quindi), ma solo elimina le situazioni di squilibrio strutturale. Un vero conflitto tra autonomia privata ed interventi eteronomi del giudice si concretizzerebbe solamente ove le clausole generali siano sfruttate per giudicare immediatamente « la giustizia del contratto, senza alcun riferimento al contesto relativo alla formazione della regola contrattuale », così U. Breccia, *Causa, Il contratto in generale. Causa*, in M. Bessone, *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1999, 197.

⁷¹ In generale sul principio di buona fede quale fonte di integrazione del contratto e dell'obbligazione, anche in chiave di raccordo coi valori costituzionali, S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, spec. 151 ss.

⁷² Ha fatto leva specialmente sulla buona fede integrativa R. Sacco, *Il contratto*, cit., 722 ss. E poi anche F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 847 ss.

Sembra di poter individuare più di una ragione per dare una risposta negativa⁷³. Gli artt. 1175 e 1375 c.c. non sono stati concepiti in rapporto di antipatia con l'autonomia privata: hanno un ruolo protettivo contro gli abusi, proattivo verso il buon esito dell'operazione ed il raggiungimento delle soluzioni; ma non giungono mai a delegittimare la volontà. La buona fede oggettiva non fornisce le basi per un intervento pretorio *ab externo*, perché questo e non altro è il suo valore *positum*. Non si ritiene che tale assetto sia superabile mediante un'interpretazione assiologica e costituzionalmente orientata delle norme che regolano lo scioglimento e la modifica del contratto⁷⁴, o mediante un'ipervalutazione dell'equità (a volerla considerare in questo discorso, nella sua pur differente veste)⁷⁵; o ancora mediante rivisitazioni dell'art. 2932 c.c. in chiave dell'art. 1375 c.c. Semplicemente perché non è un assetto che si pone di per sé in contrasto con la Costituzione o che rivela vuoti di disciplina che attendano di essere altrimenti integrati. E semplicemente perché il 2932 c.c. è sì un rimedio capace di estendersi ad obblighi di contrarre comunque previsti, ma sempre tale da realizzare un assetto predeterminato, già divisato dalle parti o dalla legge⁷⁶. La *sedes naturalis* di un eventuale potere giudiziale di intervenire nel senso del riequilibrio del contratto per evitarne lo scioglimento sarebbe stato proprio il comma III dell'art. 1467 c.c., accanto o al posto dell'offerta di riconduzione ad equità della parte avvantaggiata. Il silenzio sembra invece significativo.

La buona fede oggettiva può certamente aggiungere doveri, ma è discutibile che possa abilitare la parte svantaggiata dalla sopravvenienza a pretendere la rinegoziazione, pena lo stravolgimento dell'assetto generale del sistema. Non sembra conveniente ragionare in termini di introduzione *ex abrupto* di una nuova norma sull'obbligo di rinegoziazione, senza prima aver risolto la questione dell'individuazione di una base normativa di riferimento. E, si badi, occorrerebbe dotarsi previamente di una base oggettiva davvero molto forte. Nel nostro codice

⁷³ E. Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 81 ss.; e, ancora prima, F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, cit., *passim*.

⁷⁴ In questo senso l'autorevole lettura di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

⁷⁵ R. Sacco, *op. loc. ult. cit.* L'art. 1374 c.c. consentirebbe un intervento diretto sul contratto squilibrato da parte del giudice, in quanto, secondo equità, verrebbe attuata un'eterointegrazione correttiva del contenuto negoziale. Nei contratti a lunga durata sarebbe implicitamente sottesa una clausola di rinegoziazione in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito da quello aggiornato e opportuno, e la riprova starebbe nella possibilità delle parti di escluderla convenzionalmente mediante un patto di non revisibilità dell'accordo.

⁷⁶ E poi, a ben vedere, la possibilità di domandare una pronuncia costitutiva *ex art.* 2932 c.c. risulterebbe un rimedio eccedente pure per l'ipotesi di una clausola di rinegoziazione espressamente pattuita ed inclusa nel regolamento. *A fortiori* non lo si potrebbe ammettere per il caso di inadempimento della rinegoziazione (solamente) doverosa in base a correttezza e buona fede. In questo senso G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, *op. ult. cit.*, 805. Per i profili dinamici delle clausole di rinegoziazione, E. Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 801 ss.

manca un omologo del §242 BGB, “fertile tronco” ramificatosi in plurimi ambiti del diritto, dal quale è gemmata, fra l’altro, anche la disciplina dell’adeguamento di cui al §313 BGB⁷⁷. Quindi occorrerebbe dare della buona fede una lettura artificiosamente potenziata, assai invasiva, molto più che integrativa, forse proprio eversiva⁷⁸. La clausola di buona fede in effetti si presta ad un uso opportunistico, capace di piegarsi a sostegno della creazione di nuove regole, in assenza o addirittura in contrasto con l’ordinamento. E questo è un rischio da correre e da fugare allo stesso tempo⁷⁹. Da un parte, infatti, può consentire l’evoluzione del diritto: l’impiego eversivo della buona fede può essere sintomatico di una interna rivoluzione e precursore di innovazioni legislative⁸⁰. Ma, dall’altra, può rivelarsi capace di tradire i valori codificati sottesi alle scelte positive⁸¹. A dispetto della generale irrilevanza delle circostanze sopravvenute, la clausola di buona fede, con la sua virtù elastica di farsi principio “sovraccarico”⁸², potrebbe far schiudere un margine di rilevanza ad ipotesi di sopravvenienze non altrimenti considerate dall’ordinamento o potrebbe autorizzare operazioni di adeguamento eteroimposto alle modificazioni intervenute. Si tratterebbe di un impiego della buona fede che rimanda a scelte valutative ben precise, relative all’impostazione fra principi generali e struttura degli istituti. La questione è davvero delicata. Ma sembra che il nostro sistema codicistico assegni alla buona fede un trattamento riduttivo; la clausola è riguardata piuttosto nel suo ruolo residuale all’interno della teoria delle obbligazioni, sovente viene addirittura doppiata da altri principi come il dovere di diligenza, o legittimata del tutto dai principi costituzionali.

⁷⁷ L’immagine del “fertile tronco” è di F. Macario, *op. ult. cit.*, 843.

⁷⁸ Ad osservare il pericolo di un uso eversivo della buona fede, ossia in contrasto con i consolidati principi dogmatici e codicistici, è A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da A. Scialoja e V. Branca, continuato da F. Galgano, Libro quarto - Obbligazioni (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1998, 347 ss. Ammonisce l’A.: « del principio di buona fede si dà un diverso impiego, che non si identifica con la buona fede in funzione integrativa di obblighi accessori né con quella di limite-controllo all’esercizio di diritti (o all’esigibilità di obblighi). Trattasi dell’uso della buona fede più ‘eversivo’, si può dire, nei riguardi del sistema codificato » (347).

⁷⁹ Il pericolo tipico dei concetti valvola di condurre ad un eccessivo interventismo giudiziale, portato con sé dalle clausole generali ed elastiche, e che può concretizzarsi in una fuga “dalle” clausole generali o “nelle” clausole generali è ben descritto anche da U. Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. dir.*, 2007, 444.

⁸⁰ A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 348 s. riferisce, ad esempio, come, presso la giurisprudenza tedesca, è stato proprio attraverso un uso eversivo del principio di buona fede che è stato possibile riconoscere rilevanza al fenomeno endemico della svalutazione monetaria all’interno del rapporto obbligatorio, al fine di ovviare all’iniquità derivante dall’applicazione del principio nominalistico regolante l’adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

⁸¹ « (...) l’impiego del principio di buona fede va nella direzione contraria a consolidati principi del codice. Esso si pone come un impiego eccezionale che va congruamente motivato. La funzione del giudice non è qui meramente integrativa del diritto scritto ma costitutiva di nuove *regulae iuris* », così A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 352.

⁸² Sempre Di Majo, *op. loc. ult. cit.*

5.2. *Una valutazione di convenienza*

Vagliare la compatibilità in concreto dell'obbligo di rinegoziare importa una valutazione di convenienza sulla concreta utilità di questo rimedio, quando esistono già il sistema delle tutele risarcitorie ed il congegno dell'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione.

Se il creditore rifiuta di rinegoziare, non può per ciò solo essere passibile di rimprovero; la rinegoziazione impone sempre un sacrificio. Ma è indubbio che ci sia un limite: quello del sacrificio apprezzabile, destinato a riverberarsi negativamente sulla sfera giuridica patrimoniale della parte, oltre il quale non vi può essere pretesa che tenga; non si può chiedere un sacrificio a sé dannoso. È certamente vero che, in virtù dei principi di buona fede, correttezza e solidarietà sociale, ciascuna delle parti deve agire in modo da preservare e realizzare anche gli interessi dell'altra. Ma, al di là dei casi ove siano posti specifici obblighi, questo dovere non si traduce nel senso che il contraente debba andare oltre i limiti del proprio interesse o comunque oltre quelli in cui ciò possa avvenire con apprezzabile sacrificio a suo carico. Ed è evidente che la riduzione di un diritto contrattuale (di una pretesa economica da contratto) può costituire proprio quell'apprezzabile sacrificio che è posto dalla norma quale limite all'obbligo di buona fede. Anche perché col pretendere il superamento di questo limite sarebbe l'altra parte a non comportarsi correttamente.

Si commette un errore illiberale nell'assumere, quale premessa maggiore del ragionamento, che per l'altro contraente la prosecuzione del rapporto sia sempre la scelta migliore possibile, dalla quale siano ritraibili in ogni caso i benefici maggiori. Perché l'esigenza di scioglimento e liberazione dal vincolo non dovrebbe venire presa in considerazione? In base a quale valore il rimedio dello scioglimento dovrebbe essere sempre ingiusto e contrario alla buona fede oggettiva? Perché dovrebbe essere aprioristicamente quello svantaggioso? È possibile, sì, che la parte non direttamente svantaggiata si troverà comunque a dover negoziare un altro contratto con terzi ed in condizioni di mercato differenti. Ma la natura riassorbibile della sopravvenienza potrebbe rendere più efficiente, per quella parte, scegliere temporaneamente di non riallocare il bene sul mercato. E se si vuole astrarre dal contingente della pandemia, non è detto poi che le condizioni di mercato siano ovunque deteriorate. Se invece si volesse rimanere a considerare esclusivamente il caso specifico della pandemia: per quale ragione dovrebbe essere accettabile, o più accettabile, far sopportare tutto il rischio delle sopravvenienze alla parte presuntivamente forte, solo in quanto non immediatamente svantaggiata dalla sopravvenienza? In una situazione così universale e democratica non sembra davvero di poter individuare soggetti forti e soggetti deboli, quanto piuttosto soggetti tutti indeboliti per un verso o per l'altro, e perciò tutti bisognosi di

interventi di sostegno⁸³. La valutazione delle utilità ritraibili dal mantenimento di un rapporto (ormai mutato nei presupposti) o dalla sua epurazione dal panorama degli obblighi (di cui è ancora conveniente farsi carico) non può essere rimessa ad altri che non siano i contraenti stessi⁸⁴. Il senso del contratto sta pur sempre in un'egoistica mira al profitto personale. Si vuole dire che potrebbe essere una decisione razionale della parte anche quella di volersi sottrarre all'impegno della rinegoziazione e di volerne piuttosto sopportare le conseguenze anche risarcitorie. Le regole sulla responsabilità influiscono concretamente sulle motivazioni e sulle azioni economiche degli operatori. Non è nuova l'idea che le implicazioni di ordine pragmatico del mezzo risarcitorio, riguardate alla luce degli apporti di analisi economica del diritto, ne svelino originali (e quasi controintuitive) opportunità di impiego. Anche l'inadempimento è in grado di porsi quale mezzo per un risultato efficiente. Vi è una ruvida scuola di pensiero secondo la quale sarebbe possibile intendere il ristoro per equivalente come exit option, ossia come prezzo di uscita dal contratto: è la teoria dell'inadempimento efficiente (efficient breach)⁸⁵. Venire meno all'impegno precedentemente assunto può risultare così vantaggioso per il debitore-promittente da consentirgli di considerare più efficiente scegliere di non adempiere e di compensare il promissario deluso. Il promittente rimarrà comunque in attivo, e, più in generale, la sommatoria dei profitti congiunti risulterà maggiore di quella che sarebbe risultata dalla regolare esecuzione del contratto. Anzi, in certe situazioni l'adempimento sarebbe uno spreco di risorse e

⁸³ In questo senso A. Ciatti Caimi, *Locazione di fabbricato a uso abitativo e commerciale, affitto d'azienda e interventi di contrasto al Covid-19*, in *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, a cura di E. Navarretta, Pisa, 2021, 53 s. Non si può sostenere che alla perdita indubbiamente subita dall'affittuario in tempo di pandemia corrisponda un sicuro vantaggio del locatore: detto vantaggio, infatti, non può essere rinvenuto indirettamente nella « circostanza che il locatore, gestendo l'azienda in proprio, non potrebbe ricavare un'utilità maggiore di quella che riceveva con il pagamento del canone da parte del conduttore ». In quanto il vantaggio deve corrispondere simmetricamente alla perdita per quanto attiene alla comune derivazione dalla medesima sopravvenienza. Non può essere tirato in ballo un maggiore vantaggio derivante non dalla sopravvenienza ma da altra fonte. Sostanzialmente non si può consentire che tutto il peso della garanzia dei diritti sociali in un tempo di crisi venga fatto gravare su una categoria astrattamente forte. La rinegoziazione imposta di un canone già in sé non eccessivo (cioè perfettamente in linea con le condizioni normali di mercato), specie se riguardato come rimedio generale rischierebbe di far gravare unilateralmente e sproporzionalmente solo sul locatore le difficoltà economiche del conduttore, anche se dipendenti da una contingenza generale. Si veda E. Bargelli, *Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza*, in *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, a cura di E. Navarretta, Pisa, 2021, 71 s.

⁸⁴ A. Gentili, in *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, 320 ss., parla di *ratio contractus* quale assetto intersoggettivo delle ragioni dei contraenti, di interessi non identici ma che si combinano per intersezione.

⁸⁵ Come riporta R. Pardolesi, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto: trent'anni dopo*, in G. Grisi, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti: omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 741, l'originaria intuizione fu di Oliver Wendell Holmes (in O.W. Holmes, *The Path of the Law*, in *Harv. L. Rev.*, 10, 1897, 457), «secondo cui l'impegno assunto col contratto è, nel sistema di *common law*, quello di risarcire i danni se non lo si esegue, e nulla più». Si vedano anche, per una più generale analisi in chiave comparativa, A. Nicita - R. Pardolesi - M. Rizzolli, *Le opzioni nel mercato delle regole*, in *Merc., conc., reg.*, 2006, 239.

l'inadempimento andrebbe incoraggiato⁸⁶. Il precetto *pacta sunt servanda* scolora, perde la tradizionale centralità ed il pregnante valore etico; ed il risarcimento, o meglio la misura del ribilanciamento risarcitorio, diviene per il promittente il discrimen per operare la scelta fra adempimento e inadempimento efficiente. Non si può generalizzare circa la convenienza della scelta. E non vi potrebbe essere accordo solo sull'an e non anche sul quomodo del nuovo regolamento: l'accordo sulla rinegoziazione è intero o proprio non è. Ebbene, si ritiene che questo momento valutativo possa e debba essere riguardato come primario aspetto di un eventuale capitolato della rinegoziazione. Forse potrebbe essere proprio questo il più autentico profilo di doverosità al ricorrere di una sopravvenienza squilibrante: verificare l'attualità delle intenzioni.

Un'altra considerazione di convenienza può mostrare come l'esito risolutorio sia un'opzione imprescindibile, da tenere in considerazione necessariamente anche a fronte di sopravvenienze atipiche. Pronunciandosi su una vicenda di fatto che presentava curiose affinità con quella attuale epidemiologica, la Corte di Cassazione riteneva che l'unico esito ragionevole di un contratto di viaggio tutto compreso, dal quale il creditore non poteva più trarre le utilità programmate (e condivise con la controparte) a causa di un'epidemia nella località turistica, fosse proprio la risoluzione per impossibilità sopravvenuta di utilizzare la prestazione⁸⁷. Soccorreva il concetto di causa in concreto al fine di riconoscere rilevanza all'interesse del creditore. Guardando al contratto come rapporto e non come atto, si delineava una via originale di risoluzione del conflitto di interessi: quella del difetto sopravvenuto di causa. Pure quando in astratto la prestazione sia ancora eseguibile⁸⁸, il fatto che la stessa, in ragione di circostanze sopravvenute, non volute e non imputabili, non sia più utilizzabile per realizzare l'interesse creditorio allo svago e al riposo vacanziero, configura una causa atipica di estinzione

⁸⁶ E' stato sostenuto che l'inadempimento volontario non dovrebbe aprioristicamente essere scoraggiato allorché risulti in grado di assicurare al debitore che volontariamente non adempie un vantaggio apprezzabile e superiore al danno dell'altra parte. Non risparmiando considerazioni di carattere tecnico-economico, si è dedicato ad un ponderoso studio delle tecniche risarcitorie P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 83 ss.

⁸⁷ Cass. civ., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *leggidigitaliprofessionale.it*, con note di C. Bartolucci, in *Giur. It.*, 2008, 4, 857; G. Benelli, in *Dir. Turismo*, 2007, 4, 375; C. Cavajoni, in *Contr.*, 2008, 3, 241; L. Delli Priscoli, in *Danno e Resp.*, 2008, 8-9, 845; E. Ferrante, in *Contr. impr.*, 2009, 1, 151; B. IZZI, in *Giur. It.*, 2008, 5, 1133.

⁸⁸ La pronuncia in esame torna sul concetto di causa in concreto dopo la nota sentenza del 2006 (Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contr.*, 2007, 621, con nota di F. Rimoldi), considerandola però, questa volta, non più nel momento genetico della conclusione del contratto, ma in quello successivo e funzionale della sua esecuzione, ossia al momento in cui l'obbligazione deve essere adempiuta. La teorica della causa in concreto consente di mettere in luce come il contratto di viaggio tutto compreso sia stato concluso non allo scopo di realizzare l'effetto dell'esecuzione della prestazione isolatamente e astrattamente considerata, ma al fine di realizzare un interesse in cui l'esecuzione di quella prestazione sia direttamente funzionale all'assolvimento dello scopo specifico e concreto per cui veniva avanzata quella richiesta di prestazione. Ossia, nel caso specifico, lo scopo edonistico e vacanziero, di sfruttamento del pacchetto completo delle prestazioni fra loro organizzate per la soddisfazione del bisogno di relax.

dell'obbligazione. Una causa non riconducibile, invero, né all'impossibilità sopravvenuta totale (intesa quale deterioramento), né a quella parziale (intesa quale riduzione) di esecuzione della prestazione. L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione si rivela un rimedio flessibile, autonomo e comprensivo di un'ampia varietà di fenomeni, ma sempre votato allo scioglimento dai reciproci vincoli, e quindi in ciò equiparato quoad effectum alla sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione, che risolve il contratto e libera le parti dalle obbligazioni (con tutte le regolari conseguenze in ordine alla liberazione di controparte ed alla eventuale ripetizione di quanto già ricevuto)⁸⁹.

La causa in concreto non solo qualifica il contratto nella sua pienezza, consentendo di includere nella sua essenzialità pure profili finalistici, ma assume anche un cruciale rilievo come criterio di adeguamento, nel senso di promuovere la verifica dell'incidenza delle sopravvenienze sul momento funzionale di svolgimento del rapporto per il caso di una concreta perdita di significato del vincolo⁹⁰. Siamo davvero alle radici del problema della ratio dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenute.

6. *La rinegoziazione: oggi no, domani forse, ma dopodomani sicuramente*

Quale potrebbe essere l'utilità di un obbligo di rinegoziazione (e quindi di un intervento additivo al codice) quando esistono già il sistema delle tutele risarcitorie ed il congegno dell'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione? Un'analisi che aspiri a raggiungere un minimo di spendibilità pratica dovrebbe partire dal presupposto della completezza del sistema in vista del suo perfezionamento, e non dalla sua deficienza. Si vuole dire che il problema delle

⁸⁹ La Cassazione lo riconosce come rimedio autonomo: nonostante la figura non sia espressamente disciplinata, essa discende comunque dalla stessa struttura dell'obbligazione e del contratto, ponendosi quale ulteriore causa di estinzione dell'obbligazione. Si tratta di una «inidoneità della prestazione a soddisfare l'interesse del creditore» che determina l'estinzione del rapporto obbligatorio a fronte della irrealizzabilità della causa concreta del contratto, come chiarisce C.M. Bianca, *Diritto civile*, cit., 383. Nello stesso senso anche: M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, tomo II, Torino, 1999, 1550; F. Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2003, 45 ss. L'evento impeditivo che conduce alla risoluzione del contratto si caratterizza per il fatto di insorgere nella sfera del creditore della prestazione. Si veda l'approfondita analisi di L. Cabella Pisu, *L'impossibilità della prestazione e la «sfera» del creditore nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 107 ss. La casistica è varia e comprende anche l'ipotesi di grave lutto familiare (Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921 ss.), malattia ed infortunio del turista nelle imminenze della partenza; casistica che, per prassi, ha cominciato ad essere coperta dalla stipulazione di una polizza assicurativa dell'annullamento.

⁹⁰ «L'aver ancorato tale nuova figura di risoluzione alla causa in concreto, poi, deve impedire che questa possa essere utilizzata per avere mani libere alla eterointegrazione del contratto, con l'effetto che il giudice non può comunque affermare la risoluzione per l'impossibilità di ricevere la prestazione in base a proprie idee di giustizia contrattuale», chiosa B. Izzi, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, nota a Cass. civ., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. It.*, 2008, 5, 1133, 9.

disfunzioni sopravvenute al contratto potrebbe risolversi anche in via interpretativa.

La rinegoziazione non sembra poter assurgere ad obbligo. Potrebbe al più essere doverosa per buona fede e presidiata dalla tutela risarcitoria. E potrebbe certamente essere doverosa per entrambe le parti. Ma doverosa - si intende - come lo può essere il generico dovere di condurre le trattative secondo correttezza. Affermare che sia doverosa una ri-negoziazione di tutto il rapporto originario (a partire dall'an) non sembra diverso da ciò che è il negoziare per la prima volta. La dimensione della rinegoziazione potrebbe individuarsi propriamente nella conduzione delle trattative secondo buona fede e la rinegoziazione potrebbe consistere in un'obbligazione di mezzi. Esattamente come le trattative nella fase precontrattuale, delle quali non si può dare per scontato l'esito e che, ove non dovessero andare a buon fine per rifiuto ingiustificato o abbandono, aprirebbbero alla possibilità di accedere al risarcimento dei danni cagionati. E si potrebbe domandare soltanto il risarcimento del danno, non anche la forzosa realizzazione di un contratto (quale contratto?) esistente solo in intenzione. La buona fede costituisce una regola di condotta non di validità né di contenuto; non ha una capacità riempitiva di accordi totalmente in bianco ed è presidiata dalle tutele risarcitorie. Portare innanzi al giudice la violazione di una negoziazione doverosa non potrebbe voler dire spiegare una domanda di esecuzione in forma specifica e chiedere una pronuncia costitutiva di un equilibrio (evidentemente) non condiviso. Non ci sarebbe alcun aspetto enforceable. Da dove mai potrebbero essere tratti questi contenuti mancanti? Non dalla volontà astratta delle parti (che evidentemente non si è concretizzata in questo nuovo senso); non dalla buona fede in executivis, che, come si è detto, è una regola di condotta; né tantomeno dal mercato o da un'idea di razionalità economica universale astrattamente ritraibile dagli standards correnti, poiché sarebbe quanto di più distante e distonico dal libero esplicarsi dall'autonomia delle parti⁹¹.

La tutela contro i danni rappresenta il pendant di quelle considerazioni di libertà dell'altro contraente in ordine all'alternativa fra la conservazione o la caducazione del vincolo: riguardando valori astratti di scambio, cioè somme di denaro, essa assicura e garantisce i valori proprietari. Negli ordinamenti legati ad un'economia di mercato lo scambio di equivalenti ripiana l'ordine infranto senza sacrificare in maniera diretta i valori concreti della libertà e proprietà⁹². Essa conferisce una

⁹¹ Sul questo ultimo punto: M. Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1991, 1, 86; E. Battelli, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, 106 ss.; A. Cinque, *op. cit.*, 1716 s.

⁹² Sull'utilizzo versatile del rimedio risarcitorio, si veda, prima di tutti A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, III, 4^a ed., Milano, 2003, *passim*, e spec. 167 e ss. «Volendo meglio puntualizzare le ragioni storiche della preferenza dei moderni ordinamenti per regole (di tutela) diretta alla riparazione dei danni, si può dire che

soglia minima di tutela malleabile e plastica nel tradurre il conflitto di interessi in una forma di collaborazione dei soggetti, mediante un laico scambio di valori di mercato.

In altri termini, e per meglio chiarire, accogliendo un'idea di rinegoziazione nella sua formula minima, al suo più basso grado, potrebbe ripetersi lo stesso modulo della responsabilità precontrattuale, ove le violazioni di buona fede e correttezza sono compensate per equivalente nella misura delle spese inutilmente sostenute e della perdita di occasioni alternative.

Soccorrerebbe, cioè, il rimedio flessibile per eccellenza, concepito, sin dalle primigenie concezioni liberali, al fine di soddisfare per equivalente ciò che in forma specifica non è possibile ottenere: il risarcimento del danno. Ed è il rimedio più elastico di tutti in quanto non ancorato necessariamente a rigidi presupposti, come invece è, ad esempio, per quello di tipo reale. La sua pervasività si giustifica pienamente nell'ambito di un sistema di tutela privatistico la cui funzione sia non solamente quella di garantire, nei limiti del possibile, la realizzazione di diritti ed obblighi attraverso una tutela specifica, ma anche e soprattutto quella di rimediare alle lesioni per mezzo di rimedi sostitutivi o alternativi volti a riparare le conseguenze di quelle. E ciò sembra vero fino al punto di arrivare a considerare generalizzata la tutela dei diritti sub specie danni, e praticamente eccezionale la tutela offerta ai valori d'uso (specific performance) rispetto a quelli di scambio⁹³. La misura del risarcimento sarebbe parametrata al modello cangiante e poliedrico dell'interesse negativo, che, attraverso vari tornanti giurisprudenziali, ha oramai messo in luce un quadro di tutela risarcitoria in movimento⁹⁴. D'altronde la parte non ha diritto al contratto rinegoziato, ma solo allo svolgimento di trattative corrette⁹⁵.

queste regole sono quelle che, meglio di altre, tengono conto della situazione di *libertà* dei soggetti, specialmente nella loro qualità di *soggetti-proprietari*. Esse infatti sono dirette a garantire questa libertà (...)» (168 s.). E per una generale riflessione sulle funzioni del risarcimento del danno, si veda anche A. Di Majo, *Obbligazioni e tutele*, ne *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati, Torino, 2019, *passim*, e spec. 247 e ss..

⁹³ «La supremazia della tutela di risarcimento è da ricercare in un sistema che guarda più ai valori di scambio che a quelli d'uso» (corsivo dell'A.), A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 122. E nello stesso senso, più avanti: «(...) la tutela risarcitoria è una tutela cui con difficoltà possono rinunciare sistemi, nei quali tutti i beni o utilità sono in astratto suscettibili di essere "scambiati"» (280).

⁹⁴ In questi termini G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, cit., 814. Diversamente, sul punto F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 403, secondo il quale il danno dovrebbe, invece, essere commisurato all'esito della trattativa e quindi all'interesse contrattuale positivo quale « effettivo ristoro del pregiudizio subito per la mancata realizzazione del regolamento di interessi riflesso nel contratto » che avrebbe dovuto essere rinegoziato. La teoria positiva della rinegoziazione considera la violazione dell'obbligo di rinegoziare (come rifiuto di rinegoziare o formulazione di un'offerta non conforme a buona fede) una violazione del contratto, e cioè una forma di responsabilità contrattuale; il risarcimento dovuto sarà parametrabile all'interesse positivo all'esecuzione della prestazione.

⁹⁵ Del resto «(...) compito dell'obbligazione di risarcimento è rendere "risarcibile" per via di compensazione quella "perdita economica" (e/o quel lucro cessante) che rappresenta la ripercussione del danno-evento nel

L'obbligo di rinegoziazione finisce per far gravare sul diritto privato generale e soprattutto sul diritto contrattuale un ruolo molto lontano dal perseguimento d'interessi individuali, consumando una sorta di invasione di sfere ed obiettivi che dovrebbero, più opportunamente, rimanere riservate al settore pubblico. Il diritto privato non può sostituirsi al diritto pubblico e mettere obiettivi di redistribuzione generale a carico di consociati che razionalmente devono poter seguire, ciascuno per sé, la via più razionale ed efficiente. O, perlomeno, può farlo solo in parte, entro i limiti della sua virtù regolatoria, alla quale però non dovrebbe essere imputato un ruolo di realizzazione della giustizia sociale. La capacità redistributiva del contratto non dovrebbe giungere a sostituirsi ad interventi pubblicistici. La crisi pandemica recente ha investito in blocco l'attività del contrarre e proprio la democraticità della contingenza si presta meglio ad essere trattata con strumenti di correzione seriale, generale e di sostegno, di ordine pubblico economico di protezione e direzione, piuttosto che mediante imposizioni ai singoli contraenti. Non sembra che sia possibile, auspicabile o conveniente introdurre nel sistema codicistico italiano un obbligo di rinegoziazione, nemmeno immaginando, per la nuova norma, la migliore formulazione possibile. Non sembra che potrebbe risultare sufficiente una, unica e sola, nuova norma. Perlomeno al momento attuale.

patrimonio del soggetto. Ove una "perdita economica" non sia individuabile, il risarcimento non può svolgere evidentemente la propria funzione (compensativa) », così Di Majo, *op. ult. cit.*, 277. Nel caso in cui la parte non voglia assecondare l'andamento delle mutate condizioni, e l'altra, per l'effetto, domanderà la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sarà sufficiente (ed efficiente) compensazione il pagamento dei danni subiti per il fatto, ad esempio, di dover lasciare l'immobile anzitempo locato. E quindi, dietro dimostrazione del danno, la copertura delle spese sostenute per il trasloco, per il trasporto delle merci, per la custodia o il deposito delle stesse; il tutto per un periodo di tempo ragionevole (a mente dell'art. 1227 c.c.). Si comprende come ciò possa complicare la situazione patrimoniale del soggetto tenuto al risarcimento, ma se l'obiettivo è approntare una soluzione generale, da mettere a sistema al di là dell'emergenza contingente, non si dovrebbe aggravare il ragionamento da considerazioni transeunti come la crisi di liquidità post-pandemica. Si tratterebbe di un fenomeno da inscrivere nella normalità dei flussi economici, esattamente come accade per qualsiasi altro tipo di obbligazione risarcitoria che andrebbe incontro ad alterne fortune dipendenti dalla normalmente variabile situazione patrimoniale e reddituale di qualsiasi debitore.