

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**

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 volta 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 non 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 pionieristiche 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, *Sopravenienze 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 sede naturale 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 de 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, aprirebbero 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.