

**RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI D'IMPRESA E
PRINCIPIO DI BUONA FEDE (CONSIDERAZIONI SUL POST-
PANDEMIA)**

***RENEGOTIATION OF BUSINESS CONTRACTS AND THE
PRINCIPLE OF GOOD FAITH (POST-PANDEMIC CONSIDERATIONS)***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 2296-2317



Maddalena
RABITT

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de enero de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Il contributo muove dalla domanda se possa riconoscersi nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziare i contratti di impresa, specie dopo la Pandemia. La risposta dipende dalla rilevanza attribuita al principio di buona fede. Se si afferma l'esistenza dell'obbligo di rinegoziare i contratti di impresa fondato sulla buona fede, il problema si sposta da un alto sul contenuto dell'obbligo e dall'altro sulle regole di enforcement. In questa prospettiva si valuta l'opportunità di individuare soluzioni alternative all'intervento del giudice che siano più idonee a garantire il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

PALABRAS CLAVE: Rinegoziazione; contratti di impresa; buona fede; ruolo del giudice; negoziazione assistita.

ABSTRACT: *The essay moves from the question if is it possible to individuate in our legal system an obligation to renegotiate business contracts, especially after the Pandemic. The answer depends on the relevance attributed to the principle of good faith. From this question, the problem shifts from one hand to the content and latitude of this duty based on good faith and, on the other hand, to the enforcement rules in contracts. In this perspective it is argued the desire to have solutions more apt to balance the different interests at stake, which are alternative to a direct involvement of the Court.*

KEY WORDS: *Re-negotiation; business contracts; good faith; mediation.*

SUMARIO.- I. IL PROBLEMA: RINEGOZIARE I CONTRATTI DI IMPRESA POST-PANDEMIA.- II. DELIMITAZIONE DEL PROBLEMA.- III. GLI ARGOMENTI A FAVORE DELL'ESISTENZA DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIARE: IL RUOLO DELLA BUONA FEDE.- IV. GLI ARGOMENTI CONTRARI.- V. OBBLIGO A TRATTARE O A MODIFICARE L'ACCORDO?.- VI. DALLA REGOLA AI RIMEDI.- VII. VOLONTÀ DELLE PARTI E VALUTAZIONE DEL GIUDICE.- VIII. UNA SOLUZIONE ALTERNATIVA: LA RI-NEGOZIAZIONE ASSISTITA.- IX. CONCLUSIONI.

I. IL PROBLEMA. RINEGOZIARE I CONTRATTI DI IMPRESA POST-PANDEMIA.

Il pensiero di Cesare Massimo Bianca sulla nozione di buona fede¹ è sempre illuminante ed è un faro che mostra all'interprete il percorso da seguire anche per affrontare temi di grande attualità.

È infatti solo aderendo all'idea, più volte espressa dal Maestro, che il giurista deve guardare al diritto come strumento primario di realizzazione di una superiore esigenza di giustizia sociale², che si può cercare di rispondere correttamente alla domanda se possa configurarsi nel nostro ordinamento un obbligo alla rinegoziazione dei contratti di impresa per gestire le sopravvenienze contrattuali sorte in conseguenza della Pandemia.

Chi ne afferma l'esistenza ritiene che il fondamento normativo possa, infatti, essere desunto dal principio di buona fede contrattuale e dal principio di solidarietà; chi nega, invece, parte dal dato testuale, o meglio dall'assenza di una norma che imponga la rinegoziazione e richiama il principio di vincolatività del contratto. Già dall'impostazione del problema appare evidente che la soluzione nell'uno o nell'altro senso non può prescindere dal significato che si attribuisce alla clausola generale della buona fede contrattuale e in questo senso occorre tenere a mente le limpide pagine del Maestro.

L'interesse teorico e pratico per la questione non è escluso dal rilievo che quando si parla di contratti tra imprese la scelta di non rinegoziare l'accordo a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili costituisce un'ipotesi meno frequente che in altri casi, perché maggiore è l'interesse alla conservazione della relazione negoziale nel lungo periodo e posto che l'alternativa possibile, e cioè la

1 BIANCA, C.M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. Dir. Civ.*, 1983, num. 1, p. 205 ss. e in *Realtà sociale ed effettività della norma*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 407 ss. Sulla buona fede si veda inoltre BIANCA, C.M.: *Diritto civile. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 501 ss.

2 BIANCA, C.M.: op. ult. cit., p. 422.

• **Maddalena Rabitt**

Professore Ordinario di Diritto dell'economia, Università degli Studi Roma Tre, maddalena.rabitti@uniroma3.it

risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, ex art. 1467 c.c.³, potrebbe non essere conveniente per nessuno.

Da un diverso angolo visuale, ci si può infatti chiedere se sia corretto lasciare alla volontà delle parti la scelta se mantenere in vita il contratto o sciogliere il vincolo contrattuale, senza considerare i costi che l'adesione al principio che *pacta sunt servanda* possono avere su un'economia di mercato segnata da una circostanza esogena e diversa da tutte quelle che, in precedenza, possono avere alterato le dinamiche contrattuali delle relazioni tra imprese. E ancora, ci si può chiedere fino a che punto il contraente che è meno colpito dall'effetto della crisi pandemica possa rifiutare la cooperazione in nome del principio che il contratto ha forza di legge tra le parti.

A questi diversi interrogativi, durante l'anno appena trascorso, hanno cercato di rispondere in diverse occasioni sia il legislatore (con la decretazione emergenziale, ma anche con disegni di legge che oggi giacciono ancora in parlamento), sia la dottrina sia la giurisprudenza, con esiti molto diversi e soluzioni variegate, che portano a dire che ancora la questione non è stata risolta.

E tutto ciò considerando anche che il dibattito non è nato con il Covid, ma è da tempo tanto avvertito che nel progetto di riforma del c.c. del 2019, che non è andato in porto, si ipotizzava già di "prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoiazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti"⁴.

Peraltro, la numerosità di contributi scientifici che sono stati scritti, lo sforzo profuso sempre dalla dottrina anche nel proporre possibili future modifiche al codice civile che introducano una norma ad hoc – penso anche alle proposte

- 3 Per un'introduzione al tema nella prospettiva che qui interessa ma precedente la Pandemia si veda GAMBINO, F.: "Il rinegoiare delle parti e i poteri del giudice", *Jus civile*, 2019, p. 397 ss.; *Problemi del rinegoiare*, Milano, 2004 e *Rinegoiazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur., Agg.*, XV, Roma, 2007. Per una compiuta analisi del fenomeno v. per tutti MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoiazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id. "Regole e prassi della rinegoiazione al tempo della crisi", *Giust. Civ.*, 2014, p. 825 ss. Il rimedio di cui all'art. 1467 c.c. presenta diverse criticità, rinvenibili, in particolare, nel fatto di attribuire rilievo alle sole sopravvenienze «straordinarie e imprevedibili» prevedendo, quale rimedio primario, quello caducatorio. Di fatto, dunque, al soggetto svantaggiato dallo squilibrio non resta che la risoluzione del contratto, a nulla rilevando il suo eventuale interesse al mantenimento dello stesso. Trovano giustificazione in tale «vulnus» di tutela le c.d. clausole convenzionali di rinegoiazione che mirano a superare i limiti imposti dall'art. 1467 cod. civ. Sul punto v. PIGNALOSA, M.P.: "Clausole di rinegoiazione e gestione delle sopravvenienze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, parte seconda, p. 411.
- 4 Disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019. Questa idea è coerente con l'evoluzione del diritto privato europeo più recente, il quale si è appunto preoccupato di consentire che l'equilibrio contrattuale sia mantenuto a fronte delle sopravvenienze fattuali (change of circumstances) che tendano a stravolgerlo, o comunque ad alterarlo. SIRENA, P.: "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 13.

dell'Associazione Civilisti Italiani —⁵, le soluzioni dell'emergenza apprestate dal legislatore a ridosso del lockdown⁶, le interpretazioni che di esse ha offerto la giurisprudenza⁷, rendono anche il solo proposito di offrire un quadro chiaro molto ambizioso.

II. DELIMITAZIONE DEL PROBLEMA.

Considerata la complessità della questione, appare opportuno, preliminarmente, fissare alcune premesse utili a circoscrivere il terreno d'indagine.

In primo luogo, la pandemia non dovrebbe in futuro ragionevolmente essere considerata un evento straordinario e imprevedibile. Sarà (purtroppo) opportuno che le imprese contemplino questa ipotesi, inserendo nei loro contratti clausole di adattamento. Qui va richiamata, in particolare, l'esperienza delle clausole Hardship volte a disciplinare le ipotesi in cui l'equilibrio economico del contratto sia sensibilmente alterato dal verificarsi di eventi che, benché imprevedibili al momento del perfezionamento dello stesso, rendono la prestazione eccessivamente onerosa per una delle parti contraenti⁸. Grazie a queste clausole, le parti possono

5 Quanto alla posizione espressa dall'Associazione Civilisti Italiani, può evidenziarsi come la stessa auspichi, in reazione all'emergenza economico-sanitaria, l'adozione di un decreto delegato per l'introduzione nel codice civile di un nuovo articolo 1468-bis, che consenta alla parte pregiudicata dallo squilibrio sopravvenuto di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Quale elemento distintivo rispetto alla citata proposta di introduzione di un nuovo art. 1467-bis c.c., l'Associazione Civilisti Italiani ha osservato che, nonostante sia «congrua l'idea di tradurre l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate», «non sembra invece opportuno affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali».

6 La normativa d'emergenza si è concentrata sui c.d. contratti commerciali di durata, fisiologicamente più «sensibili» di altri ai problemi derivanti dalla gestione delle sopravvenienze. Con il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», il D.L. 2 marzo 2020, n. 9 ed il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, il Legislatore, preso atto dell'esistenza di circostanze idonee ad alterare il sinallagma contrattuale, ha optato per un rimedio di natura conservativa, limitandosi a rinviare la scadenza dei termini di adempimento e mantenendo dunque immutati i diritti ed i doveri delle parti connessi alle reciproche posizioni negoziali. Ai sensi dell'art. 91 di tale provvedimento: «il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Sul punto, non può tuttavia non rilevarsi come la formulazione di cui all'art. 91 riconduca pur sempre la disciplina in parola all'inadempimento dell'obbligazione derivante dall'impossibilità di eseguire la prestazione per fatto non imputabile al debitore, nulla aggiungendo all'attuale panorama normativo per ciò che concerne la gestione delle sopravvenienze nel senso stretto del termine. Sulla scorta di queste prime considerazioni, sembrerebbe quindi potersi affermare che la citata legislazione speciale dell'emergenza non ha sovvertito il sistema generale del codice, proponendo tuttavia agli operatori del diritto spunti di riflessione in ordine all'opportunità di privilegiare, anche per il caso di sopravvenienze significative, rimedi di natura conservativa dell'accordo.

7 Con riguardo alla recente giurisprudenza di merito (di cui al maggio-luglio 2020), può evidenziarsi come la stessa si mostri diffidente a riconoscere alla buona fede il ruolo di principio generale su cui si fonderebbe l'obbligo di rinegoziazione delle parti dinanzi a sopravvenienze di natura sperequativa; di avviso contrario, un'isolata pronuncia del Tribunale di Roma (ordinanza del 27 agosto 2020), che, infatti, arriva a considerare «doveroso [...] fare ricorso alla clausola generale di buona fede e di solidarietà sancita dall'art. 2 della Carta costituzionale al fine di riportare il contratto entro i limiti dell'alea normale del contatto».

8 Le c.d. clausole di Hardship (c.d. Hardship clauses, o «Clausole di avversità») sono quelle clausole volte a disciplinare le ipotesi in cui l'equilibrio economico del contratto sia sensibilmente alterato dal verificarsi di eventi che, benché imprevedibili al momento del perfezionamento dello stesso, rendono la prestazione

richiedere alla controparte contrattuale la rinegoiazione del contratto, al fine di ristabilire la parità delle rispettive prestazioni.

In secondo luogo, e con riguardo ai contratti tutt'ora in corso, invece, l'evento pandemico si configura come una circostanza straordinaria e imprevedibile che rende eccessivamente onerosa la prestazione ma che, in potenza, colpisce entrambe le parti, sebbene ovviamente nel caso concreto ben può essere che ad essere colpita sia una sola parte o che una sia colpita in misura maggiore dell'altra. Questo aspetto è essenziale nella prospettiva del discorso che si va conducendo, perché induce a riflettere sulla posizione dei contraenti in relazione alle circostanze, senza presumere che ce ne sia una avvantaggiata e l'altra svantaggiata dalle stesse. Si pensi, ad esempio, ad un contratto di locazione d'azienda. È difficile stabilire a priori chi – tra locatore e locatario – abbia subito un danno comparabilmente maggiore dalla chiusura e interruzione dell'attività d'impresa. Infatti, il locatario nel periodo di chiusura avrà risparmiato costi di personale, costi di approvvigionamento e costi di gestione. Mentre il locatore avrà mantenuto tutti gli obblighi fiscali (IMU, presunzione di reddito ecc.) e avrà subito perdite nette di entrate di cassa.

Infine, si consideri anche che la via della caducazione del contratto non è di per sé la più idonea a salvaguardare l'interesse del mercato e anche delle parti, considerato che i contratti di impresa sono spesso preceduti da una serie di investimenti specifici – c.d. investimenti “difficilmente convertibili”, (di cui ai fattori Williamson)⁹. In questa prospettiva è particolarmente interessante svolgere alcune considerazioni sulle filiere produttive, in cui il rapporto di interdipendenza contrattuale tra le imprese è evidentemente maggiore¹⁰.

Fatte queste premesse, l'obiettivo in questo contributo è fare il punto sulle possibili alternative che sono state prese in considerazione da chi si è occupato

eccessivamente onerosa per una delle parti contraenti; grazie a queste clausole, le parti possono richiedere alla controparte contrattuale la rinegoiazione del contratto, al fine di ristabilire la parità delle rispettive prestazioni. Le clausole di Hardship sono previste sia dai principi elaborati dalla Camera di Commercio Internazionale (c.d. ICC Hardship clause del 2003, peraltro modificata per effetto dell'emergenza sanitaria nel maggio del 2020), dai Principi Unidroit (ex artt. 6.2.2 e 6.2.3, Unidroit Principles del 2016) e dai Principles of European Contract Law (PECL) redatti dalla Commissione Lando (art. 6:111) ; al riguardo, può evincersi come, a differenza di quanto previsto dalla Camera di Commercio Internazionale, i Principi Unidroit e i PECL attribuiscono alle parti, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, il potere di rivolgersi al giudice affinché quest'ultimo modifichi il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

9 I contratti d'impresa (o B2B), comunemente definiti long terms contracts per il loro carattere fisiologicamente duraturo, si caratterizzano per una serie di fattori indicativi dell'esigenza di preservare il contratto anche in caso di sopravvenienze; ci si riferisce, a tal proposito, ai c.d. fattori Williamson, che si sostanziano, sinteticamente, nel rischio connotato all'esercizio dell'attività d'impresa, nella specificità degli investimenti (pertanto difficilmente convertibili) e nella c.d. razionalità limitata. Nell'insegnamento di WILLIAMSON, O.E.: *“Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato”*, in WILLIAMSON, O.E.: *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 122, il costo transattivo delle scelte degli operatori economici dipende dal grado di specificità degli investimenti, se l'investimento non è convertibile rimane prigioniero del rapporto commerciale instaurato.

10 Si rinvia a quanto già osservato in diversa sede, MALVAGNA, U. – RABITTI, M.: *“Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoiazione e co-regolazione”*, *Nuovo diritto civile*, 2020, num. 4, p. 369 ss.

del tema, cercando di ricondurle –non senza un’operazione un po’ arbitraria nel metodo perché tesa a semplificare – a due tesi contrapposte, cioè se esista o meno un obbligo di rinegoziare l’accordo e se esso si fondi sulla buona fede; per poi valutare le conseguenze che dall’una o dall’altra ipotesi si possono trarre sul piano della disciplina anche nella logica dei rimedi e, se del caso, dell’enforcement.

III. GLI ARGOMENTI A FAVORE DELL’ESISTENZA DELL’OBBLIGO DI RINEGOZIARE: IL RUOLO DELLA BUONA FEDE.

Chi afferma l’esistenza di un obbligo di rinegoziare lo fonda sul principio di buona fede (specie sull’art. 1374 e 1375 c.c. e 1366 c.c.)¹¹ o di solidarietà (art. 2 Cost.)¹². Gli argomenti che sono addotti a favore dell’esistenza dell’obbligo di rinegoziare fondato sulla buona fede (come fonte e come vettore dell’obbligo) fanno perno sul principio di buona fede oggettiva che conforma i diritti e gli obblighi delle parti e connota la fase esecutiva del contratto (art. 1375) come regola cardine di governo della discrezionalità nell’esecuzione del contratto¹³.

Il bilanciamento tra il principio di vincolatività del contratto e il principio *rebus sic stantibus*¹⁴ ha portato l’Ufficio del Massimario della Cassazione nella Relazione tematica n. 56/2020, su cui si tornerà ulteriormente anche per darne una lettura

- 11 Alcuni Autori si sono spinti sino al punto di definire il ricorso a detto principio, «l’unica strada da percorrere per rinvenire nell’ordinamento un dovere di rinegoziazione». BENEDETTI, A.M. – NATOLI, R.: “Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito, www.dirittoabancario.it; DOLMETTA, A.A.: “Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)”, *Giustiziacivile.com*; GAMBINO, F.: *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004; MACARIO, F.: “Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”, *Giustiziacivile.com.*, 17 marzo 2020. Dello stesso avviso, la Corte di Cassazione, secondo cui, segnatamente, il dovere delle parti di procedere ad una rinegoziazione del contratto si fonderebbe sul principio di buona fede oggettiva, che sostituirebbe «alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull’equilibrio del contratto»; il principio di buona fede oggettiva, peraltro, costituirebbe espressione del fondamentale principio di solidarietà sociale ed economica, sancito dall’art. 2 della Costituzione; Cass, Relazione tematica n. 56/2020. Prima della Suprema Corte, tra i tanti, MACARIO, F.: “Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi”, *Giust. civ.*, 2014, num. 2, p. 825; ROPPO, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1046; CESÀRO, V.M.: *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165 ss.; SICCHIERO, G.: voce “Rinegoziazione”, *Digesto Civ.*, Aggiornamento, II, Utet, Torino, 2003, p. 1217 ss.
- 12 Si rinvia a MALVAGNA, U. – RABITTI, M.: “Filire produttive e”, cit., p. 374 per un richiamo alle diverse letture sul interrogare sul senso e sul peso da attribuire al principio solidaristico ex art. 2 Cost. che innerva la clausola generale dell’art. 1375 c.c. Al riguardo, le varie opinioni espresse manifestano letture assai diversificate, se non proprio opposte: da chi – in linea con un sentire ancora oggi, forse, maggioritario – assegna al principio solidaristico un ruolo di correttivo concettualmente “esterno” alle logiche ordinanti il subsystema degli squilibri contrattuali e delle quali si conferma la centralità, a chi evidenzia l’esigenza di impiegare l’opposta logica di “incorporazione” della buona fede, quale criterio interno alla costruzione di tutti gli istituti del diritto dei contratti, a chi ne prospetta una nozione proattiva funzionale a un mutamento dello stesso modello capitalistico esistente, a chi invece scongiura un approccio che le attribuisca un ruolo preminente, per gli effetti negativi che ciò produrrebbe sul piano economico generale.
- 13 BIANCA, C.M.: “La nozione di”, cit., p. 420 ss.
- 14 Il principio *rebus sic stantibus* è valorizzato implicitamente in una serie di disposizioni dirette a tutelare sia interessi di carattere patrimoniale (tra cui, ad esempio, l’art. 1664 c.c. in materia di appalto, l’art. 1623 c.c. in materia di affitto e l’art. 1384 c.c. in materia di clausola penale), sia interessi di carattere non – solo – patrimoniale (come ad esempio gli artt. 687 e 803 c.c. in materia, rispettivamente, di revocazione del testamento e della donazione per sopravvenienza di figli). Sul punto, tra i tanti, FERRI, G.B.: “Dalla clausola *rebus sic stantibus* alla risoluzione per eccessiva onerosità”, *Quadrimestre*, 1988, p. 54 ss.; GITTI, G. – VILLA,

critica, ad affermare che «(...) ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata in executivis deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni»¹⁵. A conferma di ciò si richiama anche l'art. 1374 c.c. per cui sarebbe l'equità a obbligare i contraenti a riscrivere il contratto, rinegoziandolo¹⁶. La fonte legale di un dovere di rinegoziazione nei contratti a lungo termine viene così ricondotta al canone di buona fede¹⁷, ma in questa sua diversa espressione¹⁸.

Alcuni autori traggono poi da indici di diritto positivo l'esistenza di un obbligo a rinegoziare come espressione del principio di conservazione del contratto. In primo luogo, giocherebbe in tal senso proprio il fatto che il principio della rinegoziazione del contratto trova espressione nella norma nell'art. 1467 c.c. che prevede che quando la parte colpita dalle sopravvenienze chiede la risoluzione del contratto l'altra parte, per evitare la caducazione del contratto, può offrirsi di ricondurre il contratto ad equità¹⁹.

Qualcuno chiama in causa anche norme dettate per specifici contratti di impresa, come l'art. 1664 c.c. in materia di contratto di appalto che prevede un equo compenso quando l'eccessiva onerosità sia conseguenza di un'imprevista e non prevedibile difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche o simili o, ancora, la disciplina sulle modifiche del corrispettivo nel contratto di somministrazione²⁰. Tra coloro che ritengono che esista un obbligo alla

G.: *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008; GIOVENE, A.: *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Cedam, Padova, 1941.

15 Cass, Relazione tematica n. 56/2020.

16 Sul tema v. MACARIO, F.: "Per un diritto", cit.; GAMBINO, F.: *Problemi del rinegoziare*, cit. Più in generale, su buona fede ed equità si veda anche BUSNELLI, F.D.: "Note in tema di buona fede ed equità", *Riv. dir. civ.*, 2001, num. I, p. 537; GALLO, P.: *Contratto e buona fede*, Utet, Torino, 2014; UDA, G.M.: *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 67.

17 Sul punto, appare opportuno richiamare la configurazione del principio di buona fede come metro di valutazione della condotta delle parti in grado di determinare, in caso di inadempimento dello stesso, un'ipotesi di responsabilità contrattuale, ancorché la fonte di tale obbligazione sia legale. Sul punto v., ancora, BIANCA, C.M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500. BIANCA, C.M.: "La nozione di", cit., p. 205 ss.

18 In particolare, l'obbligo legale di rinegoziazione viene ricondotto al principio di buona fede oggettiva, in termini di equità integrativa del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.; BENEDETTI, A.M. – NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria", cit. Si veda anche in giurisprudenza, Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. It.*, marzo 2021, p. 589, con commento di SICCHIERO, G.: "La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondata sull'equità ex art. 1374 c.c.".

19 La disposizione in esame dimostra come l'ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale; in particolare, può osservarsi come la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze. Si rileva, peraltro, che un analogo meccanismo di salvezza degli effetti negoziali è ravvisabile in caso di contratto rescindibile, di cui all'art. 1450 c.c., di rettifica del contratto viziato da errore, di cui all'art. 1432 c.c., di conversione del contratto nullo, di cui all'art. 1424 c.c. e di nullità parziale, di cui all'art. 1419 c.c.

20 La preferenza accordata ai rimedi di carattere manutentivi (tra cui la rinegoziazione) non si rinviene soltanto nell'art. 1467 c.c., trovando piuttosto conferma nella disciplina speciale delle fattispecie contrattuali necessariamente o funzionalmente influenzate dal fattore tempo (c.d. long terms contracts); basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al già citato art. 1664 comma 1 c.c., in tema di appalto, che, in caso di variazione del corrispettivo di oltre un decimo a causa di circostanze imprevedibili, ammette la revisione

rinegoziazione vi è chi, comunque, auspica che il legislatore intervenga per circoscriverne l'ambito e definirne gli effetti e chi, invece, afferma che ciò non sia necessario trovandosi già nel sistema il regime applicabile.

IV. SEGUE. GLI ARGOMENTI CONTRARI.

Chi nega che esista un obbligo alla rinegoziazione del contratto aderisce a una tesi più dogmatica del diritto dei contratti e ha gioco più facile²¹. Questa interpretazione si fonda, oltre che sul dogma *pacta sunt servanda*, essenzialmente sull'assenza di una norma che lo preveda e, ancor più, sulla considerazione che l'art. 1467 c.c. prevede solo per la parte avvantaggiata l'offerta di riconduzione ad equità, concependola come una facoltà. Altra opinione, invece, esclude che l'obbligo di rinegoziare esista e possa mai essere fondato sulla buona fede, ritenendo che il principio di buona fede serva nell'interpretazione e nell'esecuzione mentre la rinegoziazione sarebbe un nuovo episodio di autonomia negoziale²².

L'assenza di un obbligo previsto dalla legge o dal contratto esclude, secondo questa linea di pensiero, che il principio di buona fede possa arrivare oltre i suoi confini naturali per cui esso impone alle parti di adoperarsi per salvaguardare l'interesse altrui, nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio²³. Dunque, posto che optare per la rinegoziazione rimane una scelta coerente con l'obiettivo di salvaguardare le relazioni contrattuali, se una parte non intende rinegoziare deve restare libera di sciogliere il vincolo contrattuale²⁴.

Questa tesi, nella sua formulazione più rigorosa, è opinabile nella misura in cui risponde ad una logica egoistica del contratto che mal si concilia con le esigenze di solidarietà sociale che le sopravvenienze da pandemia portano con sé sebbene, d'altro verso, andrebbe evitata la tentazione di legittimare un diritto di ripensamento

del prezzo originariamente pattuito e all'art. 1623 c.c. che, in materia di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto. Si precisa, infine, per finalità di completezza, che la predetta esigenza di conservazione degli effetti può riscontrarsi anche in fattispecie negoziali ad esecuzione istantanea; si pensi, sul punto, all'art. 1492 c.c. in materia di riduzione del prezzo in caso di vendita di bene viziato, agli artt. 590 e 799 c.c. in ambito di conferma di disposizioni testamentarie e donazioni nulle, agli artt. 30 e 46 del DPR 380/2001 e al novellato art. 29 comma 1 ter l. 52/1985 relativi alla possibilità di confermare trasferimenti immobiliari affetti da nullità per mancanza di dichiarazioni urbanistiche e/o catastali.

- 21 Tra Coloro che sono contrari alla configurabilità di un generale obbligo di rinegoziazione avente fonte legale, BARCELLONA, M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze", *Europa e diritto privato*, 2003, p. 476 ss.
- 22 BRIGUGLIO, A.: "Novità sostanziali del diritto «emergenziale» anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati", *Giustiziacivile.com.*, 7 ottobre 2020.
- 23 Su questa definizione di buona fede si rinvia BIANCA C.M., "La nozione di", cit., p. 416.
- 24 A. BRIGUGLIO, op. loc. ult. cit.; FEDERICO, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020, p. 242 ss.; CARLEO, R.: "Effetti dell'emergenza pandemica Covid-19 sui rapporti contrattuali pendenti tra rimedi legislativi ordinari ed interventi normativi eccezionali", consultabile su <https://www.camera.it/leg18/1347>, seduta del 27 aprile 2021.

circa la convenienza dell'originario patto contrattuale affidato unilateralmente alla parte ritenuta più debole, senza stabilire con grande attenzione presupposti ed effetti. Anche in questa prospettiva vale la pena di leggere ancora una volta le pagine sulla solidarietà contrattuale di Cesare Massimo Bianca²⁵.

V. OBBLIGO A TRATTARE O A MODIFICARE L'ACCORDO?

Sempre procedendo per classificazioni, all'interno della linea di pensiero che ritiene che sussista o vada introdotto un obbligo di rinegoiazione, occorre distinguere tra chi ritiene che si tratti di un obbligo a trattare e chi invece ritiene si tratti di un obbligo a rinegoiare modificando l'assetto originario del contratto, ovvero di un obbligo teleologicamente predeterminato.

I primi, con argomenti vari, sottolineano che la buona fede non impone alle parti di addivenire ad un nuovo contratto: occorre, ma è anche sufficiente, che esse si rendano disponibili ad una seria trattativa che, secondo una valutazione obiettiva, appaia rivolta a ridiscutere i termini dell'originario accordo. In altri termini, si afferma che l'obbligo di rinegoiazione si traduce (non nell'obbligo di modificare il contratto ma) in un dovere di condurre costruttivamente le trattative con spirito propositivo ed evitando comportamenti opportunistici, ma senza che si possa pretendere dalle parti di dover acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di concludere in ogni caso il contratto, perché questa scelta valutazioni economiche e personali²⁶. In questa prospettiva è proprio la clausola generale di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. a fornire criteri alla luce dei quali valutare la buona condotta dei contraenti²⁷.

Come ha puntualizzato l'ufficio del massimario della Cassazione con la Relazione n. 56/2020, che si colloca in punto di principio, quantomeno apparentemente, in questa linea di pensiero: «l'obbligo di rinegoiare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoiazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoiare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla

25 BIANCA C.M., op. loc. ult. cit.

26 Seguendo tale impostazione, l'esatto adempimento dell'obbligo di rinegoiare si esaurirebbe nello svolgimento delle trattative condotte secondo le regole della buona fede, con la conseguenza che il rifiuto di concludere l'accordo modificativo a seguito di una trattativa leale e collaborativa non costituirebbe inadempimento e per necessario corollario non potrebbe configurarsi in capo alle parti alcuna responsabilità. In questa prospettiva, le clausole di rinegoiazione, al pari di una norma precettiva, obbligherebbero le parti a tenere un determinato comportamento, traducendosi in un «fenomeno in potenza dal contenuto indeterminato», potendosi le parti riservare «di decidere se e come convertirlo in atto». Di questo avviso, GAMBINO, F.: *Problemi del rinegoiare*, cit. e voce "Rinegoiazione (dir. civ.)", cit., p. 1 ss.

27 BIANCA, C.M.: "La nozione di", cit., p. 407 ss.

luce dell'economia del contratto; (...). Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto».

La diversa tesi che ritiene che la rinegoziazione debba condurre necessariamente alla modifica del testo contrattuale originario, afferma che limitare alla trattativa il contenuto dell'obbligo sia un principio declamatorio contraddetto dalla regola operativa, dal momento che, nell'ipotesi di inadempimento o di trattativa di facciata, rimarrebbe un obbligo senza conseguenze mancando sostanzialmente un regime di enforcement²⁸.

VI. DALLA REGOLA AI RIMEDI.

Passando dalla regola ai rimedi, quasi tutti coloro che identificano l'obbligo di rinegoziare con l'obbligo di ri-trattare in buona fede escludono conseguentemente anche la tutela reale per l'ipotesi di inadempimento e ammettono solo una tutela risarcitoria.

Contro l'ammissibilità del ricorso all'art. 2932 c.c. gioca il tenore letterale della norma: ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso presuppone che sia possibile modificare il contratto con sentenza, presupposto che non sussiste visto che manca per definizione un contenuto specifico dell'obbligo di rinegoziare. A conclusione diversa giunge però chi ritiene che, al crescere dello spazio sistematico e applicativo assegnato all'esigenza di riequilibrio, che è in sé sottesa alla solidarietà, cresce anche la preferenza verso strumenti effettivamente serventi all'obiettivo²⁹.

28 Militano a favore di detta impostazione una schiera sempre più numerosa di interpreti, secondo i quali, in particolare, la rinegoziazione non si esaurirebbe nel mero obbligo di trattare, dovendo spingersi indefettibilmente sino a ricondurre il contratto all'equilibrio originario; tale interpretazione muove dalla diversità di contesto contrattuale in cui si inserisce la trattativa rinegoziativa rispetto a quella prodromica all'accordo. CESARO, V.M. *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 57; SACCO, R. in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, Utet, Torino 2004, p. 724; GRANDE STEVENS, "Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata", in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 195. Della stessa opinione anche la giurisprudenza di merito, tra cui, in particolare, Trib. Bari, ord., 14.6.2011, in *Contratti*, 2012, p. 571, che ha riconosciuto, facendo leva sulla clausola generale di buona fede, l'esistenza dell'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto in presenza di mutamenti rilevanti della situazione di fatto o di diritto rispetto a quella contemplata dal regolamento originario.

29 Coloro che ritengono si tratti di un obbligo a trattare muovono dal principio secondo cui l'obbligo di concludere il contratto sarebbe fondato su parametri indeterminati (se le parti avessero previsto le sopravvenienze non si porrebbe il problema), con conseguente difficoltà ad eseguire lo stesso in forma specifica ex art. 2932 c.c.; al contrario, tra l'altro, se le parti avessero indicato criteri univoci e predeterminati di revisione del contratto, sarebbe possibile ricorrere all'art. 2932 c.c., ma si esulerebbe dall'ambito di applicazione della rinegoziazione, atteso che alla predeterminazione della regola segue non

Da questo punto di vista, l'obbligo di rinegoiazione è inteso a indicare un esito obiettivamente attingibile e per l'effetto si deve riconoscere al giudice la possibilità di disporre di uno strumento tecnico per attuarlo, da iscriversi concettualmente nell'alveo dell'art. 2932 c.c.³⁰.

In questo senso, seppur con argomenti diversi, si orienta anche lo studio della Cassazione che, pur affermando che si tratta di un obbligo a trattare, riconosce anche l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.³¹. Lo studio della Cassazione muove dal rilievo che, qualora il sinallagma contrattuale sia stravolto dalla Pandemia e la parte avvantaggiata disattenda gli obblighi di protezione nei confronti dell'altra, limitare la tutela di quest'ultima alla risoluzione e al risarcimento del danno significherebbe demolire il rapporto contrattuale, incanalandolo in quell'imbuto esiziale che la clausola di buona fede e la rinegoiazione dovrebbero valere a scongiurare.

Con il limite dato dal fatto che l'equità pura non può operare in un'ipotesi di questo tipo perché siamo di fronte a un precetto generico ed è difficile trovare un contenuto specifico dell'obbligo, lo studio della Cassazione ravvisa la possibilità di un intervento sostitutivo del giudice che ammette solo ogni volta che dal regolamento negoziale emergano i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale.

In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. L'intervento del giudice resterebbe cioè suppletivo e residuale. Da questa posizione, e con i limiti evidenziati, è facile per lo studio della Cassazione giungere ad affermare anche la possibilità di avvalersi dell'art. 2932. c.c.

già una trattativa, ma una semplice attività ricognitiva che esclude ogni profilo di autonomia (si avrebbe, in altri termini, un'ipotesi di revisione e non di rinegoiazione. In tal senso, GAMBINO, F.: *Problemi di rinegoiare*, cit., secondo il quale la rinegoiazione è un fenomeno che «lascia integro il potere di concludere l'accordo»; BENEDETTI, A.M. – NATOLI, R.: «Coronavirus, emergenza sanitaria», cit.; ZEMIGNANI, F.: «La buona fede integrativa e l'obbligo di rinegoiazione: una rimediazione ai tempi del Covid 19», *Giustiziacivile.com*, 17 dicembre 2020. Secondo altra impostazione, invece, si tratterebbe di un obbligo a contrarre, atteso che, se si trattasse di un mero obbligo a trattare, si configurerebbero diverse problematiche in sede di adempimento, stante l'impossibilità di una tutela reale e la difficoltà applicativa in caso di tutela obbligatoria. Di questo avviso GENTILI, A.: «La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoiazione del contratto», *Contr. e impr.*, 2003, p. 701 ss.; SACCO, R.: cit., p. 695; CESÀRO, *Clausole di rinegoiazione*, cit., p. 126.

30 Cfr. MALVAGNA, U. – RABITTI, M.: «Filieri produttive e», cit., p. 375.

31 Infatti, benché l'obbligo di rinegoiare imponga, secondo la Massima in esame, di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, in caso di inadempimento, «potrebbe ipotizzarsi non solo il ristoro del danno, ma anche l'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.», attribuendo al giudice il potere di «sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoiazione non concluso, determinando in tal modo la modifica del contratto originario». Cass., Relazione tematica n. 56/2020.

L'impressione è che, con un'argomentazione articolata, ma non sempre convincente, lo studio della Cassazione finisca per avvalorare la tesi di chi ritiene che modifica contrattuale ci debba essere, volenti o nolenti.

A risultati analoghi perviene infatti anche chi invece aderisce direttamente alla tesi che l'obbligo a rinegoziare significa addivenire in qualsiasi caso a una modifica del contratto originario. Anche sulla tutela risarcitoria, secondo questa linea di pensiero, si registrano difficoltà applicative poiché – si dice – non sarebbe configurabile un danno risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'illecito. Considerato che il danno non può essere determinato attraverso una comparazione tra la situazione economica attuale con quella che si sarebbe avuta con un ipotetico contratto rinegoziato (di cui non può prevedersi il contenuto), mancherebbe uno dei termini del giudizio comparativo al fine di accertare l'esistenza del danno³².

Dentro le diverse alternative qui schematicamente proposte si sono ad oggi collocate le decisioni di merito che sono state pronunciate soprattutto in materia di locazione, talvolta negando il diritto alla riduzione del canone, talvolta invece ammettendolo, ma senza trarne conseguenze sul piano dei principi salvo casi isolati e comunque senza ancora che sul punto sia stata fatta "giurisprudenza" (qui la giurisprudenza è davvero ancora troppo ondivaga per darne conto)³³; anzi, in un certo senso lo studio della Cassazione va letto proprio nel senso di tentare di offrire in modo forse però non del tutto convincente una lettura sistematica del problema che possa orientare i giudici. Si è osservato in dottrina che si è di fronte "a un panorama giurisprudenziale frastagliato, nel quale più pronunce su casi simili articolano ragionamenti dissonanti e giungono sovente a esiti opposti"³⁴.

VII. VOLONTÀ DELLE PARTI E VALUTAZIONE DEL GIUDICE.

Quanto si è fin qui detto consente di ritenere che sia opinione sufficientemente condivisa quella per cui essere disponibile a trattare per rinegoziare un contratto su richiesta del contraente che lo richieda sia espressione del principio di buona fede contrattuale e che ciò sia espressione di un dovere di cooperazione in vista dell'altrui interesse e di solidarietà contrattuale³⁵; tuttavia la domanda ulteriore è se che da ciò possa trarsi come conseguenza che in caso di inadempimento (rifiuto

32 GENTILI, A.: "La replica della", cit., p. 720.

33 CARLEO, R.: "Effetti dell'emergenza", cit., conduce un'analisi attenta e critica della giurisprudenza che si è fin qui pronunciata e sulla Relazione n. 56/20 dell'Ufficio del Massimario. Si rinvia a lui anche per i richiami giurisprudenziali.

34 ZEMIGNANI, F.: "La buona fede", cit., p. 12.

35 Sul principio di solidarietà contrattuale, in generale, per tutti, BIANCA, C.M.: "La nozione di", cit., p. 413, secondo il quale la buona fede oggettiva nel rapporto contrattuale costituirebbe «una sottolineatura dell'idea di fondo della solidarietà», sostanziandosi in un fenomeno di vera e propria «solidarietà contrattuale».

a trattare o rifiuto di modificare l'accordo) il giudice possa sostituirsi alla volontà delle parti³⁶.

Per tentare di rispondere occorre, preliminarmente, cercare di evitare di assumere posizioni che siano a priori orientate. E lo sono tanto quella che, in nome della libertà contrattuale, non ammette, a prescindere dalle circostanze, il sacrificio del contraente oltre il limite della buona fede – neppure di fronte a circostanze che possano renderlo necessario in considerazione dell'interesse del mercato – tanto quella che, in nome di una crescente giurisdizionalizzazione del diritto³⁷, consente al giudice di sostituirsi ai contraenti, senza che realmente sia chiaro al giudice, specie in assenza di contraddittorio tra le parti, quali siano le reali esigenze dei contraenti, anche di quello che, nella dinamica di quel singolo contratto, possa apparire meno in difficoltà. Ancor più attenti occorre essere alle posizioni che affidano al giudice il compito di rideterminare il contenuto del contratto in nome di un "solidarismo sociale"³⁸.

Ecco che la domanda se il giudice possa sostituirsi all'interesse delle parti nel rideterminare l'accordo si declina in un'ulteriore domanda, logicamente precedente, volta a stabilire se esista un criterio esterno che consenta di valutare se sussistano in capo alla parte che chiede la rinegoiazione i presupposti del diritto alla modifica.

Se sul piano teorico la risposta può essere positiva, alla luce del fatto che è ormai da tempo in corso un processo che rafforza il ruolo del giudice a cui si riconosce in molti casi il potere-dovere di intervenire sull'accordo in nome di un principio di effettività delle tutele³⁹, diverse ragioni di opportunità rendono tuttavia preferibile escludere questa soluzione.

Attribuire in concreto al giudice il potere di riportare forzosamente il contratto in equilibrio in una situazione in cui per effetto della Pandemia gli equilibri sono cambiati per l'intero mercato, può non rivelarsi funzionale alla tutela dei diversi interessi in gioco, specie se si è in presenza di contratti di filiera, ma non solo. Se si considera, ad esempio, il problema dell'impatto del Covid sulle filiere produttive mettendo in evidenza come quando si è in presenza di contratti di filiera, per così dire caratterizzati da un assetto reticolare di rapporti, la natura della

36 DOLMETTA, A.A.: "Il problema della", cit.

37 Sulla giurisdizionalizzazione del diritto si veda, tra gli altri, VETTORI, G.: "La giurisprudenza fonte del diritto privato?", *Riv. trim. dir. priv.*, 2017, p. 869.

38 Manifestano perplessità sul punto, ZEMIGNANI, F.: "La buona fede", cit.; FEDERICO, A.: "Misure di contenimento", cit.; GRONDONA, M.: "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoiazione", *Actualidad Juridica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020.

39 VETTORI, G.: "La giurisprudenza fonte", cit., ma dell'Autore si guardi anche il volume su *Effettività tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, *passim*.

“sopravvenienza Covid”, che investe non già una società, un gruppo di imprese o un comparto produttivo determinati territorialmente o merceologicamente, bensì il mercato nel suo complesso per effetto di uno shock esogeno e simmetrico, è tale per cui le medesime ragioni giustificatrici della rimodulazione di un dato rapporto, in senso favorevole alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, potrebbero riproporsi in termini uguali e contrari in relazione ad altri rapporti facenti capo alla medesima parte⁴⁰.

Ma al di là di questa ipotesi, in generale, se il giudice procedesse in tal senso dovrebbe essere data grande enfasi al regime probatorio in corso di giudizio, non essendo in casi come questi ammissibile un'istruttoria superficiale. Alla parte poi non sarebbe certo sufficiente invocare l'evento perturbatore e gli effetti. Ad esempio, in un contratto di locazione di azienda il locatario che abbia dovuto fermare la produzione e si trovi poi in difficoltà nel ripartire, non dovrebbe poter soddisfare la prova dello squilibrio semplicemente invocando le mancate vendite per effetto della chiusura. Si dovrebbe anche comparare il livello di fatturato nel periodo considerato in passato prima dell'evento perturbatore e quanto grande sia stato l'effetto dannoso di quest'ultimo. Inoltre, andrebbe tenuto conto di eventuali misure rimediali offerte dal sistema o dallo stato (es. ristori) ed anche essi andrebbero sottratti. Di contro, dal lato del locatore, andrebbe valutato l'effetto dannoso o di beneficio in caso di mantenimento del pagamento IMU o meno, ecc. Per rimanere nell'esempio, si dovrebbe forse quantificare chi – tra locatore e locatario – abbia subito un danno comparabilmente maggiore.

In sostanza, nei contratti di impresa può essere davvero non facile valutare chi si trovi realmente a sopportare il costo maggiore che consegue al venir meno del sinallagma originario per un evento esogeno e per certi versi democratico come la pandemia. E i giudici, già sovraccarichi di lavoro, difficilmente potrebbero stabilirlo dall'esterno. Sembra, in questa prospettiva, ancor più difficile immaginare una soluzione che prescindendo dal confronto tra le parti, salvo ripensare la stessa logica del codice civile svuotando del tutto il principio di autonomia privata e riconoscendo al giudice un potere conformativo del contenuto del contratto che sia tanto ampio da precludere, ogni qualvolta gli appaia opportuno, il diritto allo scioglimento del contratto in nome della tutela del mercato.

Alla luce di ciò, perché il discorso non resti su un piano solo teorico, occorre circoscrivere ulteriormente il possibile intervento del giudice limitandolo: (i) all'accertamento del diritto alla rinegoziazione; (ii) a dichiarare la risoluzione del contratto; (iii) se sussistono i presupposti, ad affermare la responsabilità per violazione della buona fede nella rinegoziazione.

40 MALVAGNA, U. – RABITTI, M.: “Filiere produttive e”, cit., p. 369 ss.

Andare al di là di ciò può aprire un fronte di incertezza e arbitrarietà che potrebbe non giovare alle relazioni negoziali di lungo periodo, anche alla luce dell'esigenza di tutela dei diversi interessi in gioco. Peraltro, la via dell'intervento giudiziale conformativo può rivelarsi, specie se portata a sistema, antieconomica e inefficiente anche sul piano dei rimedi.

Il sistema della giustizia italiana, con i tempi lunghi che la contraddistinguono e il carico che grava su di essa – che oggi porta al centro dell'attenzione politica legislativa l'esigenza di un ripensamento e di riforma complessiva – non è compatibile, come si diceva, con la scelta di attribuire ai giudici il compito di "rinegoziare" i contratti di impresa, neppure nelle ipotesi ristrette immaginate dall'ufficio del Massimario, secondo cui si può trasformare il diritto alla rinegoiazione in diritto alla modifica contrattuale quando dall'accordo originario e dal contegno delle parti sia possibile individuare il punto di equilibrio, in considerazione degli elementi desumibili dall'accordo originario letto alla luce delle circostanze.

VIII. UNA SOLUZIONE ALTERNATIVA: LA RINEGOZIAZIONE ASSISTITA.

Un intervento modificativo del contratto ad opera del giudice non appare dunque opportuno sia per le ragioni già dette di inopportunità di una scelta del genere, sia per evitare di minare il principio di libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

Ma, per la stessa norma, l'iniziativa economica non deve essere esercitata in contrasto con il principio dell'utilità sociale⁴¹: pertanto, una soluzione che spinga le parti a trovare un accordo che permetta alla relazione di sopravvivere alle avversità potrebbe essere una strada da considerare con attenzione. L'idea di preservare l'autonomia privata e favorire la rinegoiazione – evitando l'intervento giudiziale sostitutivo – merita di essere perseguita con attenzione a bilanciare e temperare le numerose istanze confliggenti; il che richiede forse che il discorso si orienti in favore della ricerca di strumenti incentivanti affinché gli attori del mercato giungano a soluzioni consensuali e condivise, almeno sul piano dei paradigmi generali di riferimento.

In alcuni casi, peraltro, la gestione della "sopravvenienza Covid" si identifica con il tentativo di adeguamento di quel rapporto, e il fallimento del tentativo è l'anticamera della crisi d'impresa e, quindi, del necessario ricorso ai relativi strumenti.

41 Sul rapporto tra legislatore e autonomia privata letto alla luce dell'art. 41 comma 2 Cost, v. Nuzzo, M.: *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 11 e p. 61 ss.

Meglio piuttosto, come già sostenuto da più parti e come ora auspicato, in generale, dall'UE, che vengano incoraggiate forme di mediazione e negoziazione, garantite da professionalità, e legittimate a formulare proposte, più in linea anche con lo spirito di cooperazione che permea i contratti di impresa e quindi con il principio di solidarietà. Se la solidarietà in ambito contrattuale non può spingersi al punto di far partecipare una parte ai rischi d'impresa dell'altra senza snaturare la logica del contratto di scambio e lo stesso principio di buona fede⁴², ciò tuttavia non esclude che la solidarietà nell'esercizio dell'attività di impresa, se ispirata al buon funzionamento del mercato, possa condurre ad individuare nuove modalità di gestione delle dinamiche dei rapporti tra imprese che conformino poi, di riflesso, anche i contratti al principio di solidarietà.

In questa prospettiva, la concessione di vantaggi economici e benefici fiscali alle imprese, come incentivo per contrastare tendenze individualistiche potrebbe, ad esempio, essere un vettore importante per spingere le parti ad assumere comportamenti responsabili sia nella rinegoziazione degli accordi sia nella risoluzione delle controversie post pandemia.

Questa idea non è estranea neppure al legislatore, dal momento che – seppure con un ambito applicativo ristretto temporalmente e con un perimetro limitato ai contratti di locazione ad uso commerciale per attività specifiche – è in discussione in Parlamento una proposta di legge (n. 2763 del 20 novembre 2020) che mira a spingere le parti verso una “rinegoziazione volontaria”, limitata al periodo delle restrizioni (e quindi senza alterare la sopravvivenza del contratto originario che resta, per così dire, “sospeso” per il solo tempo in cui vige il contratto rinegoziato e ritorna ad essere efficace alla scadenza di esso) e accompagna la rinegoziazione con incentivi e sostegni pubblici, affidando poi il compito di assistere le parti nella rinegoziazione in concreto al sistema delle camere di commercio⁴³.

IX. CONCLUSIONI.

Un ulteriore elemento da considerare, che induce a riflettere con attenzione sull'opportunità di introdurre un obbligo di rinegoziazione ex lege anziché seguire la diversa strada sopra illustrata è che, ad oggi, pochi ordinamenti prevedono un obbligo di rinegoziazione con adeguamento delle prestazioni, (Francia, Olanda) mentre altri, ad esempio la Germania prevedono solo l'obbligo di rinegoziare in buona fede non arrivano a tanto, e altri ancora, come i paesi di Common Law non

42 BENEDETTI, A.M. – NATOLI, R.: “Coronavirus, emergenza sanitaria”, cit.

43 Si tratta della proposta di legge n. 2763 presentata il 2 novembre 2020 (Disposizioni concernenti la rinegoziazione dei contratti di locazione di immobili destinati ad attività commerciali, artigianali e ricettive per l'anno 2021 in conseguenza dell'epidemia di COVID-19).

lo prevedono in assoluto, in mancanza di apposita pattuizione⁴⁴. Nelle recenti Linee Guida inglesi sul post pandemia del giugno 2020 si incoraggiano tuttavia le parti ad andare oltre gli attuali limiti sul trattamento in Buona Fede identificati dai tribunali inglesi, chiarendo che “Comportamento contrattuale equo e responsabile” include “essere ragionevoli nell'esecuzione dei contratti, agire in uno spirito di cooperazione e mirare a raggiungere risultati contrattuali pratici, giusti ed equi tenendo conto dell'impatto sull'altra parte (o parti), sulla disponibilità di risorse finanziarie, sulla protezione della salute pubblica e sull'interesse nazionale.”⁴⁵. Esse tuttavia non vanno oltre, non configurano cioè alcun obbligo di rinegoiazione effettiva.

Introdurre nel nostro sistema una disposizione che preveda l'intervento integrativo del giudice e esponga anche eventuali investitori al rischio di ottenere ragione per via giudiziaria in tempi non brevi, rischia di pregiudicare ulteriormente l'economia, disincentivando gli investimenti in Italia.

Se, tuttavia, ciò nonostante, si ritenesse opportuno disciplinare pro futuro l'obbligo di rinegoiare, anche in nome di un'idea di socializzazione efficiente del costo pandemico, potrebbe forse essere utilmente introdotta una norma che preveda l'obbligo di trattare il contratto in buona fede a fronte di un evento eccezionale e imprevedibile, stabilendo altresì che, nell'ipotesi in cui la trattativa non abbia successo, prima di poter giungere alla risoluzione del contratto, si proceda ad un'ulteriore fase di “negoiazione assistita”, affidata, ad esempio, alle Camere di Commercio (o ad altri soggetti istituzionali) presso cui costituire organismi professionalmente competenti e connotati da indipendenza⁴⁶.

44 Il Legislatore tedesco, in conformità ad un pensiero già radicatosi in ambito giurisprudenziale, ha codificato, ex art. 313 BGB, il c.d. diritto all'adeguamento del contratto (senza tuttavia prevedere, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, l'intervento modificativo-conformativo del giudice). Sebbene sia intervenuto quasi contemporaneamente al Legislatore tedesco, quello olandese non si limita a prevedere il diritto di adeguamento del negozio in caso di sopravvenienze, ma si spinge sino al punto di attribuire al giudice il potere di intervenire sull'equilibrio del contratto. Il Code Civil, ai sensi del novellato art. 1195 c.c., al pari del codice olandese, ma a differenza di quello tedesco, ammette l'ingerenza del giudice nell'autonomia contrattuale tra le parti. Si tratta di una novità dirompente di tale ordinamento, sulla scorta della considerazione per cui, sino a quel momento, la giurisprudenza francese, più delle altre, si era mantenuta ferma sul principio di irrevocabilità del contratto; fanno eccezione a detta tendenza due pronunce isolate, emesse, rispettivamente, dal Conseil d'Etat nel 1916 e dalla Corte di Appello di Parigi nel 1976.

45 Linee Guida del Governo Inglese del 7 Maggio 2020 “Guidance on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the Covid-19 emergency”.

46 A conferma di questa impostazione si richiama l'esperienza recentemente avviata dall'Unioncamere dell'Emilia-Romagna, che ha promosso un progetto “i.re.ne”, il cui acronimo vuol dire Istituto per la Relazione e il Negoziato, con l'obiettivo di ripristinare, con una procedura a basso costo e veloce, le basi per una continuità nella relazione negoziale quando le parti di un rapporto contrattuale siano investite da criticità che non sono, in definitiva, imputabili a nessuna delle due parti. Ad assistere le parti nella rinegoiazione sono professionalità esterne alle Camere di Commercio di varia provenienza nazionale e di comprovata esperienza nel diritto contrattuale commerciale e finanziario, che aiutano le parti a ricalibrare i reciproci rapporti evitando di lasciarli degradare o interrompere traumaticamente, con il rischio di costosi, lunghi e incerti contenziosi.

I negoziatori sarebbero di ausilio nella trattativa assistendo le parti e formulando anche una proposta di rinegoziazione che possa rimettere in equilibrio le prestazioni. Nulla esclude peraltro che le parti scelgano di saltare la prima fase e preferiscano sin da subito essere aiutate a riformulare un accordo, dando così pronta attuazione all'obbligo.

Questa soluzione permetterebbe anche di allargare la prospettiva abbandonando, quando serve, l'approccio per così dire classico, in cui la valutazione della sopravvenienza è ristretta all'impatto che essa ha sul singolo rapporto controverso, così che il rimedio prospettato attiene alla singola fattispecie analizzata – e, in questo senso, è “monadico” –, per spostare il baricentro dell'analisi al di fuori (o meglio al di sopra) del singolo rapporto, in favore di un approccio che garantisca la conservazione dei rapporti contrattuali guardando anche oltre l'interesse dei singoli contraenti⁴⁷. Troverebbe così applicazione l'idea del Maestro secondo cui le regole negoziali cedono il passo laddove ci sia un'esigenza collettiva da salvaguardare⁴⁸.

47 Resta fermo che, in ogni caso, non vi sarebbe un enforcement specifico in caso di mancato accordo, ma che l'esito negativo della trattativa così condotta possa essere rilevante nell'eventuale successivo giudizio di risarcimento del danno, che si terrebbe (questo sì davanti ad arbitri o al giudice) davanti al giudice civile. Al riguardo, la valutazione del negoziatore sulla serietà della condotta delle parti recepita nel verbale che attesta il mancato accordo può essere infatti determinante ai fini risarcitori, così come diventa più facile forse anche determinare un criterio economico che funga da parametro nella quantificazione del danno risarcibile.

48 BIANCA, C.M.: “La nozione di”, cit., p. 422, che richiama l'idea del possibile uso della buona fede anche per valutare le deroghe alla “santità del contratto”, senza che ciò “indichi il tramonto della libertà individuale: essa indica piuttosto il declino dell'arbitrio del singolo in una società che vuole diventare comunità”.

BIBLIOGRAFIA

BARCELLONA, M.: "Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze", *Europa e diritto privato*, 2003, p. 476 ss.

BENEDETTI, A.M. – NATOLI, R.: "Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito, www.dirittobancario.it.

BIANCA, C.M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Riv. Dir. Civ.*, 1983, num. I, p. 205 ss.

BIANCA, C.M.: "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Realtà sociale ed effettività della norma*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 407 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 501 ss.

BIANCA, C.M.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 500.

BRIGUGLIO, A.: "Novità sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati", *Giustiziacivile.com.*, 7 ottobre 2020.

BUSNELLI, F.D.: "Note in tema di buona fede ed equità", *Riv. dir. civ.*, 2001, num. I, p. 537.

CARLEO, R.: "Effetti dell'emergenza pandemica Covid-19 sui rapporti contrattuali pendenti tra rimedi legislativi ordinari ed interventi normativi eccezionali", <https://www.camera.it/legl8/1347>, seduta del 27 aprile 2021.

CESÀRO, V.M. *Clausole di rinegoiazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 57 ss.

CESÀRO, V.M.: *Clausole di rinegoiazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 165 ss.

DOLMETTA, A.A.: "Il problema della rinegoiazione (ai tempi del coronavirus), *Giustiziacivile.com*.

FEDERICO, A.: "Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020, p. 242 ss.

FERRI, G.B.: "Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità", in *Quadrimestre*, 1988, p. 54 ss.

GALLO, P.: *Contratto e buona fede*, Utet, Torino, 2014.

GAMBINO, F., *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004.

GAMBINO, F.: "Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice", *Jus civile*, 2019, p. 397 ss.

GAMBINO, F.: "Rinegoziazione (dir. civ.)", *Enc. giur. Treccani*, XV, Ed. Enc. it., 2007, p. I ss.

GENTILI, A.: "La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto", *Contr. e impr.*, 2003 p. 701 ss.

GIOVENE, A.: *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Cedam, Padova, 1941.

GITTI, G. – VILLA, G.: *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

GRANDE STEVENS, "Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata", in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 195.

GRONDONA, M.: "Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, num. 12-bis, maggio 2020.

MACARIO, F.: "Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus", *Giustiziacivile.com.*, 17 marzo 2020.

MACARIO, F.: "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", *Giust. civ.*, 2014, num. 2, p. 825.

MACARIO, F.: "Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi", *Giust. Civ.*, 2014, p. 825 ss.

MACARIO, F.: *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MALVAGNA, U. – RABITTI, M.: "Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e co-regolazione", *Nuovo diritto civile*, 2020, num. 4, p. 369 ss.

NUZZO, M. *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975.

PIGNALOSA, M.P.: "Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze", *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, parte seconda, p. 411.

ROPPO, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1046.

SACCO, R. in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, II, Utet, 2004, p. 695 ss.

SICCHIERO, G.: "La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondata sull'equità ex art. 1374 c.c.", *Giur. It.*, marzo 2021, p. 589

SICCHIERO, G.: voce "Rinegoziazione", *Digesto Civ.*, Aggiornamento, II, Utet, Torino, 2003, p. 1217 ss.

SIRENA, P.: "L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 13.

UDA, G.M.: *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 67.

VETTORI, G.: "La giurisprudenza fonte del diritto privato?", *Riv. trim. dir. priv.*, 2017, p. 869.

VETTORI, G.: *Effettività tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020.

WILLIAMSON, O.E.: "*Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato*", in WILLIAMSON, O.E.: *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 122

ZEMIGNANI, F.: "La buona fede integrativa e l'obbligo di rinegoziazione: una rimeditazione ai tempi del Covid 19", *Giustiziacivile.com*, 17 dicembre 2020.