



La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici
di **STEFANIA PIA PERRINO**

SOMMARIO: 1. BREVI CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – 2. IL CONTRATTO PERTURBATO. – 3. LA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE. – 4. LA RINEGOZIAZIONE E LA COERCIBILITÀ DELL’OBBLIGO. – 5. ALCUNE RECENTI RIFORME – 6. IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. – 7. CONSIDERAZIONI FINALI.

Abstract

Pandemic, wars and crises have led to renewed attention around legal institutions aimed at coping with contract contingencies and ensuring its maintenance. These factors are compounded by the new Public Contracts Code, which brings innovative rules on preserving the contractual balance in the time hiatus between perfection and execution.

Among the NRP's milestones is the new Legislative Decree No. 36 of March 30, 2023, which, in Articles 9 and 120, allows the disadvantaged party to a public contract to invoke renegotiation in the face of extraordinary and unforeseeable circumstances.

The provisions of the code call for careful reflection by the interpreter, including the civilist, on the controversial issue of renegotiation.

The plan of investigation that is proposed moves from the analysis of relevant contingencies, theories on renegotiation as a technique for managing imbalance, the different meaning of the obligation to conclude the renegotiated contract, and, finally, the impact of the new Code, in order to draw some reflections *de iure condito* and *de iure condendo*.

1. Brevi considerazioni introduttive. Le recenti crisi economiche (Irti 2009; Alpa 1999), l'epidemia (Macario 2020; Benedetti-Natoli 2020) e i conflitti bellici in corso sono solo alcuni dei fenomeni che hanno determinato una rinnovata attenzione attorno agli istituti giuridici tesi a fronteggiare le sopravvenienze e a garantire la manutenzione del contratto (Macario 1996; Sacco 2016; Barcellona 2003; La Rocca 1984). A tali fattori, si somma la recente approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici (Sandulli 2023), che reca nuove regole sulla conservazione dell'equilibrio contrattuale nello iato temporale che intercorre tra perfezionamento ed esecuzione.

Gli artt. 9 e 120 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 prevedono che la parte svantaggiata possa invocare la rinegoziazione del contratto, a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili. Nel caso in cui non venga svolta la trattativa o la medesima si sia arenata senza dare luogo all'adeguamento del contratto agli *shock* esogeni¹⁰¹, la parte pregiudicata dalla sopravvenienza può adire l'autorità giudiziaria per conseguire l'adeguamento del contratto oppure la riduzione proporzionale del corrispettivo. In ogni caso, è consentito agire per il risarcimento del danno conseguente dalla violazione dell'obbligo legale di rinegoziare.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, 25.

Le disposizioni menzionate sollecitano un'attenta riflessione da parte dell'interprete, anche del civilista, sul controverso tema della rinegoziazione. Tale necessità di analisi deriva, in particolare, dalla giurisdizione del giudice ordinario sulla rinegoziazione dei contratti pubblici (Comporti 2018; Iannotta 2006)¹⁰², dalla applicazione delle regole del diritto comune alla fase della esecuzione (Blasini 2018), una volta esaurita la fase pubblicistica, e dalla idoneità di tali norme a influenzare le impostazioni esegetiche relative al perimetro di applicazione dell'obbligo di rinegoziazione, pure nei contratti di diritto privato.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, peraltro, fornisce al giurista l'occasione per analizzare le teorie alla base dell'obbligo di rinegoziare e del distinto obbligo di concludere un contratto rinegoziato, pure alla luce delle argomentazioni spese dalla giurisprudenza ordinaria e amministrativa¹⁰³, di merito (Patti 2011)¹⁰⁴ e di legittimità, nonché utilizzate recentemente sul punto dall'Ufficio del Massimario¹⁰⁵.

Il d.lgs. 36/2023 e la sua relazione accompagnatoria, ad una prima lettura, paiono evidenziare l'adesione ad una soluzione interpretativa solitamente declinata dalla clausola generale di buona fede oggettiva e dal generale obbligo di solidarietà sociale. Tuttavia, ad una più accurata analisi, i referenti normativi proposti confermano l'orientamento tradizionale, che nega l'esistenza di un obbligo generale di concludere il contratto rinegoziato, dotato di coercibilità per il tramite dell'azione di esatto adempimento. Ciò in quanto, come si dirà nel prosieguo, pure presentandosi come funzionale alla conservazione del contratto e alla buona fede *in executivis*, l'obbligo di concludere il contratto adeguato si pone al di fuori del perimetro di strumentalità (Pucella 2023; Nivarra 2022) rispetto all'originario interesse della parte, implica il compimento di nuove valutazioni, che accolta la tesi della coercibilità dell'obbligo, sarebbero svolte dal giudice. Come evidenzia la nuova disciplina sui contratti pubblici, difetta attualmente un referente normativo capace di imporre un obbligo generale: si è resa necessaria una norma speciale per autorizzare i contraenti dei contratti pubblici, dunque contratti speciali e già dotati di peculiare asimmetria, per conservare e modificare un contratto

¹⁰² Cass. civ., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 2144, in *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. Un., 22 maggio 2012, n. 8081, in *De Jure*; TAR Cagliari, sez. II, 27 aprile 2022, n. 284..

¹⁰³ TAR Puglia, sez. III, 18 luglio 2014, n. 952 in *De Jure*; Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, 1, c. 31.

¹⁰⁴ Trib. Puglia, 14 giugno 2011, ord., Masseria Cervarolo s.r.l. c. Banco di Napoli s.p.a., in *Contratti*, 2012, 7, 571; Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *Pluris*; Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, ord.; Trib. Bari, 9 giugno 2020 e Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Condominio e locazione*, 2 novembre 2020.

¹⁰⁵ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020.

divenuto squilibrato, altrimenti suscettibile di essere neutralizzato solo con i rimedi demolitori secondo le coordinate codicistiche.

Per le ragioni menzionate, il piano di indagine che si propone muove dalla analisi delle sopravvenienze rilevanti e dei rimedi, per poi esaminare l'impianto proposto dal nuovo Codice dei Contratti pubblici e così comporre alcune riflessioni a margine dei recenti interventi normativi favorevoli al riconoscimento dell'obbligo legale di concludere il contratto rinegoziato.

2. Il contratto perturbato. Il Codice civile italiano tratteggia la disciplina del contratto secondo una concezione di fisiologico equilibrio tra le parti nel momento genetico del contratto. Ciò consegue dal principio di tendenziale insindacabilità della sperequazione economica e normativa, allorquando determinata dalla autonomia negoziale, dal principio di vincolatività del contratto (Marasco 2006) e dal principio volontaristico, da cui dipende la necessaria produzione di effetti corrispondenti agli interessi delle parti. Questi principi trovano applicazione pure nei contratti di durata, nei quali si evidenzia la nota scissione diacronica tra atto negoziale e attuazione concreta del regolamento degli interessi (Macario 1996). Diversamente tale impostazione e i conseguenti corollari difettano, nei cc.dd. secondo e terzo contratto (Amadio 2008): nei contratti asimmetrici si considera uno squilibrio genetico, determinato da sperequazioni di carattere informativo ed economico, per individuare rimedi idonei a sindacare e neutralizzare lo squilibrio lesivo della parte debole.

Si badi: il contratto si concepisce come tendenzialmente equilibrato e non tendenzialmente completo, perché per quanto minuziosa possa essere la trattativa e la redazione del patto, è impossibile per i paciscenti divisare ogni esito e situazione connessa al contratto, specie in una fase esecutiva destinata a propagarsi per lungo tempo (Balestra 2020).

La simmetria codicistica non pare neutralizzata o turbata da istituti che offrono eccezionalmente spazio al sindacato del giudice sulla proporzionalità delle prestazioni e sul risultante equilibrio contrattuale. Ciò accade nella rescissione per stato di bisogno, purché configurata una lesione *ultra dimidium*, oppure in caso di conclusione del contratto con l'incapace naturale o, ancora, nei casi in cui la legge prevede in via imperativa il valore economico della prestazione, come accade nella disciplina dei prezzi imposti, oppure quando il legislatore attribuisce eccezionalmente al giudice un sindacato sulla manifesta sproporzione delle prestazioni, nella disciplina tesa a neutralizzare

l'usura c.d. reale. Tali istituti confermano i menzionati principi di insindacabilità, vincolatività e di volontà, mediante l'introduzione di deroghe specifiche, tipizzate e prevedibili da parte dei contraenti. Come acutamente osservato da menti più illuminate della scrivente, «la delusione individuale è il prezzo da pagare per conservare una struttura ordinamentale che renda ancora possibile la sostanziale predicibilità delle soluzioni normative» (Piraino 2017). Anche la Cassazione pare essere di tale avviso: è vero che non esistono contratti inappuntabili (Franzoni 1999), ma «chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando “lo squilibrio delle prestazioni”. L'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio della libertà negoziale»¹⁰⁶. Il codice, come ricorda la Cassazione, dedica alcune disposizioni allo squilibrio sopravvenuto e ad alcune sopravvenienze tipiche (Calisai 2016). Le disposizioni sono poche, disordinate, eterogenee e risentono tutte delle caratteristiche tipologiche delle fattispecie cui fanno riferimento (Gabrielli 2017).

Le sopravvenienze (Osti 1912) consistono in fenomeni perturbativi, che si manifestano dopo il perfezionamento del contratto e prima dell'esaurimento dei suoi effetti. Questi *shock*, che incidono sul contratto *in executivis*, non sono infrequenti, come si evidenzia nel periodo storico contingente, e la loro incidenza cresce con l'aumentare della scissione tra l'atto e l'attuazione. Si fa riferimento a eventi esterni ed estranei all'autonomia delle parti, non previsti o non prevedibili dalle medesime, determinati da fattori umani o naturali, esogeni al contratto, come un'epidemia, oppure determinate dall'intervento di nuove leggi (Gabrielli 2017) e provvedimenti della pubblica autorità, come è accaduto con le regole di gestione del rischio di diffusione del virus Covid-19 (Iorio 2020).

Le sopravvenienze sfidano «la tenuta del programma» (Oppo 1992) e così incidono sulle prestazioni oggetto del contratto, determinandone una modificazione della utilità, in via qualitativa.

Lo studio delle sopravvenienze e della loro gestione assume rilevanza per una categoria di contratti di durata, elaborata dalla dogmatica nordamericana: i c.d. *relational contracts* (McNeal 1980). Mentre il Codice civile italiano sembra fondato sull'idea dello scambio istantaneo (Balestra 2020; Roppo 2006), isolato, atomistico, la teoria relazionale propone uno studio per l'elaborazione di rimedi sagomati attorno ad una categoria di contratti non nominata nell'ordinamento italiano positivo, ma sicuramente

¹⁰⁶ Cass. civ., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in CED Cass., 2023.

diffusa nella prassi. Si tratta di contratti di durata, dunque contraddistinti dalla successione diacronica tra perfezionamento e momento esecutivo, ma caratterizzati da ulteriori peculiarità, tra cui l'elevata interazione personale e un alto gradiente di cooperazione dei contraenti (Fondrieschi 2018). Simili fattori impattano sulla massimizzazione degli interessi perseguiti dalle parti e, pertanto, assumono rilievo non solo il consenso prestato al momento della conclusione dei contratti, ma pure i fattori emersi nel corso della implementazione di quanto pianificato.

I contratti che taluni interpreti collocano in questa categoria fondano un vincolo giuridico tra i contraenti distante dal modello del contratto di scambio e assai simile a quello dei contratti associativi (Ferro Luzzi 1971).

Nella esecuzione dei contratti relazionali è centrale la flessibilità, perché forma oggetto del consenso iniziale, da essa dipende la riallocazione di poteri tra i contraenti nella dimensione dinamica del contratto e costituisce il substrato per la solidarietà contrattuale (Austen-Baker 2009), funzionale alla continuità del rapporto.

Sicuro il fascino della teoria relazionale, meno certo appare il riscontro normativo della categoria, degli strumenti di attuazione di flessibilità, solidarietà e continuità, oltre che dei limiti imposti all'adeguamento giudiziale del contratto (Barcellona 2003).

3. La gestione delle sopravvenienze. Le parti possono farsi virtuose e individuare strumenti specifici di gestione di sopravvenienze tipiche e atipiche (Sacco De Nova 2004; Macario 2014), entro clausole contrattuali (Del Prato 2016; Gallo 2011; Romeo 2019), maggiormente confacenti agli interessi che animano il contratto. Con tali strumenti convenuti in contratto, le parti possono predisporre l'adeguamento o attribuire lo *ius variandi* (Iorio 2020; Sackel 1903) o addirittura la rinegoziazione (Macario 1996; Costanza 1992). Con la prima tipologia di clausole si individuano *ex ante* i parametri ai quali conformare il contratto in sede di modifica e l'operazione di adeguamento è frutto di un procedimento di calcolo. Nella seconda categoria, invece, si consente, all'insorgere di fenomeni individuati, la modifica del regolamento contrattuale *ex post* e a seconda delle circostanze del caso concreto (Pignalosa 2015). La rinegoziazione, autorizzata dalla terza tipologia di clausole, consiste nella riattivazione della trattativa sul contratto già concluso dalle parti, al sopraggiungere di un evento non preventivamente specificata nel contratto, ma idoneo a modificarne l'equilibrio. Il risultato della nuova trattativa, tuttavia, deve ricadere «*within the scope of the contract*» (Dreatta 1998). Riferimento,

quest'ultimo, che tornerà utile nel prosieguo con riferimento alla rinegoziazione dei contratti pubblici, prima e dopo la recentissima riforma.

La terza tipologia di clausole impone una nuova trattativa all'insorgere di sopravvenienze squilibranti, che esita nel raggiungimento di un accordo riequilibrante tra le parti. Eppure, anche in presenza di una clausola di questo genere, le parti restano esposte al rischio che la nuova trattativa fallisca (Gabrielli 2017; Schwartz 1997; Haart Moore 1999; Williamson 1987).

Tra le clausole di rinegoziazione si annoverano le c.d. clausole di *hardship* (Frignani 1991), frequentemente adoperate nella prassi dei contratti del commercio internazionale (Iorio 2022), ma prive di una disciplina a livello sovranazionale (Uribe 2013). È invece nella *soft law* che si rintracciano alcuni importanti esempi di regolazione delle sopravvenienze in chiave conservativa del contratto *in executivis*, tra cui i Principi Unidroit, PECL e DCFR, tra loro simili, perché dotati di approcci comuni, ancorché recanti soluzioni diversificate.

I principi Unidroit identificano il concetto di *hardship* a fronte dell'evento non pronosticato e imprevedibile, estraneo al dominio dei contraenti e alla ordinaria alea del contratto. Configurata la sopravvenienza, per l'aumento dei costi della prestazione di una parte del contratto oppure per la diminuzione del valore della controprestazione, l'art. 6.2.3. Unidroit consente alla parte svantaggiata di domandare alla controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo entro un termine ragionevole, di agire in giudizio per domandare la risoluzione del contratto, decidendone i modi e la scansione temporale, oppure l'eterointegrazione giudiziale del regolamento contrattuale.

Gli artt. 6:111 e ss. dei Principi Lando (Macario 2006) del diritto europeo dei contratti (PECL) considerano le circostanze non prevedibili al momento della stipula, ma sopravvenute nel momento di esecuzione del contratto, purché superino il rischio assunto al momento del perfezionamento del contratto. Si prevede un dovere di avviare le trattative allo scopo di mantenere o sciogliere il contratto, fermo restando la possibilità di domandare al giudice la condanna al risarcimento dei danni per la perdita cagionata alla parte svantaggiata, per una trattativa non eseguita o interrotta in contrasto con la buona fede oggettiva. Le parti possono decidere se rivolgersi all'autorità giudiziaria per l'adeguamento del contratto e così ottenere una ripartizione equa di vantaggi e perdite.

L'art. III-3:104 DCFR, poi, specifica quanto previsto da Unidroit e PECL: si pone solo in capo alla parte svantaggiata l'obbligo di tentare una rinegoziazione e, in difetto

di una trattativa, la violazione del canone di correttezza legittima la stessa parte a adire il giudice per l'adeguamento o lo scioglimento del contratto.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, nei casi in cui le parti non si siano preoccupate delle eventuali sopravvenienze, sono previsti alcuni strumenti di autotutela interna (Piperata 2015). Tra questi congegni di reazione all'alterazione funzionale, emerge la prevalenza quantitativa di meccanismi idonei a far caducare il negozio (Amadio 2006; Dellacasa Addis 2006), rispetto ai meccanismi manutentivi per la conservazione del contratto. Se ne individuano nella disciplina generale del contratto e se ne rintracciano pure nella disciplina speciale dei contratti nominati e tipici.

Difetta, invece, una disposizione generale di autotutela, per la rinegoziazione del contratto, simile all'art. 313 BGB o tantomeno al neo-introdotta art. 1195 *Code civil* (Tuccari 2018).

4. La rinegoziazione e la coercibilità dell'obbligo. È utile a questo punto comprendere se possano ricavarsi, a legislazione invariata e pure tramite i principi generali dell'ordinamento, referenti normativi e meccanismi capaci di offrire alle parti tecniche di conservazione del rapporto contrattuale squilibrato. Da tempo (Gallo 1992; Macario 1996; Sicchiero 2003), infatti, si è imposta l'importante *querelle* interpretativa in ordine alla sussistenza di un obbligo legale di riattivare le trattative e del diverso obbligo di concludere il contratto rinegoziato, senza una clausola contrattuale espressiva di tali obblighi in capo alle parti. Conseguentemente, si è posto l'interrogativo in ordine alle sanzioni per il rifiuto di conclusione o per la conduzione maliziosa della nuova trattativa, nonché al potere di integrazione del giudice, a fronte della violazione degli obblighi menzionati.

Vari appigli vengono proposti per ampliare i rimedi sinallagmatici e consentire le modificazioni della disciplina *che ha forza di legge tra le parti*.

Secondo una prima linea di pensiero, è possibile rintracciare l'obbligo generale di rinegoziazione nella interpretazione evolutiva dell'art. 1467 c.c., in uno con l'art. 1374 c.c. (Mengoni 1986; Rodotà 1987). La norma, dedicata alla eccessiva onerosità sopravvenuta, al comma 3° favorisce la conservazione del contratto, proprio attraverso la configurazione della facoltà, in capo alla parte avvantaggiata dallo *shock* esogeno al contratto, di proporre alla controparte una modifica delle condizioni secondo equità. Secondo la teoria in esame, l'art. 1467, così come l'art. 1468 c.c., programma procedimenti di gestione della eccessiva onerosità per sollevare il negozio da

determinati effetti iniqui. Nulla escluderebbe la produzione di rimedi equitativi, ulteriori rispetto alla risoluzione e alla riduzione, per la cura del contratto.

La via intrapresa dagli studiosi, per rimediare alle sopravvenienze atipiche, è quella dell'equità: «l'art. 1374 c.c. it. ci dice che il contratto scatena tutte le conseguenze che gli si confanno in base all'idea dell'equità» (Sacco 2016). Dunque, non è implicita la volontà dei paciscenti di rimettere in discussione il contratto a fronte di eventi straordinari e imprevedibili, ma è l'equità ad integrare il contenuto del contratto. L'integrazione non nascerebbe dalla volontà, né da una clausola espressa né da una implicita, ma dalla legge. Ciò determinerebbe una automatica operatività dell'obbligo di rinegoziare.

Si valorizza, inoltre, l'esistenza di alcuni generici obblighi di trattare, senza una specifica predeterminazione del contenuto dell'accordo sul quale si intende negoziare. Il pensiero corre al diritto del lavoro e al diritto sindacale (Zoli 1992). Si evidenzia, così, che la rinegoziazione senza specifica clausola contrattuale non risulta estranea oppure in contrasto al sistema giuridico italiano. Eppure, pur facendo riferimento a contratti di diritto comune, non si può non considerare la disciplina speciale loro dedicata. Inoltre, si deve osservare che in tali casi non viene in rilievo l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di contrarre, quanto piuttosto vicende che ineriscono ad una fase precontrattuale, e il diritto sindacale non prevede uno specifico obbligo coercibile che conduce a una pronuncia da parte del giudice, recante la regolamentazione dell'accordo oggetto della trattativa.

La ricostruzione fondata sulla offerta di riduzione e sull'equità ha incontrato alcune criticità, che si sintetizzano come segue.

La norma richiamata prevede che solo una parte possa avanzare la proposta di riduzione ad equità, per evitare la caducazione del contratto (Barcellona 2003; Tuccari 2018): si tratta della parte contro la quale è domandata la risoluzione, ossia la parte avvantaggiata e che beneficia di una prestazione divenuta molto costosa per eventi imprevedibili e straordinari. La disciplina accorda un diritto potestativo (Iorio 2020) al convenuto in risoluzione, che egli esercita nel proprio interesse e che il legislatore accorda espressamente ma solo nell'interesse della parte avvantaggiata, con un meccanismo assimilabile a quello della riduzione a equità del contratto rescindibile (Roppo 2011). Pure a volere estendere i confini applicativi della disposizione oltre la eccessiva onerosità, non si potrebbe realizzare una interpretazione capace di attribuire pure alla parte svantaggiata una simile situazione giuridica soggettiva, se non

svalutando il dato letterale, la collocazione topografica e la *ratio* del comma 3° dell'art. 1467 c.c.

Anche l'applicazione analogica di una simile disposizione è destinata a fallire, attesa la volontarietà della lacuna. Mentre ammettere un'interpretazione evolutiva della riduzione ad equità in chiave generalizzata rischia, nel caso in cui la proposta di rinegoziazione non abbia avuto seguito, di attribuire al giudice, adito per l'inadempimento, un sindacato sull'offerta di riduzione equa. La valutazione del giudice andrebbe inevitabilmente a sostituirsi all'apprezzamento della parte che non ha accettato la rinegoziazione, pur essendone l'unica negativamente incisa, e una simile sostituzione non ha incontrato neppure il favore della giurisprudenza. L'opzione interpretativa contrasterebbe con il modello consensualistico della gestione del rischio, cristallizzato dall'art. 1467 c.c., in cui si privilegiano le ragioni della volontà. Mentre nel modello delineato dalla disposizione da ultimo richiamata le ragioni della efficienza economica cedono davanti all'autodeterminazione del creditore, nell'art. 1664 c.c. si evidenzia un regime opposto, ossia uno schema, questo sì, conservativo di gestione del rischio, in cui si privilegiano le ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse, per la protezione di investimenti dedicati e la loro ottimizzazione economica (Barcellona 2003).

Si deve poi considerare la scelta lessicale: la disposizione parla di un'offerta, non di una domanda (Gabrielli 2017). Non si individua nella riduzione del contratto ad equità un atto simmetrico rispetto alla domanda di risoluzione. Dunque, non è stato delineato un meccanismo generale, proprio come quello risolutorio, previsto per demolire il contratto sbilanciato dalla sopravvenienza. E, ancora, la disposizione in esame accorda una facoltà (Gentili 2003) di ricondurre a equità, ma non anche un obbligo di proporre modifiche al contratto: sicché riconoscere un obbligo di rinegoziare finirebbe per trasformare il diritto potestativo a evitare la risoluzione in obbligo di trattare per portare il contratto a equità (Tuccari 2018). A ben vedere, l'art. 1467 c.c. prevede la facoltà di ricorrere a un negozio unilaterale modificativo della situazione giuridica (Sirena 2006), contestualmente estintivo della risoluzione, mentre non impone una vicenda negoziale bilaterale. L'offerta produce effetti in via autonoma, ha «un carattere sostanziale» (Iorio 2020; Bianca 2000), che non abbisogna del successivo provvedimento giudiziale. Dunque, diversa è la natura della situazione giuridica accordata e diversa pure è la natura del risultato conseguibile da parte del titolare della facoltà.

L'offerta, peraltro, deve essere formulata in modo specifico: secondo una lettura sistematica e coordinata degli artt. 1467 e 1450 c.c., il contenuto dell'offerta deve essere

determinata o quantomeno determinabile, per consentire al giudice di valutare l' "equità" della proposta e non anche di rimodulare il contratto. L'equità di cui fa parola il comma 3° dell'art. 1467 c.c. assurge a criterio di valutazione di una dichiarazione della parte, mentre non è inteso come un criterio di adeguamento (oltre che di valutazione) giudiziale del contenuto del contratto (Galvano 2004). Pretendere la rinegoziazione, per questa via, non consentirebbe di rispettare il canone di determinatezza della offerta e devolverebbe al giudice la determinazione del nuovo oggetto del contratto, con una forzatura ulteriore della lettera della disposizione.

Si arriva, a questo punto, al problema di fondo della tesi che muove dal meccanismo di riduzione e dall'asserito ricorso all'equità. Una cosa è il giudizio secondo equità e altra è il ripristino dell'equilibrio: quando gli artt. 1467 e 1450 c.c. demandano al giudice la valutazione dell'equità della proposta di riduzione, lo fanno in senso atecnico, in realtà indicativo del rapporto di equivalenza tra prestazioni. In questo modo, il legislatore perimetra l'ambito di esercizio della discrezionalità tecnica (Gabrielli 2017) devoluta al giudice. Diversamente, la riconduzione ad equità dell'intero *ménage* contrattuale è priva di limitazioni in capo al giudice, nell'uso della giustizia del caso concreto. Dunque, nell'art. 1467, così come nell'art. 1450 c.c., non si rinviene davvero un giudizio di equità, non c'è vera giustizia del caso concreto, ma un intervento meramente teso a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni pattuite (Gabrielli 2017). Venuto meno il riferimento all'equità, come elemento caratterizzante l'art. 1467 c.c., viene meno pure lo spazio applicativo per un'integrazione del contratto, da parte del giudice, fondata sul criterio equitativo.

Pure a volere ritenere, e così non è, che qui di autentica equità si discorre, se ne deve considerare la sua impropria applicazione: l'equità è criterio di determinazione per l'integrazione delle lacune del regolamento contrattuale, cui si fa ricorso quando alcuni aspetti non sono stati puntualmente determinati dalle parti, dalla legge o dagli usi (Bigliuzzi Geri 1991). Tuttavia, per la gestione della sopravvenienza mediante adeguamento giudiziale non si può fare riferimento ad una lacuna in senso stretto: la clausola per la manutenzione del contratto manca, ma gli interessi che guidano la conservazione devono essere rinvenuti nel contratto, per effetto della sola interpretazione e non anche l'invenzione del giudice. L'equità, a differenza della buona fede, non integra il contratto con obblighi e diritti inespressi, mentre la rinegoziazione dovrebbe tendere a realizzare la volontà delle parti così come evincibile dall'atto di autonomia calato nella situazione caratterizzata da sopravvenienza (Macario 1996).

La contraddizione, allora, tra l'art. 1467 co. 3 c.c. e gli obblighi di rinegoziazione e di concludere il contratto rinegoziato è «insanabile» (Terranova 2020).

Un itinerario esegetico più risalente (Osti 1959; Cogliolo 1917), ma mai sopito, considera impliciti, in ciascun contratto, specie quelli dal carattere relazionale o comunque di durata o a esecuzione differita, il patto o la clausola di adeguamento dell'accordo alle eventuali sopravvenienze. Sussisterebbe una "clausola in bianco" (Tuccari 2014) nei contratti a lungo termine e, dal momento che ciascun contratto può essere inteso come fisiologicamente incompleto, ogni contratto trova applicazione fintanto che perdurano le condizioni applicative originarie. Parimenti, ciascun accordo potrebbe abilitare alla rinegoziazione con l'intervento di *shock* esogeni. Anzi la crisi o gli eventi straordinari impongono alle parti di sedere nuovamente al tavolo delle trattative per salvare il contratto.

Sempre in accordo con questa ricostruzione il dovere di negoziare equivale a un obbligo di contrarre, secondo i parametri che emergono dal contenuto dell'accordo originario, tenuto conto degli eventi sopravvenuti. A questo punto, se le parti sono concordi allora concludono la nuova trattativa con la modifica; in caso contrario, la parte che vuole conseguire la rinegoziazione può adire l'autorità giudiziaria per conseguire un verdetto favorevole, con la revisione del contratto. Per impedire ciò, occorre che il contratto rechi un'apposita clausola preclusiva della revisione e la "clausola di non revisibilità" (Sacco 2006) costituisce modalità di esercizio della autonomia contrattuale e negoziale, con cui le parti si espongono alle conseguenze della esclusiva applicazione dei rimedi demolitori. Si riscontra un'inversione logica oltre che politica (Gambino 2007; Bianca 2000; Alpa 1989), rispetto a quella tratteggiata dal Codice civile: secondo questa tesi serve una clausola che blocchi la revisione del contratto per impedire la rinegoziazione alle parti, altrimenti sempre consentita. Inoltre, la ricostruzione non sembra spiegare perché, come ed entro quali limiti l'obbligo di contrattare diviene coercibile. Ancor più che nella tesi della equità integrativa del contratto, la posizione negativa di soggezione del contraente svantaggiato dalla sopravvenienza trasmuta, oltre i parametri di legge, in un diritto di trattare con l'avvantaggiato, il quale, a sua volta, trasfigura: da titolare di diritto potestativo egli diviene contraente assoggettato alla sopravvenienza.

Altre ricostruzioni non hanno mancato di rievocare il risalente e sempre troppo poco indagato istituto della presupposizione (Cautadella 1966; Bessone 1982; Caccavale 2004). La teoria considera l'istituto quale il migliore strumento di raccordo tra

il momento statico e dinamico del contratto. Secondo taluni, la tematica va inquadrata e risolta all'interno dell'errore comune o bilaterale (Pietrobon 1963); secondo altri, occorre operare un raffronto tra la funzione concreta cui è asservito il contratto, sulla quale il giudice opera un controllo nei casi di rescissione per lesione e di eccessiva onerosità sopravvenuta, e il presupposto negoziale, inteso come una causa di turbamento del processo con cui i contraenti giungono a stabilire la ragione dello scambio. Così delineato il discorso: sfuma la differenza fra presupposizione e sopravvenienza (Cautadella 1966; Bessone D'Angelo 1986), a ben vedere le determinazioni dei contraenti si sono fondate su una rappresentazione della realtà inesatta, perché incompleta. Tuttavia, il ricorso alla presupposizione consente un inquadramento ma non anche di rintracciare una soluzione conservativa, atteso che, secondo l'orientamento maggioritario, per il suo tramite si consente ai contraenti, che si sono rappresentati la realtà inesatta perché incompleta, la risoluzione del contratto (Windscheid 1879; Maggiolo 2014) e, secondo l'orientamento intermedio, il recesso (Riccio 2008)¹⁰⁷. L'operatività del meccanismo della presupposizione non consentirebbe, invece, di giustificare la rinegoziazione, specie intesa come obbligo giuridico dotato di coercibilità.

Secondo una diversa teoria (Macario 1996), che per vero sembra procedere dal rilievo mosso alla tesi fondata sull'equità, si deve ricostruire la fattispecie costitutiva dell'obbligo di rinegoziare partendo dagli artt. 1175, 1375, 1366 c.c. ed evocando la buona fede oggettiva. La clausola generale fonda, secondo questo approccio, una serie di diritti e obblighi non espressamente contenuti nel contratto, tra cui figura il diritto delle parti di modificare il contenuto del contratto al ricorrere di sopravvenienze quantitative ma soprattutto qualitative. Assume rilievo, più precisamente, la buona fede con funzione integrativa, sicché pure in difetto di una disposizione contrattuale volta a riattivare le trattative a fronte di una sopravvenienza, soccorre un obbligo legale, promanante dalla correttezza e la buona fede in senso oggettivo (Betti 1943; Santoro Passarelli 1962; Bianca-Patti 1991).

La teoria in discorso, mira a sterilizzare gli effetti di un rifiuto della parte che si ostina a eseguire le condizioni originariamente pattuite, oramai incongrue: il comportamento dell' "ostinato" contraente, alla luce del canone generale di correttezza, diviene un contegno opportunistico, negativamente considerato dall'ordinamento, che

¹⁰⁷ Cass. civ., 24 aprile 1952, in *Giur. It.*, 1952, 1, c. 894; Cass. civ., Sez. Un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. Comm.*, 1953, 2, 282 e, più recentemente, Cass. civ., sez. I, 15 dicembre 2021, n. 40279, in *D&G*, 16 dicembre 2021.

determina il diritto della controparte a sospendere l'esecuzione e a domandare il risarcimento del danno.

Rifuggendo dalla applicazione dell'art. 1467 c.c., si evita di fare applicazione della rinegoziazione nei soli casi e nelle condizioni previste per la risoluzione tesa a fronteggiare l'eccessiva onerosità (Macario 1996). Tuttavia, la tesi mira ad assorbire pure il meccanismo di adeguamento che fa capo all'art. 1467 co. 3° c.c. (Macario 1996).

La soluzione, come si osserva da più parti, è audace ma il risultato non è così eversivo (Roppo 2011). Si evidenziano più disposizioni espressive della esigenza conservativa del contratto. Il pensiero corre agli artt. 1464, 1467, co. 3°, 1468, 1664, 1623 c.c., 168 disp. att., nonché 2932 c.c.

In un contratto a prestazioni corrispettive, se si verifica una sopravvenienza idonea a rendere impossibile in via oggettiva parte della prestazione, la controparte ha diritto alla riduzione in via corrispondente della prestazione dovuta. La rimodulazione della consistenza delle prestazioni, prevista dall'art. 1464 c.c., risulta alternativa, non eccezionale, al recesso dal contratto. Tuttavia, esiste un'importante differenza tra le due conseguenze dell'inadempimento parziale, in quanto è possibile recedere quando sia venuto meno l'interesse alla prestazione, in caso contrario la parte può invocare solo la riduzione. Simili considerazioni sono in parte applicabili all'art. 1467 c.c., nel caso in cui si riscontri l'eccessiva onerosità nei contratti a prestazioni corrispettive. A fronte della sopravvenienza squilibrante, il legislatore prevede due soluzioni alternative, secondo questa teoria: da un lato, consente alle parti di liberarsi del vincolo contrattuale, dall'altro, consente alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza imprevedibile e straordinaria di offrire una modifica delle condizioni del contratto secondo equità. Secondo la dottrina (Galletto 1988), il legislatore avrebbe così codificato la clausola *rebus sic stantibus* (Osti 1913; Andreoli 1938). Regola, quest'ultima, che costituirebbe una «sorta di contraltare al menzionato brocardo sul dovere di rispettare i patti» (Roppo 2011). Nella disciplina del contratto di affitto, poi, l'art. 1623 c.c. prevede la possibilità di conservare il contratto a fronte di sopravvenienza di fatto o di diritto, che incide notevolmente sulle prestazioni importando una perdita o un vantaggio. Anche le regole sull'appalto sono sensibili alle sopravvenienze: l'artt. 1664 c.c. consente di richiedere una revisione del prezzo nel caso in cui le sopravvenienze importino variazioni di spesa per l'acquisto dei materiali o per il pagamento della manodopera, eccedenti un decimo del prezzo originariamente convenuto nel contratto.

In aggiunta, l'ultimo comma dell'art. 1664 riconosce il diritto ad un equo compenso a fronte di difficoltà di esecuzione derivanti da fattori naturali o strutturali non imputabili all'appaltatore, tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione di quest'ultimo.

Dunque, sono numerosi i referenti normativi, ancorché eterogenei e disordinati, e in essi il legislatore italiano manifesta la sua «riluttanza a condurre alla rovina il debitore senza una giustificazione completamente soddisfacente del sacrificio che gli impone» (Sacco 2006). Allora, l'esigenza di mantenere e, così, di rinegoziare non è estranea al tessuto normativo e si assume come comportamento corretto.

Questo processo trae l'abbrivio non solo dai diversi indici normativi di rango primario, ma pure dalla valorizzazione del principio di solidarietà costituzionale (Balestra 2020; Grondona 2004).

Insieme al dovere di solidarietà sociale, la correttezza e la buona fede divengono presupposti per la conformazione: la teoria finisce per individuare non solo obblighi "a contenuto negativo", ma pure obblighi "a contenuto positivo" e "superpositivo" (Rodotà 1969; Tuccari 2018), ossia funzionali al raggiungimento di un equilibrio contrattuale, *ex post* e giusto, a cui però si erano disinteressati durante la prima trattativa.

A fronte di un ingiustificato diniego alla rinegoziazione o in caso di trattativa maliziosa, il giudice può interpretare la volontà delle parti, già espressa ed oggettivizzata nel contratto, ricostruire l'operazione negoziale, calarla nella realtà fenomenica caratterizzata dalla sopravvenienza e, infine, individuare le soluzioni idonee all'adeguamento della convenzione, attraverso la tutela in forma specifica, *ex art. 2932 c.c.* (Cesaro 2000; Macario 1996; Costanza 1992). Se così non fosse, non vi sarebbe alcuna idonea conseguenza al rifiuto alla nuova trattativa. Ne deriverebbe un obbligo privo di una "sanzione" per l'"antagonista" alla rinegoziazione fallita: il risarcimento del danno non varrebbe a salvare un contratto che, in un approccio relazionale, si vorrebbe preservare per meglio allocare o giustificare gli investimenti sostenuti. Per questa via, allora, si accostano l'obbligo di rinegoziare e l'obbligo di perfezionare un accordo adeguato alla sopravvenienza, senza soluzione di continuità.

Il richiamo all'art. 2932 c.c. viene giustificato affermando che non sempre l'esatto adempimento non coincide sempre con la costituzione di un titolo traslativo della proprietà; inoltre, i limiti all'adeguamento giudiziale sono posti dai termini della trattativa che ha preceduto il contratto squilibrato. Semmai è concesso alle parti di evitare l'invasione della propria sfera di autonomia privata escludendo l'operatività del rimedio

in discorso con esplicita pattuizione. Ancora una volta si determina una inversione della impostazione logica e politica dell'impianto codicistico.

Almeno fino alla deflagrante esperienza pandemica, erano (e come si vedrà sono) ben pochi i precedenti giurisprudenziali che hanno accolto le precedenti ricostruzioni.

Nel 2011 il Tribunale di Bari (Patti 2013)¹⁰⁸ ha affermato la natura generale del dovere di rinegoziazione, il quale trova la sua base normativa negli artt. 1175, 1375, 1366 e 1367 c.c. Secondo il giudice, contravviene a buona fede il contraente che rifiuta ingiustificatamente di riattivare la trattativa avvantaggiandosi della sopravvenienza, arrecando un sacrificio eccessivo alla controparte. Tuttavia, dinanzi a siffatta violazione appare insoddisfacente lo scioglimento del vincolo ed il risarcimento del danno, in quanto si omette di considerare l'interesse delle parti, ivi compresa quella svantaggiata, alla permanenza del vincolo, ancorché epurato delle conseguenze squilibranti. Peraltro, il risarcimento risulterebbe limitato all'interesse negativo. Per questi motivi, il giudice sarà chiamato a ricostruire il contratto epurato, in via interpretativa, degli elementi squilibranti e a emettere sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., che tenga luogo del contratto rinegoziato. Secondo il giudice pugliese, non esiste un'incompatibilità tra i principi sanciti dagli artt. 1325, 1372 e 1376 c.c. e la ricostruzione giudiziale del contratto, in quanto occorre perseguire l'obiettivo della conservazione ai sensi dell'art. 1367 c.c. Si deve, tuttavia, considerare che il Tribunale di Bari, nella pronuncia sommariamente richiamata, non ha affrontato il tema della necessaria conformità tra sentenza e contratto inadempito, ai sensi dell'art. 2932 c.c., ritenendo applicabile in via acritica la disposizione al caso di specie.

Anche l'Adunanza Plenaria¹⁰⁹ del Consiglio di Stato, occupandosi della pregiudiziale amministrativa, ossia dell'autonomia dell'azione di risarcimento del danno rispetto alla domanda di annullamento, ha raggiunto conclusioni simili a quelle del tribunale ordinario pugliese. Anche in tal caso, si attribuisce rilevanza alla manutenzione del contratto, con un limite alla conservazione nell'apprezzabile sacrificio della controparte. In specie, il Supremo consesso della giustizia amministrativa ha sostenuto che non si può imporre alla parte un'operazione onerosa, gravosa, straordinaria, rischiosa che superi i limiti di un notevole ed apprezzabile sacrificio.

Eppure, secondo l'orientamento maggioritario in sede pretoria, il legislatore consente allo svantaggiato la risoluzione o la conservazione del contratto originario e,

¹⁰⁸ Trib. Bari, 14 giugno 2011, ord., in *Contratti*, 2012, 571 ss.; Trib. Bari, 31 luglio 2012, ord., in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, 2, 117; Trib. Bologna, 26 aprile 2013, ord.

¹⁰⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *dait.governo.gov.it*.

pure accogliendo la ricostruzione in cui la clausola generale di correttezza è intesa come integrativa e cogente, essa non può essere spingersi fino a prevedere un obbligo di rinegoziazione in capo ad una parte per mutare l'assetto contrattuale.

La materia sembrava destinata a rimanere nell'ambito degli studi teorici, senza concrete applicazioni pratiche. Così non è stato, perché la pandemia, il conflitto bellico e gli eventi straordinari hanno fatto emergere nuovamente la questione e consentito agli interpreti (Monti 2020) di farne applicazione nelle fattispecie concrete. Da un lato, sono state introdotte una serie di disposizioni per il mutuo, la locazione commerciale, per le imprese in crisi e, dall'altro, per quanto concerne l'adempimento è stato inserito l'art. 91 d. l. 18/2020, c.d. Cura Italia. La disposizione da ultimo citata non brilla per la tecnica redazionale e, per questo, ha ulteriormente sollecitato un vivace dibattito dottrinale.

L'art. 91 d.l. 18/2020 considera l'incidenza delle disposizioni del Governo per il contenimento del virus e, per tale ragione, prevede che sia sempre valutato dal giudice il rispetto di tali norme al fine di valutare la responsabilità del debitore da inadempimento delle proprie obbligazioni. Si sono, però, posti dei dubbi in ordine al significato della valutazione devoluta al giudice.

Una prima ricostruzione ha opinato che il legislatore ha inteso tutelare la parte inadempiente liberandola dall'onere probatorio. In accordo con una terza opzione esegetica, l'art. 91 d. l. 18/2020 traccia un *iter* interpretativo e motivazionale per il giudice, il quale è chiamato a sindacare sull'inadempimento, ciononostante egli non può non considerare l'incidenza dell'epidemia e deve appurare l'eziologia tra l'ossequio delle disposizioni anti-Covid19 e l'inadempimento. Secondo una più accurata lettura, invece, si tratterebbe di una norma non solo emergenziale ma emozionale: il legislatore, in un periodo particolarmente concitato, ha inteso assicurare il cittadino e le imprese. Non si tratterebbe di una disposizione innovativa, in quanto l'epidemia e le misure di contenimento integrano già il c.d. *factum principis*, sicché sono sufficienti le regole contenute negli artt. 1453 e ss. c.c. nonché gli approdi già raggiunti in punto di rinegoziazione del contratto squilibrato dal fattore perturbante.

Si discute qui della disciplina emergenziale, non tanto per affermarne la centralità nel discorso sulla rinegoziazione quanto piuttosto per evidenziare il suo ruolo di innesco per alcune recenti pronunce della giurisprudenza e una nota relazione tematica sul punto.

L'ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione ha redatto, infatti, una relazione¹¹⁰ (Chianale 2022; Sbisà 2022) che ha ricostruito la disciplina dedicata alla gestione delle sopravvenienze, esaminato le normative anti-Covid19 e svolto un'analisi attorno all'istituto della rinegoziazione.

Nella controversa relazione tematica si afferma che nell'ordinamento italiano è rinvenibile un generale obbligo di rinegoziazione, in applicazione degli artt. 2, 41, 42 cost. oltre che in ragione degli artt. 1175, 1375 e 1366 c.c. Si legge nella relazione che la rinegoziazione e il potere eteronomo del giudice consentono di ovviare a quell'"imbutto esiziale" rappresentato dalla applicazione della buona fede. Ciò in quanto l'applicazione del generale dovere ai contratti squilibrati conduce sempre allo scioglimento del contratto, in spregio all'interesse delle parti alla conservazione, in accordo con l'impostazione maggioritaria.

La ricostruzione operata appare adesiva ai precedenti e alla teoria della buona fede integrativa: si individua nell'art. 1366 c.c. il referente per l'opera ricostruttiva del giudice, in ragione del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. e nella causa in concreto. Successivamente, il contratto ricostruito dal giudice viene applicato ai sensi dell'art. 2932 c.c., senza alcuna violazione del principio consensualistico e di relatività, in quanto il giudice si limita a interpretare la volontà delle parti sulla base del contratto già concluso e delle caratteristiche della operazione complessivamente intesa. Per specificare questo *iter*, l'Ufficio del Massimario osserva, ad esempio, che se la sopravvenienza incide rendendo eccessivamente onerosa la prestazione, anziché risolvere il contratto è possibile considerare l'aumento del prezzo della manodopera, dei materiali da reperire, del tempo occorrente per addivenire alla produzione nella quantificazione del corrispettivo, per modularlo sulla base di elementi già disponibili e non innovativi, così da mantenere il contratto in vita.

All'indomani della relazione tematica e nel pieno imperversare della epidemia da SARS-CoV-2, alcune pronunce dei tribunali di merito hanno mostrato di aderire alla ricostruzione della buona fede integrativa¹¹¹, senza tuttavia soffermarsi in maniera puntuale sullo strumento che conferisce coercibilità all'obbligo di concludere il contratto

¹¹⁰ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Relazione tematica n. 56, Roma, 8 luglio 2020, https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056_2020.pdf.

¹¹¹ Trib. Lecce, Sez. II, 24 giugno 2021, ord., in *Contratti*, 2022, 1, 51; Trib. Roma, sez. IV, 27 agosto 2020, ord., in *Giur. it.*, 2020, 11, c. 2439; Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 3, c. 589; Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Contratti*, 2021, 161; *Contra*, Trib. Biella, 17 marzo 2021, ord., in *Leggi d'Italia*.

rinegoziato. Da più parti è stato affermato un obbligo legale di rinegoziazione, posto in capo alle parti del contratto squilibrato dalla diffusione del morbo o dalla adozione di disposizioni normative per il suo contenimento.

Il Tribunale di Roma¹¹², a più riprese e seguito da altri tribunali italiani¹¹³, ha considerato la lettera dell'art. 1467 co. 3 c.c., ma ha reputato "inopportuno" e inappagante il riconoscimento di una facoltà di ridurre a equità in capo ad un solo contraente, avvantaggiato dalla perturbazione del contratto. Semmai, ha sostenuto il giudice, il contratto di locazione si deve considerare stipulato sul presupposto dell'effettivo svolgimento della attività produttiva e, pure in difetto di clausole di *hardship*, il contratto a lungo termine deve essere inteso come stipulato secondo l'adagio *rebus sic stantibus*. Al configurarsi di una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico, come è quella legata alla pandemia e alla chiusura forzata delle attività commerciali, il dovere generale di buona fede *in executivis* andrebbe a fondare la possibilità di rinegoziare il contenuto dell'accordo iniziale e l'obbligo di contrarre. A fronte di un comportamento contrario a correttezza, inadempiente rispetto al citato obbligo, la clausola generale può essere utilizzata dal giudice anche con funzione integrativa cogente. La buona fede così rende flessibile un ordinamento che non contempla la tutela di una simile fattispecie e che, pure avendo implementato una serie di misure volte a ridurre l'impatto della pandemia nelle attività produttive, reagisce in via insufficiente a tutela degli operatori economici. Difatti, nessun intervento legislativo ha previsto la riduzione o la sospensione del canone di locazione, anzi tali pagamenti sono espressamente eccettuati dalla disciplina. L'art. 91 del d.l. 18/2020, poi, ha solo posticipato il pagamento, al momento della cessazione delle misure restrittive (¹¹⁴). Per queste ragioni, il Tribunale di Roma ha proceduto a adeguare il contratto attraverso la riduzione dei canoni mensili, oltre che la sospensione della garanzia fideiussoria.

La pronuncia *bypassa* la distinzione tra obbligo di rinegoziare e obbligo di contrarre, non si interroga sulla strumentalità della nuova trattativa agli interessi delle parti, avvantaggiata e svantaggiata, e sulla non strumentalità dell'obbligo di concludere un contratto. Soprattutto, la pronuncia del Tribunale di Roma non opera una attenta riflessione attorno ai limiti di integrazione posti al giudice nell'adeguamento del contratto. Anzi, si liquida la faccenda sostenendo che al medesimo risultato si potrebbe pervenire,

¹¹² Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, c. 2433.

¹¹³ Trib. Roma, sez. VI, 7 agosto 2020, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 4, 1294.

¹¹⁴ Trib. Roma, 31 luglio 2020, in *Foro it.* 2020, 1, c. 3261; Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in *De Jure*; Trib. Bologna, 11 maggio 2020, in *D&G*; Trib. Roma, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *Pactum*, 2022, 3.

come hanno fatto altri giudici di merito in altre vicende¹¹⁵, con l'applicazione della disciplina della impossibilità parziale e temporanea della prestazione per impossibilità di utilizzazione dei locali locati, in virtù del combinato di cui agli artt. 1256 e 1464 c.c. Un percorso, quest'ultimo, per vero più controllabile e prevedibile, in ragione degli addentellati normativi espressi.

Peraltro, la decisione, così come evidenzia lo squilibrio tra le prestazioni, sostiene pure che la stipula del contratto sia avvenuta "sul presupposto" di un impiego dell'immobile per l'effettivo svolgimento della attività produttiva. L'espressione sembra richiamare la presupposizione, istituto da sempre poco studiato ma sempre evocato nei periodi di fibrillazione economica e sociale. La soluzione del caso, però, non è avvenuta ricorrendo alla presupposizione, atteso che non avrebbe potuto condurre che alla demolizione del contratto, fondato ormai su un presupposto venuto meno.

Anche il Tribunale di Milano (¹¹⁶) ha adottato impostazioni esegetiche simili a quelle del giudice romano, sulla scia tracciata dalla relazione tematica dell'Ufficio del Massimario. La rinegoziazione, secondo queste pronunce, dovrebbe investire non solo l'ammontare dovuto per il canone mensile ma pure le modalità di corresponsione. Ciò in quanto occorre guardare al sinallagma entro un'ottica di distribuzione del rischio: a ben vedere, sostiene il tribunale milanese, se il conduttore fosse costretto a corrispondere interamente il canone originariamente pattuito, senza però poter svolgere l'attività imprenditoriale che funzionalizza la locazione dell'immobile o potendola svolgere entro limiti stringenti, si determinerebbe un eccessivo vantaggio in capo al locatore. Quest'ultimo sarebbe posto nella condizione di incamerare un lucro che verosimilmente non potrebbe ottenere se l'immobile venisse locato *ex novo* durante l'emergenza sanitaria, se non in misura ridotta per il ridotto utilizzo del bene, consentito dall'autorità pubblica.

L'esistenza di un generale obbligo di rinegoziare è, al contempo, stata smentita da altrettanti tribunali (¹¹⁷). Lo stesso Tribunale di Roma, a distanza di un anno e dopo

¹¹⁵ Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020, in *Contratti*, 2021, 19.

¹¹⁶ Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Ius*, 24 novembre 2020.

¹¹⁷ Trib. Roma, sez. VI, 15 gennaio 2021, in *Giustiziacivile.com*, 13 aprile 2021, con nota di NARDI, *L'impatto della pandemia sui contratti di locazione commerciale: tra poteri del giudice, obblighi dei contraenti e ruolo del legislatore*; Trib. Roma, sez. VI, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *DeJure*; Trib. Roma, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 11336, *ivi*; Trib. Roma, sez. VI, 26 luglio 2021 n. 10161, *ivi*; Trib. Roma, sez. VI, 6 agosto 2021, n. 11482, *ivi*; Trib. Roma, sez. VI, 5 gennaio 2022, n. 234, in *Pactum*, 24 marzo 2022; Trib. Roma, 3 dicembre 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 30 novembre 2021, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 11 novembre 2021, in *Arch. loc.*, 2022, 61; Trib. Roma, 2 novembre 2021, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 30 settembre 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 27 agosto 2021, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 23 settembre 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 26 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 19 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, ord. 16 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 15 luglio 2020, *ivi*; Trib. Roma, 1° luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 28 giugno 2021, in *Foroplus*;

l'avvicinarsi di una serie cospicua di misure del Governo a sostegno dei settori maggiormente colpiti dalle misure di contenimento del *virus*, è tornato a operare una riflessione più meditata del fenomeno delle sopravvenienze covid-correlate e degli strumenti di gestione suscettibili di impiego.

È stata smentita la doverosità della riduzione del canone, la doverosità di sospensione, si è sconfessato pure che dal dovere di correttezza *in executivis* e dal precetto di solidarietà sociale di cui al precetto costituzionale si possa far discendere un obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti svantaggiosi per taluna delle parti, ancorché in conseguenza di eventi eccezionali e imprevedibili. Coerentemente, è stato escluso pure il riconoscimento di un potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali, al di fuori delle specifiche ipotesi espressamente previste dalla legge.

La chiusura dei locali e l'inibizione all'esercizio delle attività per il *factum principis*, secondo il tribunale romano, ha certamente determinato una eccessiva onerosità del contratto, tenuto conto del canone di locazione, del margine di profitto del locatario, dell'abbattimento del fatturato durante la chiusura forzata e del mancato utilizzo del bene locato. Tale onerosità può condurre alla risoluzione o alla offerta di riduzione del canone, ma difettano i presupposti normativi per un'azione di rettifica del canone o delle altre condizioni del contratto, per un'eccezione per contrastare la richiesta di adempimento, per riconoscere il diritto alla riduzione in via di azione e per imporre l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite originariamente.

Con riferimento alle citate teorie sulla rinegoziazione, le pronunce avvicendatesi dal 2021 escludono pure che l'equità integrativa o le clausole generali di buona fede oggettiva e di solidarietà sociale consentano di fondare nell'ordinamento giuridico italiano un obbligo di rinegoziazione dei contratti svantaggiosi unilateralmente, pure a fronte di eventi straordinari imprevedibili, con un potere in capo al giudice di intervenire sul contenuto del regolamento contrattuale, frutto dell'autonomia privata. Peraltro, gli artt. 1374, 1375 c.c. e 2 Cost., integrano sì il contratto, ma non sempre e comunque: come già osservato dalla Cassazione, se ne circoscrive la portata integrativa alle clausole contrattuali ambigue ⁽¹¹⁸⁾, ai testi contrattuali lacunosi ⁽¹¹⁹⁾, ai casi non previsti

Trib. Roma, 25 giugno 2021, in *DeJure*; Trib. Roma, 9 aprile 2021, *ivi*; Trib. Roma, 9 aprile 2021, *ivi*; Trib. Roma, ord. 25 febbraio 2021, n. 2476, *ivi*; Trib. Roma, ord. 15 gennaio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 24 gennaio 2022, in *DeJure*; Trib. Roma, 15 febbraio 2022, *ivi*; Trib. Roma, 11 aprile 2022, *ivi*; Trib. Roma, 11 aprile 2022, *ivi*; Trib. Brescia, 21 dicembre 2021, *ivi*; Trib. La Spezia, 15 luglio 2021, in *Arch. loc.*, 2021, 512; Trib. Biella, ord. 17 marzo 2021, in *Arch. loc.*, 2021, 289.

¹¹⁸ Cass. Civ., sez. I, 21 marzo 2014, n. 6747, in *DeJure*; Cass. Civ., sez. II, 14 giugno 2002, n. 8577, *ivi*.

¹¹⁹ Cass. Civ., sez. II, 14 marzo 1983, n. 1884, in *DeJure*.

dalle parti al momento della stipula del contratto, ma tenuto conto della già manifestata volontà negoziale ⁽¹²⁰⁾. Non può essere imposto un regolamento contrattuale innovativo, specie alla parte che non ha voluto rinegoziare il contratto, e non si può giustificare l'intervento manipolativo del giudice, inteso come interpretazione della volontà già manifestata, se la sopravvenienza è imprevista e la volontà dei contraenti non si è cristallizzata all'esito della nuova trattativa. Secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza di legittimità, la conservazione del contratto non può mai comportare un'interpretazione sostitutiva della volontà delle parti ⁽¹²¹⁾.

Pure a volere stigmatizzare la condotta inerte e maliziosa dell'avvantaggiato, a fronte della richiesta di adeguamento del contratto da parte dello svantaggiato, si deve considerare che la giurisprudenza non fa ricorso alla sostituzione della regola negoziale con una regola giudiziale. Laddove sono state individuate condotte illecite o abusive, per la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, in materia societaria ⁽¹²²⁾, bancaria ⁽¹²³⁾, nei contratti autonomi di garanzia (Gentili 2010; Albanese 2021; Fiorentino 2021)¹²⁴ e per l'abuso del diritto (D'Amico 2021; Macario 2021; Scognamiglio 2021; Piraino 2022)¹²⁵, è stata sancita la nullità o l'inefficacia della clausola o dell'atto e, in altri casi, è stato riconosciuto solo il diritto al risarcimento dei danni ⁽¹²⁶⁾. Se non per sporadici e isolati casi, poc'anzi menzionati, non si è fatto ricorso al rimedio della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., perché si andrebbe a realizzare un'inammissibile operazione di "ortopedia giuridica" e di sostituzione della decisione giudiziale alla determinazione contrattuale, mediante un'azione volta a intervenire nel contenuto del contratto inserendo, di fatto ed *ex post*, clausole di *hardship* per l'intera durata del contratto ⁽¹²⁷⁾.

L'estraneità dell'obbligo giuridico e coercibile di rinegoziazione dall'ordinamento italiano trova conferma pure dalla analisi, in controluce, della l. 21 maggio 2021 n. 69 per la conversione del c.d. Decreto Rilancio. In materia di locazioni, l'art. 40-*quater* l. 69/2021 ha prorogato l'esecuzione degli sfratti e l'art. 6-*novies* dell'allegato alla medesima legge ha previsto un percorso per la ricontrattazione delle locazioni

¹²⁰ Cass. Civ., 14 ottobre 1972, n. 3065, in *Giur. it.*, 1974, 1, c. 814.

¹²¹ Cass. Civ., sez. II, 23 luglio 2018, n. 19493, in *DeJure*.

¹²² Cass. civ., sez. I, 14 marzo 2016, n. 4967, in *Giur. comm.*, 2018, 2, 337.

¹²³ La casistica in materia bancaria è variegata: Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2020, n. 29317, in *Guida dir.*, 2020, 2; Cass. civ., sez. I, 24 agosto 2016, n. 17291, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 3, 853.

¹²⁴ Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2, 345.

¹²⁵ Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2, 1164.

¹²⁶ Cass. Civ., sez. I, 14 luglio 2000, n. 9321,

¹²⁷ In questo senso, si veda Trib. Roma, n. 2476/2022, cit.

commerciali, per addivenire alla condivisione tra le parti dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici. In accordo con la disciplina menzionata, conduttore e locatore sono tenuti a collaborare tra loro per rideterminare il canone, nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume degli affari, del fatturato o dei corrispettivi, a causa delle restrizioni sanitarie, della crisi economica dei comparti e della riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica. Sicché, prima e fuori dal perimetro delle disposizioni in discorso, non residuano spazi per il potere eteronomo giudiziale di adeguamento del contratto ⁽¹²⁸⁾.

Dunque, l'orientamento interpretativo favorevole alla rinegoziazione e alla sua coercibilità non si è consolidato o, quantomeno, resta minoritario e circoscritto. Il dato consente di considerare come l'impatto deflagrante dell'epidemia abbia prodotto una sensibilità maggiore dei giudici agli istituti funzionali alla conservazione del contratto. Tuttavia, un'analisi più meditata delle norme ha condotto a smentire l'esistenza di un dovere generale di rinegoziazione e la possibilità di ricorrere all'azione di cui all'art. 2932 c.c., per imporre la conformazione giudiziale del contratto alla sopravvenienza, ben potendo persistere l'inadempimento e il difetto di cooperazione delle parti ⁽¹²⁹⁾.

Da ultimo, si fa cenno alle critiche riguardanti il metodo e l'oggetto della riflessione svolta dall'ufficio del Massimario.

La Cassazione ha eseguito un intervento anomalo, *extra ordinem*, con cui la sembra tracciare un orientamento interpretativo *ex ante*, a cui conformarsi *ex post*, assegnando una forza vincolante a un documento che neppure le sentenze della Cassazione possiedono.

Non viene esplicitato, poi, se l'operazione ermeneutica demandata all'autorità giudicante risulti applicabile alle sole vicende correlate alla pandemia, come sembra suggerire l'*incipit* delle conclusioni, oppure costituisce la più recente elaborazione del generale dovere di rinegoziazione, come sembra intuibile dalla mancanza di un riferimento specifico alle norme.

Ancora, non è chiaro se il giudice sia in grado di operare una ricostruzione del contratto alla luce della causa in concreto e della buona fede oggettiva, fuori dai casi in cui la sopravvenienza ha inciso sui costi. Dunque, ci si chiede, ad esempio, se il giudice

¹²⁸ Trib. Roma, n. 11336/2021, cit., § 5.

¹²⁹ Trib. Roma, n. 10161/2021, cit., § 4.

possa prolungare la durata del contratto oppure limitare o addirittura estendere l'oggetto del contratto.

Si può procedere, poi, a enumerare le considerazioni critiche verso la teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione e, soprattutto, nella parte in cui si sostiene la coercibilità di un preteso obbligo di concludere il contratto rinegoziato.

Si contesta, da più parti, l'exasperato impiego del dovere di solidarietà sociale, al punto da aver guadagnato il colorito appellativo di «apriscatole giuridico» (Pardolesi 2014). L'obiezione muove pure dal frequente ricorso al referente costituzionale per dare avallo alle impostazioni interpretative più irriverenti ed espressive di giustizia sostanziale, più che rispettose dell'autonomia negoziale. Non si può non avvertire un certo disagio nell'ammettere un intervento correttivo del contratto da parte dell'autorità giudiziaria, in nome di una autonomia contrattuale che viene senz'altro sacrificata da un soggetto, che dovrebbe essere terzo e imparziale verso la materia del contendere. Sempre sulla solidarietà, si deve considerare anche che il principio costituzionale può sicuramente rilevare per le circostanze sopravvenute particolarmente impattanti a livello collettivo, sicché può compulsare una nuova trattativa entro questo ambito e, in caso di inerzia, consentire alla parte lesa di dolersene per conseguire un risarcimento del danno. Non sembra esserci, invece, spazio per un provvedimento giudiziale correttivo in nome della solidarietà sociale, specie quando l'impatto superindividuale manchi (Balestra 2020).

L'analisi delle pronunce, che fanno ricorso al dovere di solidarietà sociale, evidenzia infatti che il rischio all'interpretazione costituzionalmente orientata costituisca piuttosto un espediente estetico-retorico, un orpello argomentativo, un fattore di rassicurazione più che una reale componente della *ratio decidendi* o regola del caso concreto. Nelle decisioni è mancata una concretizzazione del contenuto solidarista della buona fede (Grondona 2004).

Con riferimento al limite dell'apprezzabile sacrificio, richiamato dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa, poi, si osserva che è proprio attraverso una ricostruzione in camera di consiglio del contratto non rinegoziato che si sacrifica l'interesse della parte non svantaggiata dalla sopravvenienza.

Una serie di considerazioni critiche si devono spendere sul richiamo all'art. 2932 c.c.

L'azione di esatto adempimento costituisce rimedio specifico, che tiene luogo degli effetti di un contratto non concluso. In mancanza della rinegoziazione, però, non

c'è alcun contratto equilibrato di cui riprodurre gli effetti; difetta il contratto inadempito che consente al giudice di dare operatività allo strumento disciplinato dall'art. 2932 c.c. (Chianale 2022). Semmai, se si ritiene l'obbligo di rinegoziazione come una particolare declinazione del dovere di buona fede è configurabile una obbligazione risarcitoria.

Il riferimento all'art. 2932 c.c. costituisce secondo taluni un equivoco formidabile (Benatti 2018), irragionevole, ma soprattutto una illusione: non si può pretendere che il giudice riesca a cogliere le esigenze dei contraenti fino a raggiungere un equilibrio delle prestazioni dedotte nel contratto. Peraltro, il sistema processuale non consente al giudice di scegliere una determinata soluzione adeguatrice ogniqualvolta si configurano plurime possibili soluzioni conformi alla clausola di buona fede.

Si deve poi dire della inefficacia e della inefficienza dell'art. 2932 c.c.

Secondo la teoria che richiama la necessità di una "sanzione" più efficace del risarcimento del danno, l'esatto adempimento consentirebbe ai contraenti di rapportarsi con una «rete»: eventuali ridistribuzioni ingiustificate del surplus oppure il mancato adeguamento comprometterebbero l'efficienza generale degli investimenti originariamente deliberati. E allora la rinegoziazione può sfuggire a tali inconvenienti a condizione che vi sia un obbligo dei contraenti ma anche che il suo esperimento «sleale» sia sanzionato dall'intervento sostitutivo del giudice. Ma è proprio questa sanzione dell'adeguamento giudiziale del contratto a finire per privare di gran parte del suo senso la stessa rinegoziazione. Lo svantaggiato dalla sopravvenienza non avrà ragione di accettare proposte del creditore, quantomeno quando queste offerte si collochino al di sotto del presumibile adeguamento giudiziale del contratto. Lo svantaggiato mirerà all'intervento del giudice, la controparte non si sentirà costretta ad effettuare l'offerta migliore. E così, il potere eteronomo del giudice priva di senso l'obbligo di rinegoziazione tra le parti e risulta disincentivata la leale collaborazione. Tutto si riduce all'adeguamento giudiziale del contratto: la buona fede integrativa, l'equità, le clausole implicite dei *relational contracts* altro non sono che «una mera impalcatura ideologica rivolta solo a legittimare attraverso il riferimento a valori (= la solidarietà, appunto) un intervento del giudice» (Barcellona 2003).

Proseguendo l'argomento della efficienza economica, l'esposizione al procedimento sopravvenienza-rinegoziazione-adeguamento giudiziale può, da un lato, indurre il contraente in posizione di forza a rinegoziare per appropriarsi del surplus dell'operazione e, dall'altro, finirebbe per sollecitare la controparte ad attestare i propri

investimenti iniziali sotto il livello ottimale per evitare il rischio appena menzionato (Castronovo-Mazzamuto 2007).

A ciò si aggiunga che anche facendo ricorso all'art. 2932 c.c., l'ordinamento non sembra tutelare la parte debole del rapporto: l'esatto adempimento non assicura, infatti, che la parte che subisce la sentenza vada a adempiere le nuove condizioni stabilite (Chianale 2022).

Pure a volere sorvolare su queste importanti considerazioni, si deve ricordare che la sentenza *ex art. 2932 c.c.*, che tiene luogo degli effetti del contratto che avrebbe dovuto essere il frutto della nuova trattativa, produrrà effetti con il passaggio in giudicato: per un considerevole lasso di tempo, si dovrebbe presumere statico l'interesse della parte svantaggiata dalla sopravvenienza (Maggiolo 2021), mentre, invece, in senso dinamico la risoluzione e il risarcimento del danno consentirebbero di riorganizzare e ottimizzare i propri investimenti.

Ci si deve chiedere, poi, quale fiducia possa persistere in un rapporto contrattuale duraturo all'esito di una trattativa, ammesso che ve ne sia una reale sollecitazione come osservato sopra, che ha visto un contraente voltare le spalle all'altro, con un rifiuto oppure con una trattativa maliziosa. Non si fatica a vedere come il rapporto tra i due contraenti sia ormai minato da un contegno contrario a buona fede, sicché sarebbe meglio individuare un operatore economico diverso e, per l'avvenire, prevedere clausole di *hardship*.

Secondo una riflessione provocatoria ma persuasiva, inoltre, la lettura che invoca la buona fede integrativa e l'esatto adempimento sembra avvantaggiare i contraenti più "pigri". Si pensi a un contratto che prevede clausole di rinegoziazione, con uno studio delle eventuali sopravvenienze: la previsione di tali clausole ha un costo sia per l'analisi che le produce sia per il loro inserimento in un contratto che potrebbe dunque variare nel tempo e dunque frustrare l'investimento. Si pensi, poi, a un contratto che né procede a tale studio né prevede in capo alle parti di sostenere i costi necessari per fare fronte alla clausola e alla sopravvenienza. Il primo rende oneroso il virtuosismo delle parti, il secondo invoca, a seconda della tesi preferita, l'esatto adempimento "a costo zero". A questo punto, quale contraente dedicherà attenzione alle clausole di *hardship* o accetterà una modulazione del corrispettivo o della prestazione per la loro previsione? Le teorie proposte consentono di raggiungere il risultato a un prezzo più vantaggioso e allocare le "fatiche" dell'adeguamento sul giudice.

Nonostante il sopraggiunto disincanto degli interpreti (Terranova 2020) sulla certezza del diritto, le perplessità, soprattutto sulla discrezionalità accordata al giudice, sono numerose.

L'autorità giudiziaria decide quale circostanza è rilevante per l'ordinamento, le modalità di eterointegrazione, i parametri in virtù dei quali considerare la circostanza rilevante e con i quali rimodulare le prestazioni contrattuali (Gentili 2003). Si potrebbe essere indotti a ritenere trascurabile questo potere, specie applicandolo a una semplice operazione negoziale, ma occorre pensare a ciò che accade nella realtà fenomenica: si pensi, ad esempio, a un contratto di *project financing* pubblico. Nella sua esecuzione altro non è che un contratto di diritto comune, con riferimento al quale si possono configurare sopravvenienze qualitative. In tal caso l'operazione di finanza di progetto consta di atto costitutivo della società, accordi di capitalizzazione, contratti di finanziamento bancario, emissioni obbligazionarie, altri contratti di finanziamento di debito, contratti di garanzia, contratti costitutivi di patrimoni destinati, contratti legati al finanziamento dell'opera, contratti di cessione dei prodotti, contratti di cartolarizzazione, contratti di gestione e manutenzione dell'opera (Russo 2021). Tutti questi accordi, avvinti da collegamento, dovrebbero essere attinti dall'adeguamento, fatta eccezione per quei casi in cui l'evento perturbatore affligga esclusivamente uno dei patti. Ecco che allora il rischio insito nell'arbitraria conservazione devoluta al giudice, in luogo del demolire, assume contorni inquietanti. Un simile potere non può che disincentivare i comportamenti virtuosi dei consociati, pure quelli della parte svantaggiata, e sviare gli investimenti verso altri ordinamenti dotati di maggiore certezza e calcolabilità (Tuccari 2018).

Per evitare gli inconvenienti appena enumerati, si è proposto di reagire al comportamento malizioso o inerte, rispetto alla nuova trattativa, con la tutela risarcitoria. Non è, infatti, discutibile la necessità di una protezione del contraente danneggiato dalla sopravvenienza nell'ordinamento, specie a fronte del comportamento scorretto di chi si avvantaggia (Macario 1996). Indubitabile, a questo punto, pare anche la natura della responsabilità per inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, previsto dalle parti, per esplicita o implicita previsione contrattuale, o per integrazione del patto o per la violazione di un obbligo di protezione senza obbligo primario di prestazione.

Ciò che invece sembra essere ancora al centro del dibattito è la determinazione del pregiudizio risarcibile (Piraino 2019). Anche in tal caso variegata appaiono le proposte dottrinali: talune rifuggono dalla dicotomia dell'interesse negativo e

dell'interesse positivo. Per questa via, si sostiene la necessità di allocare completamente le conseguenze della mancata trattativa, per rendere antieconomica l'inerzia o la rinegoziazione maliziosa. Altre la riaffermano e confinano il risarcimento del danno nel primo, sicché il danno coincide con le spese sostenute e la perdita di altre opportunità più favorevoli, proprio come in caso di recesso ingiustificato da una trattativa precontrattuale, oppure nell'interesse positivo (Marasco 2006), ricollegato alla inesatta esecuzione del contratto. Questa impostazione muove dall'idea per cui l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare rappresenta la mancata esecuzione del contratto originario (Macario 1996).

5. Alcune recenti riforme. In tempi recenti il legislatore italiano ha tentato di sopperire alla carenza di disposizioni generali ed espresse, costitutive dell'obbligo di rinegoziare e del correlato diritto di pretendere la rinegoziazione.

Il primo tentativo si individua nel disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione del codice civile (Sirena 2020)¹³⁰. Il disegno avrebbe autorizzato il Governo alla revisione e alla integrazione del Codice civile con riferimento a istituti e a settori eterogenei: enti, successioni, accordi in previsione della crisi del matrimonio e dell'unione civile, *trust*, obblighi informativi in sede di trattative e pratiche negoziali ingannevoli, cumulo delle forme di responsabilità e nuove forme di garanzia. Tra le tante coordinate di riforma, si annovera anche l'art. 1 lett. i) d.d.l. 1151/2019, che avrebbe imposto al Governo la previsione di un diritto di rinegoziare secondo buona fede e di chiedere l'adeguamento in giudizio, a fronte di cause eccezionali e imprevedibili determinanti l'eccessiva onerosità. La parte avrebbe potuto richiedere al giudice la messa in pristino della proporzione tra prestazioni originariamente convenuta tra le parti.

La disposizione del DDL è stata sottoposta a diverse considerazioni critiche e ha originato alcuni dubbi.

L'art. 1 lett. i) d.d.l. 1151/2019 consente sì di rinegoziare ma solo a fronte di circostanze straordinarie e imprevedibili; inoltre, è consentito al giudice l'adeguamento ma solo per ripristinare un rapporto di proporzionalità tra prestazione. La proporzione determina un perimetro applicativo per alcuni versi più ampio e per altri versi più ristretto di quello auspicabile da un intervento di riforma, volto a introdurre un generale meccanismo manutentivo del contratto squilibrato, perché esclude l'applicazione del

¹³⁰ DDL n. 1151, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Conte) di concerto con il Ministro della giustizia (Bonafede), 19 marzo 2019, XVIII Legislatura, in www.senato.it.

congegno ai contratti gratuiti, cui però trova applicazione il meccanismo demolitorio previsto dall'art. 1467 c.c., mentre non limita la sua applicazione al di fuori della categoria dei contratti a esecuzione continuata e periodica. Il riferimento, invece, alle circostanze straordinarie e imprevedute determina una scarsa potenzialità applicativa dell'istituto, atteso che le ipotesi più frequenti nella prassi si individuano nei casi in cui la sopravvenienza non è stata in concreto prevista e non è permeata nel contenuto contrattuale, ma risultava astrattamente prevedibile (Sirena 2020).

Secondo autorevoli interpreti, il disegno di legge non avrebbe neppure previsto un rimedio sinallagmatico generale, volto a conservare l'equilibrio di un contratto colpito dalla sopravvenienza, simile a quello contenuto nel BGB o addirittura nella nuova disciplina francese. Piuttosto sembra prefigurare un meccanismo teso a neutralizzare l'usurarietà sopravvenuta del contratto, dunque contro l'iniquità, in via non dissimile a quanto previsto dall'art. 1448 c.c. (Sirena 2020; Zanardo 2023; Guerrini 2022; Ferro 2021).

La riforma, prefigurata dal d.d.l. 1151/2019, non ha trovato attuazione né ha trovato seguito nei recenti interventi per la modifica del Codice civile.

Altra disciplina, invece, è intervenuta in materia: il pensiero corre al d.lgs. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni con la l. 21 ottobre 2021, n. 147. Il D.L. n. 118/2021, all'art. 10. La legislazione dell'emergenza pandemica ha differito l'entrata in vigore del codice della crisi, ma ha introdotto un innovativo meccanismo di rinegoziazione per i contratti colpiti da una eccessiva onerosità. Si prevede un obbligo di rinegoziazione, il cui fallimento attribuisce al giudice compiti di intervento equitativo.

Tuttavia, il perimetro applicativo del congegno appare settoriale o addirittura eccezionale. Le sopravvenienze considerate sono quelle correlate alla pandemia da SARS-CoV-2; riguarda sì i contratti a esecuzione continuata o periodica o differita, ma sono esclusi i contratti di lavoro dipendente; inoltre, tra i contratti di durata, la disposizione considera solo quelli relativi ai beni e ai servizi necessari per favorire la continuità aziendale; si fa riferimento ai soli accordi conclusi prima del febbraio 2020 e a quelli *in executivis* a quella data. Pure la regolamentazione eteronoma del giudice è sottoposta a limitazioni: lo strumento trova applicazione nell'ambito della composizione negoziata della crisi; il giudice può essere chiamato a «rideterminare equamente le condizioni del contratto (...) anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo»; tuttavia, l'intervento è funzionalizzato alla continuità aziendale e per il periodo strettamente necessario allo scopo (Brogi 2021). Sarà necessario considerare le ragioni

dell'altro contraente e riscontrare, in capo all'imprenditore che domanda la rinegoziazione, la carenza di risorse per la prosecuzione dell'attività (Fabiani 2022).

Il regolamento dei confini applicativi della disposizione rende l'ipotesi di rinegoziazione in commento non lontana dalla disciplina legale della rinegoziazione del mutuo bancario (Poli 2023) oppure, ancor più, da quella del contratto di locazione commerciale. Eppure, nonostante i numerosi limiti appena enumerati, si deve considerare che la rinegoziazione è consentita a fronte di circostanze che non devono caratterizzarsi per la straordinarietà e l'imprevedibilità, a differenza di quanto previsto dal progetto di riforma del Codice civile.

Aspetto di peculiare interesse riguarda il ruolo accordato all'esperto: nella trattativa per l'adeguamento del contratto, un soggetto terzo «professionale, riservato, imparziale e indipendente» è chiamato ad attuare la buona fede *in executivis* tra le parti del rapporto e a ridurre l'asimmetria informativa. Questo garante, il c.d. negoziatore, non si sostituisce alle parti, ma può formulare proposte di adeguamento del contratto entro la prospettiva di mantenimento della continuità aziendale dell'impresa, raccogliere le determinazioni delle parti e le motivazioni del rifiuto della proposta, riferire al tribunale competente e agevolare il compito di riadattamento del contratto.

Ad ogni buon conto, la necessità avvertita dal legislatore di dedicare apposite disposizioni normative per costituire un obbligo giuridico di concludere il contratto rinegoziato, tanto nella riforma arenata quanto nelle discipline della emergenza pandemica, evidenzia come si debba escludere, a legislazione invariata, l'esistenza di un generale congegno conservativo del contratto divenuto squilibrato e coercibile. Anzi, nonostante la *vis expansiva* paventata da alcuni interpreti (Angiolini 2022; Libertini 2022), tali norme non assurgono ad archetipi. I recenti referenti normativi evidenziano la necessità di individuare nel testo di legge i limiti, le condizioni per la rinegoziazione, gli strumenti per garantire la trattativa secondo buona fede e pure per circoscrivere l'eventuale successivo esercizio del potere eteronomo del giudice.

6. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Al quadro appena illustrato si è aggiunto un ulteriore elemento idoneo a orientare l'operazione ermeneutica del giurista: il pensiero corre al nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che rappresenta uno dei traguardi fissati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (di seguito, PNRR).

Il modello proposto dal nuovo Codice è ispirato al principio del risultato amministrativo (Cocchi 2023) e alla concezione strumentale della concorrenza nel mercato.

Lo scopo di positivizzare e, dunque, attuare gli orientamenti della giurisprudenza emerge specialmente dallo studio della prima parte della neo-introdotta disciplina. Il d.lgs. 36/2023 si apre con dodici principi generali (Galetta 2023), idonei a guidare l'applicazione del testo normativo. Questi principi non sono una novità per i contenuti, trattandosi di valori e canoni dell'ordinamento giuridico complessivamente inteso. Eppure, essi rilevano per la tecnica adoperata: non compaiono nel testo dei codici precedenti, ma vengono introdotti per costruire un sistema normativo autonomo, che dialoga con l'interprete. Le singole e specifiche disposizioni rischiano di determinare la frammentarietà, mentre i principi fungono da elementi di raccordo, integrando lo strumento che consente una migliore comprensione delle previsioni puntuali, perchè valori immanenti del sistema. Essi sono la «memoria del tutto»¹³¹, si legge nella relazione accompagnatoria, e sono caratterizzati da una prevalenza di contenuto deontologico rispetto alle singole norme: assurgono dunque a criteri di valutazione e costituiscono «il fondamento giuridico della disciplina considerata, (perché, *ndr*) hanno anche una funzione genetica (“nomogenetica”) rispetto alle singole norme»¹³².

I primi dodici articoli, tuttavia, non esauriscono la pletera di principi del nuovo Codice, atteso che se ne rintracciano pure negli artt. 19, 20 e 27 ss d.lgs. 36/2023. Eppure, ai primi è accordato un ruolo preminente, con funzione «ordinante e nomofilattica», nonché di garanzia e completezza.

Tra i “superprincipi” si annovera all'art. 5 il canone generale di buona fede e di tutela dell'affidamento e all'art. 6 il principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Essi sono stati spesso evocati, in questo scritto, quali basi costitutive dell'obbligo legale di rinegoziare e di concludere il contratto adeguato alla sopravvenienza. L'accostamento del principio di buona fede all'affidamento evoca, però, anche le autorevoli considerazioni critiche (Bigliuzzi Geri 1991) svolte attorno all'opinione interpretativa che riduce il canone della buona fede in senso oggettivo alla questione degli affidamenti incolpevoli. La buona fede, nel nuovo codice, subisce precisazioni nel perimetro

¹³¹ Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022, 11.

¹³² Relazione agli articoli e agli allegati, cit., 11.

applicativo: il canone generale opera reciprocamente, pure nei rapporti in cui l'Amministrazione esercita il potere (Corradino 2023).

Nonostante l'affermazione, all'art. 2, del principio della concorrenza, il nuovo codice controbilancia tale super-valore con la solidarietà e la sussidiarietà: si evidenzia così l'adesione a quell'orientamento giurisprudenziale che intende la concorrenza non come un fine da perseguire sempre e comunque, ma come uno strumento per conseguire il migliore risultato, suscettibile di sacrificio se ci sono interessi superiori da realizzare. L'obiettivo, a ben vedere, è la "demitizzazione" della concorrenza ad ogni costo (Rivosecchi 2022)¹³³. Questo dato tornerà utile a breve.

Per perseguire l'obiettivo della tutela delle imprese, tra i dodici principi si annovera l'art. 9, rubricato principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, poi declinato, nel reticolato normativo puntuale, nell'art. 120, rubricato modifica dei contratti in corso di esecuzione. La prima disposizione è interposta tra il principio di autonomia negoziale e la tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. La collocazione topografica è espressiva dell'impostazione del nuovo codice: il legislatore opera una mediazione tra la protezione della libertà negoziale e la tutela della concorrenza, sebbene si assicura prevalenza alla prima sulla seconda sia nella fase di esecuzione del contratto sia nelle attività conservative dello stesso. Dunque, non concorrenza a ogni costo, ma solo se strumento ragionevole e proporzionale.

L'art. 9 d.lgs. 36/2023 consente alla sola parte svantaggiata dalla sopravvenienza contrattuale di invitare la controparte a una rinegoziazione: si tratta di un diritto alla rimodulazione del contenuto contrattuale e non di un potere di autotutela autoritativa e pubblicistica della Pubblica Amministrazione. Sotto questo aspetto, la rinegoziazione si differenzia dalla revisione dei prezzi (Ceffa 2023; Goisis Pantalone 2023) e ciò implica che la presentazione della richiesta non determini l'avvio di un procedimento amministrativo, entro cui è demandata un'istruttoria alla amministrazione competente all'accertamento dei presupposti applicativi, né occorre l'adozione di un provvedimento amministrativo autoritativo, recante il contenuto del contratto rinegoziato. Ulteriore corollario di detta qualificazione giuridica è la giurisdizione sulla rinegoziazione consensuale in capo al giudice ordinario, salvo che non occorra modificare le clausole contrattuali nel segmento che intercorre tra la fase di aggiudicazione e di stipula del

¹³³ Corte cost., 5 ottobre 2021, n. 218, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4, 511.

contratto¹³⁴. La richiesta di rinegoziazione può essere avanzata a fronte di situazioni eccezionali, derivanti da cause esogene rispetto alla fluttuazione economica, estranee all'ordinario rischio di mercato, al solo scopo di ripristinare l'originario equilibrio contrattuale.

All'art. 9 co. 3 si prevede un ulteriore meccanismo di conservazione del contratto, ossia il diritto alla riduzione proporzionale del corrispettivo. In caso di sopravvenienza idonea ad incidere sulla prestazione in modo tale da renderla inutile o inutilizzabile per la controparte, è ammesso l'adattamento del valore della prestazione, secondo le regole dell'impossibilità parziale. Si distingue così la sopravvenienza idonea a incidere sull'equilibrio del negozio, di cui al co.1, e i fenomeni incidenti sulla utilizzabilità o sulla utilità della prestazione, di cui al co. 3 dell'art. 9 d.lgs. 36/2023. Nel secondo caso, che rievoca quanto accaduto con le locazioni commerciali durante l'epidemia da SARS-CoV-2, la prestazione inidonea a soddisfare l'interesse creditorio ex art. 1174 c.c. non può determinare la rinegoziazione, ma soggiace alle regole sulla impossibilità sopravvenuta parziale del contratto, ai sensi dell'art. 1464 c.c. Il rimedio è sì conservativo, tuttavia è distinto.

Nonostante l'introduzione di un positivo obbligo generale di rinegoziazione dei contratti pubblici, il comma 4 della medesima disposizione prevede un *favor* per l'inserimento di clausole di rinegoziazione da parte dei contraenti, in considerazione del contesto economico contingente: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze al rischio delle interferenze da sopravvenienze».

Come si evidenzia nella relazione accompagnatoria, l'art. 9 d.lgs. 36/2023 trae ispirazione da quei principi di moralizzazione del contratto elaborati dalla Commissione Lando e Unidroit, oltre a raccogliere l'eredità lasciata dal D.D.L. 1151/2019.

Si possono, però, individuare alcune limitazioni alla rinegoziazione: se è vero che si riconosce un diritto ad ottenere l'adeguamento del contratto allo *shock* esogeno imprevisto e non volontariamente assunto dai contraenti, l'esercizio di questo diritto deve conformarsi al principio di buona fede, di cui all'art. 5 d.lgs. 36/2023. Come precisa la relazione accompagnatoria, si deve tenere conto della qualificazione dei soggetti

¹³⁴ TAR Sardegna, 16 novembre 2022, n. 770, in *Foro amm.*, 2022, 11, 1532; TAR Toscana, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228, in *Urb. app.*, 2022, 4, 549-551; TAR Piemonte, Sez. I, 28 giugno 2021, n. 667, in *De Jure*.

interessati, che si tratti della parte pubblica o privata, degli atti del rapporto, del bando e del provvedimento di aggiudicazione. A ciò si aggiunge il limite quantitativo del finanziamento complessivo dell'opera, in linea con la clausola di invarianza finanziaria.

L'art. 9 è, poi, completato dalla seconda disposizione richiamata, ossia dall'art. 120, dedicato alla revisione del prezzo e alla modifica dei contratti in corso di esecuzione. L'art. 120 d.lgs. 36/2023, sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione, sostituisce l'art. 106 d.lgs. 50/2016 (Stracqualursi 2020), sulle modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia.

Il codice impiega un nuovo approccio rispetto alle modifiche al contratto *in executivis*, entro il perimetro tracciato dalle Direttive europee. La direttiva 2014/24/UE utilizza una terminologia piuttosto generica per le modifiche: sono consentite solo quelle che non alterano "la natura generale del contratto". L'art. 106 d.lgs. 50/2016 ricalcava perfettamente il testo dell'art. 72 della direttiva: si vietavano le "modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro" (comma 1, lett. a), c), e ancora le modificazioni incidenti su "la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro" (co. 2) e, infine, la modifica sostanziale di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia, per tale intendendosi quella che altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. Diversamente, l'art. 120 d.lgs. 36/2023, che sostituisce l'art. 106 d.lgs. 50/2016, opera una distinzione tra modifiche snaturanti o meno: non sono mai snaturanti le variazioni di carattere quantitativo, mentre con riferimento a quelle di natura qualitativa sono ammesse se, pure incidendo su natura e struttura del contratto, non determinano una alterazione della operazione economica e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, come previsto dal d. l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito dalla l. 29 giugno 2022, n. 79, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del PNRR.

Oltre ad ammettere le modifiche non sostanziali e sostanziali del contratto, l'art. 120 co. 8 del nuovo codice reca una disposizione di coordinamento e ribadisce l'ammissibilità di una richiesta di rinegoziazione, pure in difetto di una specifica clausola contrattuale. La disposizione impone la sequela delle norme previste per la modifica del contratto in corso di esecuzione e esclude la necessità di una nuova procedura di affidamento. L'istanza deve essere avanzata senza ritardo al responsabile del procedimento ex art. 15 d.lgs. 36/2023 (di seguito, RUP), non comporta la sospensione automatica del contratto *in itinere* e la proposta di nuovo accordo deve essere formulata nel termine non superiore ai tre mesi.

Nell'ultima parte dell'art. 120 co. 8 d.lgs. 36/2023 si individua la disposizione dalla portata più innovativa: se non è stato raggiunto l'accordo sul contratto rinegoziato entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto al suo equilibrio originario. Inoltre, il medesimo soggetto può far valere la responsabilità della controparte per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Come prefigurato dallo schema di riforma del Codice civile e come previsto dal d.l. 118/2021, si prevede un obbligo coercibile di concludere il contratto rinegoziato. Similmente al d.l. 118/2021, esso è il frutto di una rinegoziazione mediata dal responsabile unico del procedimento. Il responsabile invita le parti a rinegoziare il contenuto del contratto di durata proprio come il terzo esperto nella crisi d'impresa per la continuità aziendale. Le disposizioni si differenziano laddove il terzo esperto, nella crisi d'impresa, può ma non deve essere necessariamente compulsato dalle parti per lo svolgimento della rinegoziazione, mentre invece nei contratti pubblici la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e, alla stregua di questa, il RUP elabora la proposta che andrà a formare oggetto della nuova trattativa. Dunque, mentre nella crisi d'impresa l'esperto ha un ruolo proattivo, nei contratti pubblici il RUP svolge un ruolo servente agli interessi dei contraenti.

Sicura è la portata innovativa del nuovo Codice, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, si espande lo spettro applicativo delle modifiche contrattuali (Marra 2004; Delsignore 2019)¹³⁵, rispetto alle disposizioni attualmente vigenti e pro-concorrenziali, con una variazione dei limiti attualmente imposti. In secondo luogo, il combinato disposto degli artt. 9 e 120 co. 8 d.lgs. 36/2023 introduce un obbligo generale di rinegoziazione e ne sancisce espressamente la coercibilità, facendo salva la responsabilità da inadempimento dell'obbligo di rinegoziare.

Si cominci dal primo aspetto, attinente alla incidenza delle nuove disposizioni sulla concorrenza nel mercato. Non è recente l'interesse verso la rinegoziazione *in executivis* dei contratti pubblici, atteso che l'autotutela interna, senza una precedente procedura di evidenza pubblica, può facilmente eludere i termini della offerta economica, del bando e degli atti di gara, posti a presidio della concorrenza nel mercato. La modifica di un contratto pubblico nella fase di esecuzione può certamente rispondere ad esigenze meritevoli di tutela, nella fase privatistica del rapporto tra stazione appaltante e operatore

¹³⁵ Cons. Stato, comm. spec., 12 ottobre 2001, in *Urb. app.*, 2002, 447; Cons. Stato, Sez.V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2003, 1144.

economico. Tuttavia, la variazione sostanziale del contenuto dell'accordo dovrebbe fisiologicamente determinare una nuova procedura concorsuale o avrebbe dovuto determinare un diverso bando di gara aperto ad una pletora più ampia o solo diversa di operatori economici.

Proprio per contemperare l'esigenza di tutelare la concorrenza e di mantenere l'equilibrio di forze tra le parti del contratto, specie nei contratti di durata, la giurisprudenza comunitaria (¹³⁶) ha da tempo elaborato alcuni indirizzi interpretativi. Secondo un primo indirizzo, la modifica del contratto non deve quindi determinare uno stravolgimento dell'equilibrio economico originario tra le prestazioni, così delineato dal contratto. Si fa riferimento al c.d. *scope of the contract test*. Secondo un diverso approccio, più recente e più coerente con la tutela della concorrenza nel mercato (Marchetti 2003; Crismani 2019), occorre effettuare una diversa valutazione: il c.d. *scope of the competition test*¹³⁷. In base al *competition test* la rinegoziazione del contenuto del contratto può avvenire solo se conforme ai termini della aggiudicazione, secondo una prognosi postuma. Le modifiche contrattuali autorizzate dallo *scope of competition test* sono solo quelle che non avrebbero imposto, se fatte oggetto di originarie clausole contrattuali o previsioni degli atti di gara, una diversa procedura di aggiudicazione. Dunque, sono ammesse solo le modifiche che non avrebbero alterato la gara.

Risulta marcata la natura proconcorrenziale del *competition test*, a cui aderisce l'art. 106 d.lgs. 50/2016: si autorizzano modifiche contrattuali per la revisione del prezzo, per le prestazioni supplementari impossibili o determinanti notevoli disguidi e costi, per le varianti in corso d'opera. All'opposto, le disposizioni proposte dal nuovo codice abbandonano il *competition test* per aderire al *contract test*: la disciplina smarrisce così il suo respiro pro-concorrenziale, per favorire la manutenzione dei contratti pubblici *in itinere*. Come ribadito dalla relazione, occorre che cambi il paradigma: la concorrenza è strumento, non fine, dunque la competizione non va perseguita a tutti i costi.

Il secondo aspetto di rilievo è costituito dalla introduzione di un generale – quantomeno per il sistema di riferimento - obbligo di concludere il contratto rinegoziato.

Secondo la relazione illustrativa, la peculiare attenzione dedicata dal legislatore alle sopravvenienze straordinarie e determinanti l'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale è data anche dagli «effetti resi di recente drammaticamente evidenti dalla

¹³⁶ CGUE, 5 ottobre 2000, C-337/984, Commission c. France, in Racc., 2000, I, 8377.

¹³⁷ CGUE, 29 aprile 2004, C-496/99, Commissione v. CAS Succhi di frutta S.p.A, in *Foro amm.*, 2004, 985.

congiuntura economica e sociale segnata dalla pandemia e dal conflitto in Ucraina». Tuttavia, restano impregiudicati il limite dello scopo del contratto e il finanziamento complessivo dell'opera, perché la rinegoziazione è ammessa nei limiti dello stanziamento di bilancio originario.

Eppure, se le disposizioni contenute nel disegno di legge per la riforma del codice civile o l'art. 10 D.L. n. 118/2021 non sono valse a convincere gli interpreti – e tra tutti, i civilisti – sull'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione e di coercibilità dell'adeguamento, medesime considerazioni non possono che essere fatte valere per i nuovi (super) principi di buona fede e di conservazione dei contratti pubblici nonché per il combinato disposto degli artt. 9 e 120 d.lgs. 36/2023.

Le disposizioni si collocano entro un microsistema normativo (Bianchini, 2021), quello dei contratti pubblici, in cui si sintetizzano interessi pubblicistici oltre che privati, sottoposti ad un peculiare procedimento di evidenza pubblica. Pure se sottoposti al diritto comune nella fase dinamico-esecutiva, queste fattispecie contrattuali sono comunque regolate da una normativa caratterizzata da numerosi profili di specialità (Angelici 1985; Oppo 1995; Blasini 2018).

Come evidenzia la relazione accompagnatoria, «a venire in rilievo, infatti, sono contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di *hardship*»¹³⁸. Non solo c'è un peculiare interesse dei contraenti alla rinegoziazione, ma vi è marcato interesse della P.A. a conservare il contratto *in itinere*, onde evitare la tutela esclusivamente demolitoria, la riedizione della gara, la conseguente duplicazione dei costi investiti nella procedura di evidenza pubblica.

La peculiarità della disciplina, non solo nominale, ma è pure confortata dai limiti stringenti alla rinegoziazione e dal procedimento speciale prefigurato per la sua esecuzione, molto simile a quello previsto per la continuità aziendale e ciò fa pensare che la rinegoziazione abbisogni di un terzo esperto oltre che di un giudice

¹³⁸ Relazione agli articoli e agli allegati, cit., 24.

Non solo si tratta di contratti dalla disciplina speciale, come conferma la giurisprudenza, ma addirittura la dottrina si è spinta ad annoverarli tra i contratti asimmetrici, alla stregua di contratti d'impresa (B2B) (Moliterni 2020)¹³⁹. Pare indubbio che gli enti pubblici, nella nozione cangiante invalsa nell'ambito dei contratti pubblici, siano destinatarie di una disciplina speciale rispetto al diritto comune (Nicodemo 2018), visto il perseguimento di interessi generali cui essi sono funzionalizzati. Quantomeno nella fase pubblicistica di evidenza pubblica, la sperequazione è evidente nel rapporto caratterizzato da potere, da un lato, e interesse legittimo, dall'altro. L'asimmetria non si smarrisce neppure nella fase privatistica della esecuzione del contratto: come sostenuto dall'Adunanza Plenaria, non rileva (...) che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto, questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase della realizzazione dell'opera o del servizio»¹⁴⁰.

Si deve, tuttavia, evitare di cadere nel tranello che equipara la *lex specialis* a una disciplina volta a neutralizzare o comunque ridurre le asimmetrie informative o economiche. Infatti, con particolare riferimento al tema della rinegoziazione, la disciplina del nuovo Codice dei Contratti pubblici non assume che la Pubblica amministrazione sia la parte forte e che l'operatore economico vincitore della gara e controparte sia la parte debole, *ex se*. L'ente pubblico che indice o beneficia dell'esito della gara non può essere inteso, di per sé, come un professionista, per il solo fatto di essere dotato di una propria organizzazione, né l'operatore economico può essere considerato acriticamente come soggetto alla dipendenza economica dell'ente. Neppure la più difficoltosa allocazione della prestazione, in caso di inadempimento della controparte, può essere intesa come espressiva della asimmetria, atteso che si tratta di una caratteristica dei contratti di appalto, pure quelli di diritto comune. All'opposto, si devono valutare in concreto le condizioni in cui versano entrambe le parti e se entrambi i contraenti sono svantaggiati dal sopravvenuto squilibrio contrattuale, si vedono riconosciuto il diritto di invitare la controparte al tavolo delle trattative, con l'ausilio del RUP, e, in caso di inadempimento, possono adire il giudice per conseguire una sentenza che tenga luogo del contratto rinegoziato.

¹³⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 505.

¹⁴⁰ Cons. Stato, n. 10/2020, cit., §§ 12 e 14.

All'osservazione critica secondo la quale ormai la disciplina codicistica risulta residuale rispetto alle regole delle asimmetrie (Doria 2019; Camardi 2017), si deve obiettare osservando che l'argomento è tautologico e privo di efficacia euristica. Pure constatando la proliferazione di contratti asimmetrici, caratterizzati da un elevato livello di tutela per la parte debole, e pure ricordandosi che i codici, come quello civile, non sono che una "increspatura" nel corrente sviluppo della legge (Windscheid 1904), non spiega in alcun modo come le discipline, dal perimetro applicativo specifico, possano influenzare il percorso esegetico dell'interprete che insiste con l'applicazione del Codice civile. Se ciò non bastasse, l'argomento pare smentito dalla vasta e attenta produzione scientifica, che in queste pagine si è solo lambita, ancora dedita a discettare attorno alle clausole generali e al pernicioso tema della gestione delle sopravvenienze.

Dunque, non si fa riferimento ad un nuovo addentellato normativo da annoverare entro le tesi a sostegno dell'obbligo legale di rinegoziazione e del distinto obbligo di concludere il contratto rinegoziato. Al contrario, compulsato dagli effetti del conflitto bellico, il legislatore ha sentito l'esigenza di prevedere, nella fase esecutiva del contratto pubblico, dunque già sottoposta al diritto comune, una precisa norma in grado di abilitare le parti alla rinegoziazione, che, se fallita, può consentire alla parte non maliziosa o non inerte di adire il giudice per l'adeguamento. Se ciò fosse già consentito dal diritto comune le norme sarebbero superflue.

Si contravviene, dunque, ai facili entusiasmi che le disposizioni potrebbero avere generato: non si rinvengono referenti espressivi di una nuova scelta politica in grado aprire l'ordinamento all'obbligo legale di rinegoziazione e all'obbligo di concludere il contratto rimodulato. Semmai si fa strada una scelta di segno contrario e nel solco della impostazione codicistica: il rimedio demolitorio è generale, quello conservativo è speciale; per la rinegoziazione, peraltro, non servirebbe neppure un preciso obbligo, ma per sanzionare l'inadempimento dell'obbligo di concludere il contratto rinegoziato è imprescindibile.

Pure se il d.lgs. 36/2023 prevede un abbattimento sostanziale degli obblighi di indire le gare pubbliche e anche se si ricorre allo *scope of the contract* in luogo del proconcorrenziale *competition test*, questi nuovi fattori non valgono a eliminare la specialità e la settorialità della disciplina in commento, con la conseguente limitazione del perimetro di rilevanza dei nuovi obblighi di rinegoziazione e di concludere il contratto rinegoziato.

Al netto di tali considerazioni sulla rilevanza delle nuove disposizioni, non mancano alcuni interrogativi veleggiati dal nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Gli artt. 9 e 120 d.lgs. 36/2023 non fanno alcun riferimento all'azione di esatto adempimento ex art. 2932 c.c. Ci si chiede se il riferimento debba intendersi implicito o meno nel testo della disposizione normativa.

In secondo luogo, il nuovo obbligo coercibile di concludere il contratto rinegoziato non viene riferito alla nuova trattativa maliziosa, ma solo al contegno inerte o comunque ostantivo alla rinegoziazione del contratto da parte del contraente avvantaggiato. Inoltre, il Codice prevede che la proposta di contratto adeguato sia elaborata dal RUP, non dalle parti: le parti del contratto pubblico possono o meno concordare con la proposta e, in caso di disaccordo, il solo svantaggiato può dolersene dinanzi al giudice. Non sembrerebbe, dunque, residuare lo spazio per la trattativa svolta ma scorrettamente dalla controparte, visto il ruolo di garanzia assunto dal responsabile del procedimento. Tuttavia, in ragione del richiamo al principio generale della buona fede in senso oggettivo, non sembra potersi escludere la rilevanza giuridica pure del comportamento scorretto tenuto nella nuova trattativa.

Da ultimo, appare dubbio il ruolo dei descritti "super principi", tra cui si annoverano il principio di buona fede e di conservazione del contratto.

7. Considerazioni finali. Le ricadute della pandemia, dell'offensiva bellica in Ucraina, delle crisi economiche cicliche «si stanno producendo su una miriade di rapporti contrattuali e sono tali da determinare un effetto economico critico "di sistema", che richiede, a sua volta, soluzioni di sistema» (Scognamiglio 2020). Tuttavia, l'enfasi posta sull'obbligo di rinegoziazione, tanto dalle teorie della buona fede e dell'equità, quanto dai principi ELI e Unidroit, deriva da una «cornice valoriale» (Barcellona 2003), che induce gli interpreti a considerare necessaria una corrispondenza tra obbligo di rinegoziare e obbligo di concludere il contratto rinegoziato. Tale tendenza, si è detto autorevolmente, non è altro che «un'anticipazione al piano stragiudiziale dell' "equitativismo" che sembra ormai dominare accademie e tribunali» (Barcellona 2003). Difatti, per rinegoziare le parti non abbisognano di un obbligo, per superare la lite da trattativa fallita sì. Ed è proprio questa allocazione del rischio sull'adeguamento giudiziale a stridere con il modello codicistico consensuale e a generare una serie di discipline di settore, in cui si evidenzia una particolare sensibilità all'asimmetria sopravvenuta e imprevedibile.

Si conviene senz'altro con chi sostiene che la rinegoziazione, nel contingente periodo storico, dovrebbe poter abbandonare la sua collocazione nell'area della eccezione e diventare una regola. Tuttavia, la nuova trattativa può essere avviata dalle parti a prescindere da un obbligo specifico *ex lege*. Le parti non hanno bisogno di una clausola o di una norma specifica per tornare al tavolo delle trattative. L'opposto deve dirsi per l'obbligo di concludere il contratto rinegoziato, come confermano i tentativi di riforma e il nuovo Codice dei Contratti pubblici, in presenza di un dettato normativo univoco in tal senso. Pure a volere ritenere sufficienti le clausole generali, per supportare la sequenza rinegoziazione-adeguamento giudiziale, né l'equità né la buona fede integrativa, pure alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, giustificano il potere eteronomo del giudice.

In conclusione, nell'ordinamento italiano si può cogliere tra le pieghe del dettato normativo il riconoscimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto, la *Störung der Geschäftsgrundlage*, non invece l'obbligo legale di concludere il contratto rinegoziato, con il correlato potere di eterointegrazione in capo al giudice. Solo le nuove norme sui contratti pubblici e la disciplina della crisi d'impresa accolgono, finalmente e testualmente, l'*imprevision*, con limiti soggettivi, oggettivi e temporali precisi nonché l'inedita figura del terzo nella nuova trattativa, ossia l'esperto rinegoziatore o il responsabile del procedimento, per la predisposizione del nuovo accordo sensibile alla sopravvenienza qualitativa.

Bibliografia

- ALBANESE A., *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1;
- ALPA G., *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999;
- AMADIO G., *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di Gitti-Villa, Il Mulino, Bologna, 2008;
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. Rimedi*, II, Milano, 2006;
- AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002;
- ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938;
- ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in Libonati-Ferro-Luzzi (a cura di), *L'impresa*, Milano, 1985;
- OPPO G., *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995;
- ANGIOLINI F., *Sopravvenienze contrattuali e composizione negoziata: quali rimedi?*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2022;
- AUSTEN-BAKER R., *Comprehensive Contract Theory: A Four Norm Model of Contract Relations*, in *Journal of Contract Law*, 2009, 25;
- BALESTRA L., *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020;
- BARCELONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003;
- BARELA V., *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015;
- BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000;
- BENATTI F., *La riforma dei contratti in Francia: l'imprevision nel nuovo code civil riformato*, in *Giur. it.*, 2018;
- BENEDETTI A.-NATOLI U., *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020;
- BESSONE M.-D'ANGELO A., voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986;

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1968;

BESSONE M., *Dal principio di tutela dell'affidamento all'amministrazione giudiziale dei rischi contrattuali*, in Alpa-Bessone-Roppo (a cura di), *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982;

BESSONE M., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrelevanza» dei «motivi»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Torino, 1943;

BIANCA C.M.- PATTI G.- PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1991;

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, III, Milano, 2000, 27; ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989;

BIANCHINI M., *Profili di ibridazione tra interessi pubblici e privati nei "micro-sistemi normativi" delle società pubbliche e dei contratti pubblici*, in *Giur. comm.*, 2021, 5;

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, 198 ss.;

BIGLIAZZI GERI L., *Osservazioni minime su «poteri privati» ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1981, 1, 260;

BLASINI A., *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2018, 2;

BROGI R., *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, in *Fallimento*, 2021, 12;

CACCAVALE C., *Giustizia del contratto e presupposizione*, Giappichelli, Torino, 2004;

CALISAI F., *Rischio contrattuale e allocazione tra i contraenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016;

CAMARDI C., *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017;

CASTRONOVO C.-MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007;

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966;

CEFFA F., *La semplificazione normativa nel PNRR: verso una vera riforma (ri)abilitante in tema di qualità della regolazione?*, in *Federalismi.it*, 2023, 9;

CERRI S.P., *Conservazione e adeguamento del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020;

CESARO V.M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000;

CHIANALE A., *Dell'esecuzione forzata in forma specifica. Artt. 2930-2933*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2022;

CIATTI A., *Retroattività e contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007;

COCCHI S., *Pillole del nuovo codice appalti*, in *Azienditalia*, 2023, 5;

COGLIOLO P., *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, 1917;

COMPORI G.D., *Giurisdizione ordinaria e amministrativa – logiche di riparto per una visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2;

CORRADINO M. (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2023;

COSTANZA M., *Clausola di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in Aa.Vv., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Giuffrè, Milano, 1992;

CRISMANI A., *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 5;

D'AMICO G., *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2;

DAMONTE R. – PIAZZALUNGA M., *È legittima la trattativa instaurata dall'amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volto alla rinegoziazione dell'offerta presentata? Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III, 8 gennaio 2002, n. 106*, in *Urb. app.*, 2002;

DE MAURO A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Giuffrè, Milano, 2000;

DEL PRATO E., *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 801;

DELLACASA M.-ADDIS F., *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. Rimedi*, II, Milano, 2006;

DELSIGNORE M., *La transazione e l'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 2, 361;

DI GREGORIO V., *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018;

DORIA G., *La dissolvenza del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019;

DRETTA U., *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Cedam, Padova, 1988;

FABIANI M., *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2022;

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971;

FERRO M., *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d. l. n. 118/2021*, in *Fallimento*, 2021, 12;

FIorentino F., *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1;

FONDRIESCHI A.F., *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2018;

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto suoi effetti reali e obbligatori, II, Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, 169;

FRIGNANI A., voce *Hardship clauses*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Torino, IV, 1991;

GABRIELLI E., *Studi sulle tutele contrattuali*, Cedam, Milano, 2017;

GALETTA D., *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023, 12;

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 2004;

GALLETTO T., *Clausola Rebus Sic Stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, 1988;

GALLO D., *Gli obblighi legali a contrarre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020;

GALLO D., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. VI, Torino, 2011;

GALLO D., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992;

GALLO D., voce *Revisione del contratto*, *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998;

GAMBINO F., voce *Rinegoziazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007;

GENTILI A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2;

GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. imp.*, 2003, 2;

GOISIS F.-PANTALONE P., *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, 1;

GRONDONA M., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 2;

GUERRINI L., *Il d.l. n. 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi d'impresa: l'alba di una buona fede "concorsuale"?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022;

HART O.-MOORE J., *Foundations of incomplete contracts*, in *Rev. Ec. Stud.*, 1999;

IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 2;

IORIO G., *Corso di Diritto privato*, V ed., Giappichelli, Torino, 2022;

IORIO G., *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del D.L. n. 18/2020, "Cura Italia"*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 5;

IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Giappichelli, Milano, 2008;

IRTI N., *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009;

IRTI N., *Il diritto e la crisi*, in *Riv. soc.*, 2022, 5-6;

LA ROCCA G., *Appunti sulla tutela dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Dir. e Giur.*, 1984;

LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. imp.*, 2016, 1;

LIBERTINI M., *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa*, in *ODC*, 2022, 410;

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

MACARIO F., *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2;

MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in V. Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. V. Rimedi*, Milano, 2006;

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

MACARIO F., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 3;

MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2002;

MACNEIL I.R., *Contract: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, in *New York University Law Review*, 1983, 340;

MACNEIL I.R., *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980;

MAGGIOLO M., *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2;

MAGGIOLO M., *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 3;

MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Padova, 2006;

MARCHETTI B., *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003;

MARRA A., *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004;

MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016;

MENGGONI L., *Contratti equità - la prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2021, 3;

MENGGONI L., *Le rinegoziazioni*, in *Giur. it.*, 2023;

MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 3;

MOLITERNI A., *Pluralità di accessi, finalità della trasparenza e disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020;

MONTI S., *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e Responsabilità*, 2020, 5;

MOSCATI L., *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. imp.*, 2015;

NICODEMO A., *Imprese pubbliche e settori speciali. L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018;

NIVARRA L., "Dentro" e "fuori". *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022;

OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 6;

OPPO G., *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, III, Cedam, Padova, 1992;

OSTI G., *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La così detta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913;

OSTI G., *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912;

OSTI G., voce *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Noviss. Dig.*, III, Torino, 1959, 353;

PANUCCIO DATTOLA F., *L'offerta di riduzione ad equità*, Giuffrè, Milano, 1990;

PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, 2;

PATTI S., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 7;

PENNAZIO R., *Rischio e sopravvenienze*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 3;

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990;

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1963;

PIGNALOSA M.P., *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2;

PIPERATA G., *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015;

PIRAINO F., *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017;

PIRAINO F., *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 1;

PIRAINO F., *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 2;

PUCCELLA R., *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1;

RESCIGNO P., *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in Draetta-Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, Egea, Milano, 1992;

RICCIO A., *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. imp.*, 2008;

RIVOSECCHI G., *Anche la virtù necessita di limiti: tutela della concorrenza vs. libertà di iniziativa economica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4;

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987;

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969;

ROMEO, *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019;

ROPPO G., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011;

ROPPO V., *Rimedi, II*, in id., *Trattato sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2006;

RUSSO T.V., *La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 4;

SACCO R., *I rimedi per le sopravvenienze*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Utet, Torino;

SACCO R.-DE NOVA G., *Il contratto*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2004, II;

SACCO R., *I rimedi per le sopravvenienze*, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, IV ed., Utet, Torino, 2016;

SANDULLI A., *Il contenzioso sui contratti pubblici*, in Contessa-Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Napoli, 2023;

SANDULLI A., *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *l'Amministrativista*, 19 dicembre 2022;

SANDULLI A., *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l'Amministrativista*, 13 febbraio 2023.

SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1962;

SBISÀ G., *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contr. imp.*, 2022, 1;

SCALETARIS P., *Necessaria la rinegoziazione del canone nel caso di morosità in tempi di emergenza?*, in *Ius*, 24 novembre 2020;

SCHWARTZ A., *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in Fabbri - Fiorentini – Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto*, NIS, Roma, 1997;

SCOGNAMIGLIO C., *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020;

SCOGNAMIGLIO C., *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 2;

SECKEL E., *Die Gestaltungsrechte (Festgabe für R. Koch)*, Berlino, 1903;

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. imp.*, 2002;

SICCHIERO G., voce *Rinegoziazione*, in *Digesto Civ., Agg.*, II, Torino, 2003, 1217;

SIRENA P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020;

SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, in Costanza (a cura di), *Trattato del contratto. Effetti*, III, Milano, 2006,;

STRACQUALURSI E., *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti: emergenza e principio di concorrenza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 5;

TARANTINO M., *La riduzione del canone di locazione commerciale: soluzioni e contrasti giurisprudenziali in materia di Covid-19*, in *Condominio e locazione*, 2 novembre 2020;

TERRANOVA G., *Il diritto e il suo linguaggio*, Giuffrè, Milano, 2020;

TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003;

TUCCARI E., *Note sulla introduzione della "Révision pour Imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 4;

TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Cedam, Milano, 2018;

URIBE R.M., *Change of circumstances in International Instruments of Contract Law. The approach of the CISG, the PICC, the PECL and the DCFR*, in *VJ*, 2011, 15;

URIBE R.M., *Change of circumstances under the CESL*, in *Internationales Handelsrecht*, 2013;

VILLA G., *Danno e risarcimento contrattuale*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto. Rimedi*, II, Giuffrè, Milano, 2006;

WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo, Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1987;

WINDSCHEID B., *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft*, in Oertmann (a cura di), *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904;

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Stoccarda, 1879, 332;

ZANARDO A., *La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 2023;

ZOLI C., *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992.