CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 56 **Roma, 8 luglio 2020**

Oggetto: Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale.
CONTRATTI IN GENERE - ESECUZIONE DI BUONA FEDE
FALLIMENTO ED ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI - ESECUZIONE DEL CONCORDATO
Sopravvenienze determinate dalla pandemia – In ambito contrattuale e concorsuale – Fase esecutiva – Norme applicabili – Rimedi – Presupposti – Ambito – Limiti.

SOMMARIO:

1.Impostazione dei problemi.
2.Le norme sull'impossibilità sopravvenuta.
3.Le norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta.
4.Inadempimento della prestazione e impotenza finanziaria.
5. Le norme sostanziali "anti-Covid".
6. Le norme "emergenziali" per le imprese in crisi.
7. L'esecuzione delle procedure concorsuali minori.
8. Il principio di conservazione del contratto.
9. La rinegoziazione del contratto squilibrato.
10. Rilievi conclusivi.

****

1. Impostazione dei problemi.

Lo *shock* economico da pandemia mette sul tavolo due problematiche interconnesse: quella della gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali; quella dei correlati rimedi di natura legale e convenzionale[1]. Le problematiche attengono alla fase esecutiva di tutti i contratti

[1] Fra i contributi in tema v. Benedetti-Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www. dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *www.giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; Maffeis, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *www.giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *www.giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; Santagata, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *www.giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020; Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *www.giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione*

sinallagmatici, che in quanto tali ottemperano ad una funzione di scambio nel cui quadro una prestazione è in funzione dell'altra ed il vizio o difetto che colpisce la prima incide sulla seconda.

Il legame fra le due prestazioni – il c.d. sinallagma – è essenziale poichè qualora una delle prestazioni venga a mancare, l'altra diviene sproporzionata vanificando il senso dell'operazione programmata. Invero, se il contratto è commutativo, lo scambio è fra prestazioni economicamente equivalenti, di talché le vicende successive alla formazione del negozio che influiscono sul valore di una prestazione innescandone uno squilibrio economico rispetto all'altra, sono suscettibili di ripercuotersi sulla sorte del contratto.

Nel cimentarsi con le ripercussioni della pandemia sull'universo delle imprese e dei debitori civili, il Governo italiano ha fatto ricorso a più riprese allo strumento del decreto-legge: il primo, il d.l. 2 marzo 2020; il secondo, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. "Cura Italia"[2]; il terzo, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 c.d.. "Decreto Liquidità"[3]; il quarto, il d.l. n. 28/2020.

Sul piano del diritto sostanziale, ne è venuta fuori una trama fitta di norme emergenziali e transitorie, tese, nel complesso, ora a sterilizzare alcune disposizioni di diritto societario e concorsuale avvertite come stridenti rispetto alla specialità della crisi, ora a concedere moratorie generalizzate, ora, infine, a congelare la situazione, fermando le lancette dell'orologio dei rapporti negoziali tendenzialmente per l'anno in corso, nell'attesa (o nell'auspicio) di tempi migliori o perlomeno prevedibili.

2. Le norme sull'impossibilità sopravvenuta.

Il legislatore non si è inventato nuovi rimedi alle tensioni proiettate dal *lockdown* sulla solvibilità dei debitori e sull'esecuzione dei loro rapporti contrattuali.

Sul piano dei mezzi regolati dalla disciplina generale dei contratti del codice civile, stretto è lo spazio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.). Questa sembra avere agio solo quando l'emergenza epidemiologica rende la prestazione dedotta in negozio completamente e definitivamente ineseguibile o inottenibile.

Fisiologico che le obbligazioni pecuniarie tali non divengano mai[4], non essendo

---

commerciale al tempo del coronavirus, in *www.giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020; Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *www.giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020.

[2] Per una disamina di quest'ultimo secondo un approccio organico v. Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate,* in *www.giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020. L'A. incisivamente osserva, tra l'altro: "*siamo di fronte a disposizioni dirette a regolare (solo) transitoriamente, e senza (almeno di massima) effetti capaci di consolidamento durevole, i rapporti e le situazioni oggetto della disciplina emergenziale; nondimeno, la loro applicazione comporta, non di rado, non solo conseguenze giuridiche (ad es., una risoluzione contrattuale) giustificate dalla eccezionalità del contesto di riferimento, ma anche, come si dirà, alcune significative deviazioni (per es., in ordine ai profili rimediali fruibili) dalle regole (che sarebbero risultate) ordinariamente applicabili*".

[3] Sui riflessi della conversione del decreto "liquidità" in ambito concordatario v. Ambrosini, *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del "Decreto liquidità": nascita di un "ircocervo"?*, in *www.ilcaso.it*.

[4] La giurisprudenza è costante nel ritenere non configurabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione che abbia ad oggetto una somma di danaro, in virtù del principio secondo cui *genus nunquam perit*: Cass. 30 aprile 2012, n. 6594, in *Giust. civ.*, 2013, 9, I, p. 1873; Cass. 16 marzo 1987, n. 2691, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1209 ss., con nota di Valcavi, e in *Banca, borsa tit. cred.*, 1988, II, p. 583 ss., con nota di Inzitari. In dottrina, v. Scaduto, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, 24; Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 299 ss.; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1979, 80 ss.; Distaso, voce *Somma di*

esposte ad una materiale o giuridica oggettiva impossibilità, ma solo ad una soggettiva inattuabilità, connessa all'indisponibilità o alla penuria dei flussi di cassa.

In linea di massima, peraltro, le prestazioni oggi irrealizzabili potranno tornare ad essere concretamente possibili alla cessazione dell'emergenza.

Al più potrà darsi il caso del contratto che debba inevitabilmente essere eseguito entro un termine, stabilito come essenziale dalle parti o connotato come tale dalla natura stessa dell'interesse che il negozio è volto a soddisfare[5].

In detti casi, a venire in rilievo è l'art. 1256, comma secondo, c.c., a tenore del quale il debitore non è responsabile del ritardo per tutto il tempo in cui la prestazione è temporaneamente impossibile, ma "*l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*".

L'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva della prestazione, o per impossibilità temporanea "protratta", nei casi stabiliti dal secondo comma dell'art. 1256 c.c., comporta l'applicabilità dell'art. 1463 c.c., a' sensi del quale "*la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta*".

Sovente la prestazione negoziale si mostrerà solo parzialmente[6] o provvisoriamente impossibile[7] senza che ciò determini l'estinzione dell'obbligazione.

In siffatte ipotesi a porsi in evidenza è l'art. 1464 c.c. in punto di impossibilità parziale: il contratto non si risolve, ma la parte creditrice della prestazione parzialmente impossibile viene messa davanti a ben tre opzioni: ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione che a sua volta la grava; può recedere dal contratto allorché non abbia interesse all'adempimento parziale[8]; in ogni caso, a fronte della prestazione temporaneamente impossibile può sospendere l'esecuzione di quella da lui dovuta[9].

Significativo che alcune pronunce di legittimità abbiano, peraltro, evidenziato che "*l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione*"[10].

---

denaro (Debito di), in *Nov. dig. it*, XVII, Torino, 1970, 869; Inzitari, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna - Roma, 2011, 13.

[5] Si pensi all'impresa incaricata di organizzare un concerto o un convegno che avrebbe dovuto tenersi durante il c.d. *lockdown*, definitivamente cancellato a cagione dei provvedimenti governativi che vietano lo spostamento e l'assembramento delle persone.

[6] Il pensiero corre al contratto avente ad oggetto prestazioni suscettibili di essere rese a distanza in *smart working*.

[7] È il caso dei contratti ritardati dalle misure di contenimento e dalla sospensione delle attività produttive e commerciali non essenziali, rispetto ai quali rimanga però inalterato l'interesse delle parti all'esecuzione dell'accordo.

[8] In caso di controversia, è a suo carico l'onere della prova rispetto a tale carenza di interesse.

[9] Sacco- De Nova, *Il contratto*, tm. II, Torino, 1993, 653.

[10] Cass. 10 luglio 2018, n. 18047 (principio applicato al caso di una persona che non aveva potuto usufruire del "pacchetto vacanze" acquistato per il sopravvenire di una grave patologia che gli rendeva impossibile intraprendere il viaggio); Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958 (decisione relativa a un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno); Cass. 24 luglio 2007, n. 16315 (caso di un "pacchetto vacanze" acquistato da due persone per un viaggio nell'isola di Cuba, dove si era poi diffusa un'epidemia di "dengue" emorragico), tutte in *Italgiure*.

Nelle fattispecie vagliate dalla Suprema Corte si constatava, peraltro, l'integrale venir meno dell'interesse di una parte contrattuale a ricevere la prestazione dedotta in contratto, divenuta inidonea ad assolvere la sua finalità essenziale, quindi a realizzare la sua causa concreta del negozio.

Con maggiore difficoltà entro l'alveo applicativo dell'art. 1464 c.c. possono ricondursi i contratti di locazione, anche di beni produttivi, incisi dallo scotto della pandemia, dal momento che la prestazione di concessione in godimento rimane possibile e continua a essere eseguita quand'anche per *factum principis* le facoltà di godimento del bene risultino momentaneamente affievolite. Nel contratto di durata, la prestazione del locatore continua ad essere resa benchè l'utilità che il conduttore ne ricava sia allo stato depressa. Fare perno sulle disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta per smarcare in tutto o in parte il locatario dal pagamento del canone vuol dire correggere l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, dislocando una porzione delle conseguenze finanziarie del Covid da una parte all'altra del contratto, ma sulla base di una considerazione che appare ispirata al buon senso, più che al rigore giuridico.

3. Le norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta.

In tema di contratti a esecuzione continuata o periodica (c.d. contratti "di durata")[11] nonché di contratti a esecuzione differita può in linea di principio richiamarsi il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), secondo cui il contratto è suscettibile d'essere risolto quando la prestazione, per il verificarsi di "*avvenimenti straordinari e imprevedibili*", è diventata per una delle parti "*eccessivamente onerosa*" avuto riguardo al rapporto di scambio consustanziale alle originarie pattuizioni intercorse. Le misure di contenimento hanno potuto sbilanciare, in via definitiva, l'economia del negozio, vuoi impegnando *ultra vires* una parte nell'esecuzione delle prestazioni che la gravano, vuoi impedendole di trarre dal rapporto le utilità in considerazione delle quali il contratto è stato concluso.

L'alterazione del nesso di interdipendenza anche economica fra le prestazioni, collegata alla comparsa delle sopravvenienze, ossia di avvenimenti straordinari e imprevedibili, trova la sua tradizionale stanza di compensazione sistemica nell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Quest'ultimo, derogando al principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372, comma 1, c.c.[12], concede, nell'ambito dei contratti a esecuzione continuata o periodica o differita, alla parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa di invocare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c.c.[13] (art. 1467, comma 1, c.c.). Peraltro, la risoluzione giudiziale non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (art.1467, comma 2, c.c.).

---

[11] Esempio classico ne sono le locazioni. In tema, v. Pandolfini, *Epidemia covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 2020, 3, 308.

[12] In forza del quale il contratto ha forza di legge fra le parti.

[13] A tenore del quale, in primo luogo, la "*risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite*" (comma 1); in secondo luogo, la "*risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*" (comma 2).

Come chiarito da questa Corte l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (diversamente dalla impossibilità sopravvenuta di essa, quale rimedio all'alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta) non ridonda sul piano causale del contratto, non impedendo l'attuazione dell'interesse con esso compiutamente perseguito; essa trova, invece, fondamento nell'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, proteggendo la parte dal rischio di un eccezionale aggravamento economico di quest'ultima per gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici[14].

L'ubi consistam dell'aggravamento è nella maturata sproporzione tra i valori delle prestazioni, nel senso che l'una non trovi più sufficiente remunerazione in quella corrispettiva[15].

La cifra dello strumento è l'eccezionalità, ben chiara alla nostra nomofilachia, che la ricollega al sopraggiungere di un evento esterno alle parti contrattuali, straordinario sul piano oggettivo, impronosticabile e inevitabile su quello soggettivo, in quanto estraneo a qualsiasi ragionevolezza previsionale, non risolvendosi esso nel quadro delle oscillazioni di valore delle prestazioni e delle normali fluttuazioni del mercato, ma travalicandole[16].

La causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta deve rivestire il carattere della generalità: non è sufficiente una mera difficoltà rivelatasi esclusivamente nella sfera del singolo, occorrendo una situazione operante presso qualsiasi debitore e tale da modificare il valore di mercato della prestazione[17]. Esemplificazione ne sono i fenomeni inflattivi, quelli che gemmano dai provvedimenti di svalutazione o rivalutazione della moneta, lo scoppio di una guerra e – al tempo corrente – il dilagare della pandemia[18].

Nei più disparati settori, che vanno dall'energia alla sanità, dai trasporti al turismo, dagli alimentari al terziario, pare evidente che dall'emergenza sanitaria, economica e sociale accesa su scala mondiale dal Covid-19 stia germinando conseguenze che esondano dagli argini della congiuntura finanziaria sfavorevole; dette conseguenze finiscono per riportare nei casi concreti tratti di straordinarietà, imprevedibilità e inevitabilità tanto marcati ed eloquenti da legittimare la parte pregiudicata ad agire in giudizio per la risoluzione del contratto squilibrato, tanto in ragione dell'inusuale aumento di una o più voci di costo della prestazione da eseguire (c.d. "eccessiva onerosità diretta"), quanto a causa della speciale diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere (c.d."eccessiva onerosità indiretta").

---

[14] Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Italgiure*.

[15] Cass. 13 febbraio 1995, n. 1559, in *Italgiure*.

[16] Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Italgiure*, afferma: "*L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere determinare, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., la risoluzione del contratto richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza. L'accertamento del giudice di merito circa la sussistenza dei caratteri evidenziati è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi*". Nel medesimo senso anche Cass. 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Italgiure*.

[17] Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 237.

[18] In giurisprudenza, v. Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1177 ss., con nota di Azzarri; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1134 ss., con nota di Pennazio.

Ma in uno con l'utilizzabilità del rimedio, il virus globale accende i riflettori sulla sua manchevolezza, legata alla sua propensione demolitoria e non conservativa del contratto. Il rimedio è volto a rimuovere il vincolo, non a riequilibrare il sinallagma. Pertanto finisce per fare terra bruciata delle relazioni d'impresa come di quelle fra privati cittadini, in quanto conduce alla definitiva risoluzione del rapporto, non alla transitoria riduzione dei corrispettivi, che l'art. 1467 c.c. alla lettera non contempla[19].

Soltanto la parte favorita dallo sbilanciamento, può infatti evitare la risoluzione del negozio, offrendo di modificare equamente le condizioni di esso (art. 1467, comma 3, c.c.). A farle da specchio è la parte che patisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ma che può solo agire in giudizio per sciogliere il vincolo e solo purché non abbia già eseguito la propria prestazione. La parte fragile non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni contrattuali, né può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle concordate[20].

Ora, nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni.

L'emergenza non si tampona demolendo il contratto. Più che la liberazione del debitore-imprenditore dall'obbligazione, cruciali appaiono l'attenuazione o il ridimensionamento del contenuto di questa, ove il suo adempimento sia ostacolato o reso sfibrante dalle misure di contenimento su approvvigionamenti, circolazione di merci, organizzazione aziendale, vieppiù ove si consideri che dette misure sono turbinosamente adottate a vari livelli (nazionale, regionale, comunale) nell'ottica di contrastare il dilagare del contagio.

È vasta la cerchia dei contratti che hanno di fatto disperso la loro primitiva funzione, non valendo più a soddisfare l'esigenza in vista della quale erano stati confezionati. È il caso eclatante e sintomatico – per restaare alle imprese – della locazione di un locale ad uso commerciale funzionale ad un esercizio chiuso d'autorità[21].

4. Inadempimento della prestazione e impotenza finanziaria.

Nella profluvie normativa innescata dalla pandemia, se si eccettuano le norme che autorizzano la sospensione dei mutui, anche se nei limiti di cui agli artt. 54 e 56 d.l. n. 18 del 2020[22], fanno difetto disposizioni che assumano ad oggetto non tanto l'impossibilità tecnica di adempiere, quanto quella strettamente finanziaria.

---

[19] Nell'esempio dell'esercizio commerciale messo in "quarantena" per due mesi, la riduzione del canone locativo sulla scorta dell'art. 1467 c.c. non rappresenterà una soluzione dogmaticamente "immediata", sol che si consideri che l'alterazione dell'equilibrio complessivo dell'intero contratto, quand'anche stimato tale – non senza sforzi – da giustificare la risoluzione del negozio, non è concepito dall'ordinamento per conseguire riduzioni di canone, pur eque e giuste sul piano del sentire comune.

[20] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *Italgiure*.

[21] Sul piano dei rapporti privatistici non dissimile è il caso della locazione abitativa a studenti fuori sede costretti in casa dei genitori dall'intrapresa didattica a distanza.

[22] In tema Dezzani, *Covid-19: sospensione di "rate di mutui e canoni di leasing finanziario*, in Fisco, 2020, 21, 2062; Sangiovanni, *Mutui fondiari e leasing immobiliari d'impresa nell'emergenza da Covid-19*, in *Immobili e proprietà*, 2020, 6, 384.

Eppure è ben frequente che il calo o l'azzeramento dei consumi si sia tramutato in un drastico abbassamento del fatturato, limitando la liquidità disponibile e proiettando un'ombra spessa sulla regolare esecuzione delle obbligazioni pecuniarie.

Nondimeno, il mancato o tardivo pagamento di somme dovute rimane, allo stato, e in linea di principio, ingiustificato e imputabile.

Pur nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende, infatti, la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria. Il principio non scalfito rimane quello che nega all'impotenza in questione, sebbene incolpevole, una *vis* liberatoria del debitore dall'obbligazione pecuniaria[23].

Non può esservi impossibilità oggettiva e assoluta di procurarsi il denaro per adempiere, essendo il denaro un bene generico e imperituro (*genus numquam perit*). Nelle obbligazioni di somme, del resto, "*la prestazione è sempre possibile in ragione della normale convertibilità in denaro di tutti i beni presenti e futuri*" [24]. La norma-cardine dell'art. 2740 c.c., nel prevedere che "*il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*", trova il proprio respiro applicativo nella possibilità di far trasformare in denaro il valore dei beni del debitore attraverso il procedimento di espropriazione forzata.

La difficoltà monetaria causata dai rischi che ciascun debitore si è facoltativamente assunto non si diffonde sulle sfere economico-giuridiche dei suoi creditori, giacchè qualora a costoro fosse preclusa l'esazione di quanto attendono, essi diverrebbero debitori a propria volta e ambirebbero, in una sequenza infinita e imponderabile di pretese e ribaltamenti, a liberarsi del danno finanziario occorso.

Sull'irrilevanza della condizione soggettiva di impotenza finanziaria del debitore e della causa, pur anche a questi non imputabile, la Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile è netta: "*non può, agli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta*". Rispetto a tutto ciò nella legislazione anti-Covid nulla è cambiato.

La pietra angolare contina ad essere quella concordemente ubicata da dottrina e giurisprudenza al centro del sistema: l'eventuale crisi di liquidità del debitore è un rischio posto a carico dello stesso, anche laddove derivi dall'altrui insolvenza o da una crisi di mercato, in quanto aspetti rientranti nella sfera organizzativa individuale che egli, in piena libertà e secondo diligenza, è tenuto a gestire al meglio al fine di onorare i debiti assunti[25].

---

[23] Cass. 15 novembre 2013, n. 25777; Cass. 20 maggio 2004, n. 9628; Cass. 16 marzo 1987, n. 2691, tutte in *Italgiure.*

[24] Bianca, *Diritto Civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 143 ss..

[25] Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 175; Smorto, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Art. 1256*, in *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, a cura di Cuffaro, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2013, 672 ss., spec. 677-678; Mosco, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 426; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, 57. In giurisprudenza v. Cass. 15 novembre 2013, in *Italgiure*, che in motivazione osserva: *"Giova rammentare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 estingue l'obbligazione, è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e non si identifica, pertanto, con una semplice difficoltà di adempiere (cfr. Cass. 7-2-1979 n. 845), e cioè con una qualsiasi causa che renda più oneroso l'adempimento (Cass. 14-4-1975 n. 1409), ma consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui genus nunquam perit, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro".*

Rimane una puntualizzazione da fare: non è dirimente, nel campo in esame, l'art. 3 della l. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in quanto atto a giustificare il ritardo nel pagamento motivato da impossibilità. In effetti, l'ossequio alle misure di contrasto epidemiologico non impedisce affatto di pagare i corrispettivi contrattuali.

5. Le norme sostanziali "anti-Covid".

L'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 dispone: "*All'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»*".

La norma è di ardua interpretazione su due piani.

Il primo: la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento sembrerebbe elisa già in virtù dell'art. 1218 c.c., non a caso richiamato dalla disposizione di nuovo conio[26].

Il secondo: la norma non esclude *tout court* la responsabilità "da adeguamento" alle misure "anti-Covid", piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia "*sempre valutato*" ai fini del giudizio di responsabilità.

Lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie non assurge, pertanto, ad esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, da calare nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità.

Non è esclusa, infatti, l'evenienza di un debitore il quale, ancorchè frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento, poiché qualora si fosse adoperato secondo ordinaria diligenza, avrebbe potuto esattamente adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose[27].

Altro caso possibile è quello del debitore che rimanga inerte ed inadempiente, non in ragione dell'osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità sua o dei suoi collaboratori[28]. Non spettando al singolo debitore, semmai alla pubblica autorità, soppesare i rischi epidemiologici, l'inadempimento non sarebbe in tal caso giustificato dalla causa straordinaria di giustificazione tratteggiata dalla legislazione emergenziale e costituirebbe, a tutti gli effetti, un inadempimento imputabile.

Questa essendo la cornice, in tutte le altre ipotesi l'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del debitore opera semplicemente inibendo al giudice di negare che la necessità di adeguarsi alle prescrizioni "anti-Covid" sia idonea a costituire

[26] Secondo l'art. 1218 c.c. "*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*".

[27] È il caso dell'impresa che, nell'impossibilità di usare il proprio consueto corriere, non si attivi per impiegarne un altro in grado di effettuare la prestazione nel rispetto delle prescrizioni che il primo disattenderebbe.

[28] Sul tema della "percezione" del pericolo da parte di chi deve eseguire una prestazione pure in sé non impedita dalla misure di contenimento v. Maffeis, *Problemi dei contratti nell'emergenza* cit..

"causa non imputabile" all'inadempiente. Il debitore, d'altronde, è tale, non per scelta, men che meno per colpa, ma in virtù di una coazione impostagli. Il giudice non può che prenderne atto nell'ambito delle sue valutazioni.

Il debitore, nondimeno, rimane onerato di dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza.

Il principio rimane, dunque, quello per cui "*spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti*"[29]. L'obbligato per slegarsi dalla responsabilità, non può limitarsi ad allegare assiomaticamente che l'inadempimento è ascrivibile alle misure anti-contagio, dovendo, per converso, in linea con la previsione dell'art. 1218 c.c., offrire la prova circostanziata del collegamento eziologico fra inadempimento e causa impossibilitante rappresentata dal rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia. In definitiva, la necessità di adeguarsi a siffatte prescrizioni è in linea astratta causa di forza maggiore, ma esige in linea concreta la dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è derivato proprio dall'esigenza di allinearsi ad esse.

D'altronde, su un piano generale, l'onere della prova va suddiviso sulla base della concreta possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di avvalorare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte cui è più vicino il fatto da provare[30]. In tal senso, lasciare al creditore l'incombenza di provare che l'adempimento sarebbe stato possibile nonostante la necessità di rispettare le prescrizioni anti-contagio significherebbe addossargli la dimostrazione di circostanze avulse rispetto alla sua sfera d'azione e rientranti, viceversa, entro quella del debitore, che conosce i dettagli della propria organizzazione interna e gli ostacoli che vi impattano.

La norma d'emergenza contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c.[31].

Secondo un'acuta impostazione ermeneutica la norma attenderebbe alla finalità di sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione di fisiologia; il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Ne discenderebbe una figura di debitore definibile come "immune"[32].

Residua il quesito relativo ai margini di reazione del creditore nei confronti del debitore "riparato" dalla norma "emergenziale" in commento. Detto creditore sembrerebbe potersi avvalere dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, quand'anche la stessa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, sia per definizione sempre possibile e non ostruita neppure dalle misure di contenimento.

---

[29] Cass. 16 aprile 2009, n. 9026, in *Italgiure.*

[30] Cass. 9 gennaio 2020, n. 297, in *Italgiure.*

[31] La norma contempla i criteri di liquidazione del danno: "*il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*".

[32] Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; Id, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura italia",* in *Contratti*, 2020, 2, 213.

In effetti, l'eccezione anzidetta è sollevabile pure in rapporto ad inadempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore[33].

Il sinallagma è *in nuce* relazionale, dovendosene conservare l'originario equilibrio. Qualora l'*exceptio* fosse preclusa il creditore finirebbe per essere chiamato a sopportare l'intero fardello delle conseguenze economiche dell'emergenza, pagando per una prestazione che egli non ha ancora ricevuto e che vi è il rischio non riceva più.

Solo una volta cessate l'urgenza pandemica e la paralisi del rapporto indotta dall'eccezione di inadempimento opposta dal creditore, è ipotizzabile che la sua controparte contrattuale, offrendo la propria prestazione, dia impulso all'esecuzione di quella altrui, ferma e impregiudicata l'incidenza sull'efficacia del contratto dell'impossibilità temporanea *ex* art. 1464 c.c. connessa all'osservanza delle prescrizioni "anti-Covid".

Nel contesto delle obbligazioni di dare è ben possibile che l'adeguamento alle prescrizioni sanitarie non impedisca l'esecuzione di tutta la prestazione, ma solo di un segmento di essa. Il debitore potrebbe offrire solo quel che è possibile eseguire, salva la facoltà del creditore di rifiutare l'adempimento parziale *ex* art. 1181 c.c., naturalmente senza poter agire per ottenere l'intero o per risolvere il contratto, stante l'operatività permanente della causa eccezionale di giustificazione di cui al ridetto comma 6-*bis* della norma emergenziale.

Qualora il creditore opti, tuttavia, per ricevere la prestazione parziale, potrà sospendere parzialmente il proprio inadempimento, in simmetria col valore dell'altrui adempimento parziale (c.d. eccezione parziale d'inadempimento), quindi in linea con il principio di proporzionalità sotteso all'art. 1460, comma 2, c.c.[34]. Il principio di buona fede postula il controllo del modo con cui il creditore, autoriducendo la propria prestazione, ha concretizzato ovvero disatteso il principio di proporzionalità, potendosi così configurare la situazione in cui il debitore che ha offerto l'adempimento parziale della propria prestazione contesti l'autoriduzione operata dal creditore, ravvisandovi, a propria volta, un inaccettabile adempimento parziale[35].

6. Le norme "emergenziali" per le imprese in crisi.

La pandemia da Coronavirus e le conseguenti misure adottate dai singoli Stati allo scopo di circoscrivere la diffusione del contagio sono destinate a cambiare in profondità le attuali condizioni di mercato, riflettendosi sul sistema economico-finanziario delle imprese.

In uno studio intitolato *Impact of the Coronavirus on the Italian non-financial corporates*, la Cerved Rating Agency, nel delineare i possibili orizzonti per il ritorno alla normalità e

---

[33] Cass. 19 ottobre 2007, n. 21973, in *Italgiure*: "*L'esercizio dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c., che trova applicazione anche in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione, e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di diseguaglianza rispetto alla controparte medesima; sicché detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore*". Su questo aspetto, v. in dottrina Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, 54.

[34] Il principio di proporzionalità (insieme a quello di correttezza) è fondamento e limite dell'eccezione di inadempimento: in giurisprudenza, tra le tante, v. Cass. 26 luglio 2019, n. 20322, in *Italgiure*, in tema di locazione.

[35] Sul rapporto tra i principi di buona fede e proporzionalità (nel senso che la prima deve indicare il modo con cui si attua il secondo) v. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss..

la ripresa delle attività, ha stimato per le imprese italiane una perdita cospicua di fatturato, prevedendo, nella più cattiva delle ipotesi, un rischio di *default* di circa il 10,4 per cento, un tasso doppio rispetto al normale[36].

Una vibrata raccomandazione è stata recapitata ai legislatori europei dal Comitato esecutivo di CERIL (*Conference of European Restructuring and Insolvency Law*)[37], che il 20 marzo 2020 ha veicolato sul proprio sito internet preoccupazioni sull'idoneità della normativa europea e di quella dei singoli stati nazionali ad affrontare una crisi nuova e inattesa, auspicando l'adozione di provvedimenti sospensivi di obblighi e termini di presentazione delle domande di accesso alle procedure concorsuali, con relativa irresponsabilità degli imprenditori, a prescindere dall'effettiva prova della dipendenza dello stato di crisi dalla situazione straordinaria in atto. Nel documento si evidenzia la necessità di far fronte alla crisi di liquidità, non solo con interventi diretti anche in deroga al generale divieto di aiuti di stato, ovvero mediante l'acquisto straordinario di titoli effettuato dalla BCE, ma anche con una moratoria generalizzata delle azioni esecutive contro le imprese insolventi[38].

Sulla premessa della carenza di liquidità ineluttabilmente collegata al *lockdown*, il d.l. n. 23 del 2020 ha introdotto una sequenza di misure temporanee per le aziende, incidenti sia sulla disciplina fallimentare, sia su quella delle imprese ("*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga dei termini amministrativi e processuali*").

Sono gli artt. da 5 a 10 del d.l. quelli riguardanti la materia societaria e concorsuale.

L'art. 5 procrastina alla data del 1° settembre 2021, l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, emanato con il d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019.

La Relazione illustrativa al d.l. spiega il differimento su più piani. Il primo concerne le misure di allerta, costruite dalla l. delega n. 155 del 2017 dall'archetipo francese, con lo scopo di incentivare l'emersione anticipata della crisi – di cui si stabiliscono gli indicatori – e promuovere le trattative tra debitore e creditori in un plesso neutro e degiurisdizionalizzato, riservato e confidenziale. Su uno sfondo economico afflitto, le finalità immanenti al nuovo istituto risulterebbero frustrate per l'inettitudine degli indicatori ad assolvere al proprio ruolo selettivo[39]. Lo scopo del Codice è quello di risolvere il problema della crisi di impresa prima che esso trasmodi nell'insolvenza irreversibile dell'imprenditore, con l'inevitabile apertura della procedura di liquidazione giudiziale. È su questo impianto teleologico che si inseriscono le regole sulla negoziazione "protetta" della crisi e sul concordato preventivo, col netto *favor* per quello in continuità. Si tratta di una somma di finalità che nel dilaniato contesto economico attuale sarebbe evidentemente inappagata.

Spicca anche l'opportunità pragmatica di consentire agli operatori di fronteggiare la drammaticità del momento con l'apparato consueto dei loro strumenti, dispensandoli dalle incertezze del collaudo anche interpretativo di quelli di nuova matrice.

---

[36] Il documento è in https://know.cerved.com.

[37] Lo sitatement, pubblicato il 20 marzo 2020, è reperibile sul sito http://www.ceril.eu/.

[38] In tema v. Corno- Panzani, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*.

[39] Gli indicatori previsti dal Codice della Crisi, che risultano legati a squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività svolta e rilevabili attraverso appositi indici, non rappresentano un utile filtro, mancando inesorabilmente al proprio scopo.

Non marginale appare, poi, l'impellenza di coordinare al meglio l'entrata in vigore della legge con l'applicazione della Direttiva UE 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva delle imprese, il cui termine di recepimento nei paesi membri scade il 17 luglio 2021[40].

L'art. 6 del d.l. n. 23 contempla la sospensione *ex lege*, per l'esercizio in corso, dell'obbligo per le società di ricostituire il capitale in caso di perdita (artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5 e 6, e 2482-*ter*), con l'inertizzazione delle conseguenze previste dall'ordinamento per il caso di sua omissione (artt. 2484, comma 1, n. 4 per le società di capitali e 2545-*duodecies* c.c. per le società cooperative). Vengono, in altri termini, ibernate dal 9 aprile 2020 e fino al 31 dicembre 2020 le norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società[41]. La parentesi esonerativa si apre al di fuori di qualsiasi controllo pubblicistico e intercetta tutte le imprese, senza distinzioni[42].

In buona sostanza, le società di capitali[43] che abbiano sofferto perdite tali da attingerne il capitale in misura superiore al terzo, sono sollevate – quand'anche abbiano fatto ricorso all'istituto del concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti – dall'obbligo di ricapitalizzarsi o di trasformarsi in altro tipo societario fino alla fine di quest'anno[44]. Una sorta di franchigia, dunque, della regola codicistica "*trasforma, ricapitalizza o liquida*", la cui meccanica e subitanea applicazione lacererebbe in misura vistosa l'intero tessuto industriale[45]. La Relazione al decreto afferma che "*nonostante le massicce misure finanziarie in corso di adozione, si palesa una prospettiva di notevole difficoltà nel reperire i mezzi per un adeguato rifinanziamento delle imprese*". Chiaro, peraltro, che l'estemporanea stasi degli obblighi valga ad aggiornare all'anno che verrà il problema della tenuta strutturale delle imprese, chiamate sin d'ora a ridefinire strategicamente il proprio equilibrio economico-finanziario.

L'art. 7 d.l. n. 23 del 2020 sterilizza transitoriamente l'obbligo, contemplato dall'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1, c.c., di verificare la sussistenza della continuità aziendale per la redazione del bilancio relativo all'anno in corso. Le società che già operavano nella prospettiva della continuità aziendale sono abilitate *ope legis* a seguire il medesimo criterio di redazione del bilancio 2020 quand'anche gli indici di continuità

---

[40] Detta direttiva ha la finalità di rafforzare in Europa la cultura del recupero dell'impresa in crisi e quindi la "prevenzione", agevolando la ristrutturazione delle imprese in difficoltà finanziaria e introduce l'obbligo per gli Stati membri di assicurare un regime diretto a facilitare la ristrutturazione preventiva dell'impresa ove vi sia probabilità d'insolvenza (*insolvency likelihood*).

[41] A tenore dell'art. 6: "*a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto* (9 aprile 2020) *e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-duodecies c.c.*".

[42] In tema v. D'Attorre, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *Fallimento*, 2020, 5, 597.

[43] Fanno eccezione le società di persone di qualunque tipo, posto che per esse lo scioglimento per perdite più o meno rilevanti del capitale non è formalmente previsto come causa autonoma, rappresentando soltanto uno degli eventi che ne possono determinare lo scioglimento ai sensi dell'art. 2272, n. 2, c.c. atteso che, in mancanza di un capitale adeguato, viene meno di conseguenza la possibilità di conseguire l'oggetto sociale.

[44] Per lo stesso periodo, non opera conseguentemente la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. e dall'art. 2545-*duodecies* c.c. c.c. per le società cooperative.

[45] Secondo la Relazione illustrativa al d.l., la sterilizzazione delle norme in tema di perdita o riduzione del capitale sociale è finalizzata appunto a evitare che una simile situazione, dovuta "*alla crisi da COVID-19 e verificatasi nel corso degli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, ponga gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell'alternativa - palesemente abnorme - tra l'immediata messa in liquidazione, con perdita della prospettiva di continuità per imprese anche performanti, ed il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'art. 2486 c.c.*".

dovessero risultare deficitari all'attualità. Si introduce una sorta di *prorogatio* del "*going concern*", che consente alle imprese di tenere per buoni – in una peculiare continuità aziendale ultrattiva – gli schemi e le poste del recente passato ante-Covid, quand'anche non propriamente rappresentative di una realtà ormai solcata dalla crisi[46].

Nello scenario odierno alla perdita temporanea di reddito si associa l'impossibilità di effettuare previsioni di cassa. La continuità viene resa, pertanto, singolarmente retrospettica, atteggiandosi a profilo da rintracciare all'interno di bilanci già chiusi e redatti in data antecedente al 23 febbraio 2020, ossia di documenti anteriori all'irruzione del Coronavirus. Anche in questo caso l'esenzione è generalizzata e prescinde dall'analisi della situazione dell'impresa, non vagliandosi se essa sia o meno interessata dalle conseguenze della pandemia o esibisca una precarietà finanziaria pregressa o indipendente.

La norma ha un obiettivo palpabile: sospendere il giudizio sulle prospettive di continuità aziendale in occasione del bilancio d'esercizio "*nel presupposto che le difficoltà attuali siano temporanee e nella prospettiva (rectius: con l'auspicio) del futuro recupero del going concern*"[47]. Si soprassiede rispetto alla prognosi sull'impresa, quindi, in attesa che la situazione globale si sedimenti.

Nondimeno, le prospettive della continuità aziendale non sono destinate ad esser valutate esclusivamente in occasione del bilancio d'esercizio, dovendo essere oggetto di verifica continuativa da parte degli amministratori attraverso adeguati assetti organizzativi, com'è previsto dall'art. 2086 c.c., norma non vanificata dal d.l. n. 23 del 2020. La sussistenza della continuità e di adeguate prospettive economiche è, del resto, una circostanza di fatto che non può essere asseverata per decreto quand'anche provvisto di forza di legge. Ne deriva che, cessata l'emergenza Coronavirus e spirati i termini di efficacia dell'art. 7, le società si troveranno, in ogni caso, a valutare in termini ordinari la loro consistenza patrimoniale e le loro attuali (a quel tempo) prospettive economiche. Sarà indispensabile che l'impresa abbia mantenuto oppure riacquistato un equilibrio economico-finanziario e una consistenza patrimoniale tali da consentirle effettivamente la prosecuzione della propria attività. Il percorso si rivelerà scosceso.

Il successivo art. 8 del d.l. n. 23 permette ai soci di ottenere il rimborso dei finanziamenti effettuati ad appannaggio della società senza subire la postergazione rispetto agli altri creditori, quindi con un disinserimento transitorio dei vincoli derivanti dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.. La finestra temporale entro cui i vincoli non rilevano è ricompresa, ancora una volta, fra l'entrata in vigore del decreto "liquidità" (9 aprile 2020) e la fine dell'esercizio sociale in corso (31 dicembre 2020). Il trattamento di favore per i soci alligna nell'opportunità di consentire all'ente il rastrellamento di tutte le risorse finanziarie possibili, quand'anche *sub specie* di prestiti "anomali" da parte di membri della compagine che in una congiuntura tanto convulsa dell'impresa sarebbero scoraggiati a metterle sul piatto.

L'art. 9 contiene agevolazioni in favore degli imprenditori in concordato o che abbiano imboccato la via dell'accordo di ristrutturazione, riconoscendo loro la facoltà di chiedere una proroga del termine sino a novanta giorni per riformulare un piano e

[46] La norma prevede che delle ragioni di applicazione del criterio di continuità aziendale pur in difetto dei relativi presupposti si dia atto nella relazione informativa allegata al bilancio, a salvaguardia della giusta informazione ai creditori.
[47] Guiotto, *La temporanea sospensione del giudizio sulla continuità aziendale nel bilancio d'esercizio*, in Fallimento, 2020, 5, 603.

una proposta o ottenere un differimento del temine *ex* art. 161, comma 6, l. fall. anche in pendenza di istanze di fallimento; nel caso in cui l'omologa sia già stata pronunciata, gli imprenditori potranno posticipare sino a sei mesi i termini dei pagamenti programmati. L'obiettivo è quello di evitare che le procedure avviate o definite in condizioni di mercato non deformate dalla pandemia facciano naufragio in un quadro di riferimento violentemente mutato.

Se nel caso di procedure già in fase esecutiva, l'architrave emergenziale si risolve in una proroga *ex lege*, forfettizzata in sei mesi, dei termini di adempimento, per le procedure ancora *in itinere* si crea il viatico per una riattualizzazione delle ipotesi solutorie della crisi.

L'art. 10, infine, dispone l'improcedibilità delle domande di fallimento depositate tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020, facendo salve solo quelle proposte dal pubblico ministero e corredate da istanze cautelari o conservative *ex* art. 15 l. fall.. Il legislatore, sulla scia degli altri Paesi Europei, prevede l'improcedibilità, optando per una misura eccezionale e temporanea, volta a sbarrare sia le istanze dei creditori, sia quelle in proprio del debitore, così consentendo a quest'ultimo di "*valutare con maggior ponderazione la possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla soluzione della crisi di impresa senza essere esposti alle conseguenze civili e penali connesse ad un aggravamento dello stato di insolvenza che in ogni caso sarebbe in gran parte da ricondursi a fattori esogeni*" (così la Relazione illustrativa al d.l.).

Nel d.l. n. 23 del 2020 si nota un'altra assenza: quella delle imprese minori non fallibili, rientranti nell'area del c.d. "sovraindebitamento", disciplinato dalla l. n. 3 del 2012. Ne consegue che per gli accordi sulla composizione della crisi o per il piano del consumatore non vi sia alcuna proroga dei termini di adempimento previsti nella proposta ai creditori, né alcuna possibilità per i soggetti sovraindebitati di adeguare le proposte già presentate e già approvate alle mutate condizioni economiche. Né parrebbero applicabili in via analogica le misure d'eccezione previste per le imprese fallibili.

7. L'esecuzione delle procedure concorsuali minori.

All'ambito applicativo dell'art. 9 d.l. n. 23 del 2020 fanno eccezione i concordati in relazione ai quali l'inadempimento sia già maturato, e quelli in rapporto ai quali il termine scadrà dopo il 31 dicembre 2021.

Nessun accertamento è richiesto circa le cause del ritardo, rispetto agli effetti della crisi Covid: la proroga è onnicomprensiva e indistinta. E non consta alcuna possibilità di modificare il piano omologato, con o senza il concorso dell'approvazione del ceto creditorio.

Tuttavia, ben difficilmente il piano iniziale potrà essere portato a compimento per come inizialmente si è mostrato. Il mercato è sfigurato dal Covid, quindi cambia, si creano nuove opportunità che vanno colte, le dismissioni di beni non strategici che parevano opportune all'inizio, possono in una congiuntura adulterata non esserlo più o viceversa.

L'approccio sistematico alla materia non può trascendere questa constatazione

empirica[48].

In questa prospettiva, la norma cardine dell'art. 186-*bis* l.fall. postula che la variazione in fase esecutiva delle modalità proprie del concordato con continuità aziendale potrà essere ammessa qualora l'aspettativa di soddisfacimento dei creditori sia superiore a quella concretamente attesa dall'alternativa della liquidazione dell'attivo, normalmente in sede fallimentare.

Le modifiche del piano reclamano, pertanto, semplicemente un canone di riferimento valutativo. A rappresentarlo è proprio il soddisfacimento dei creditori, che da tempo sembra essersi eretto a "clausola generale" in materia concordataria[49]. Quest'ultimo, oltre a costituire un criterio espresso in talune ipotesi normate[50], si connota quale componente che, accanto alla "regolazione della crisi", finisce per integrare la causa concreta della proposta di concordato[51]. In tal guisa, esso pare innalzarsi ad una funzione di orientamento generale nella materia concordataria-ristrutturativa, posto che in ciascuna sua fase o evoluzione non si può che tenere conto delle possibilità di soddisfazione, effettivamente alla portata dell'imprenditore, in funzione della migliore regolazione dei crediti. Il criterio in parola può sovrintendere, dunque, anche alla fase esecutiva della singola procedura minore, in rapporto alle modifiche di piano che dovessero rendersi ivi necessarie.

La valutazione del miglior soddisfacimento è compiuta certamente dai creditori quale categoria eterogenea in sede di omologa, nondimeno rimane in capo a ciascuno di loro – individualmente – nel contesto dell'esecuzione, ove semplicemente si esprime come apprezzamento *ex latere creditoris* dei presupposti di utilizzo dell'azione di risoluzione del concordato e di opportunità dell'esperimento di essa[52].

Traguardo perseguito dai creditori è la massima valorizzazione del patrimonio del loro comune debitore, in qualunque modo attuabile e fino al limite dell'importo complessivo dei loro crediti[53]. È perciò dentro l'ambito di applicabilità del rimedio risolutivo del vincolo concordatario che le variazioni necessarie del piano attuate dal debitore sono suscettibili di essere opportunamente sindacate. Per il resto quella disponibilità coincide con una prerogativa dell'imprendore-obbligato, salvi due soli limiti: il mantenimento della consistenza della proposta e delle percentuali accluse; la conservazione del profilo di rischio d'impresa e del *core business* di essa connessi al piano iniziale.

---

[48] Sul tema v. ampiamente Leuzzi, *L'impatto del Covid-19 sui concordati preventivi omologati in continuità diretta: l'indagine, le soluzioni*, in *Dalla crisi all'emergenza: strumenti e proposte anti-Covid al servizio della continuità d'impresa*, Vicenza, 2020, reperibile anche su *www.unijurs.it*; cfr. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza covid-19*, in *Fallimento*, 2020, 5, 589.

[49] Un inquadramento di esso alla stregua di "clausola generale" è perorato acutamente da Patti, Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?, in *Fallimento*, 2013, 9, 1099.

[50] I finanziamenti prededucibili (art. 182 quinquies, primo comma), il pagamento di crediti anteriori (art. 182 quinquies, quarto comma), la norma-cardine sul concordato con continuità aziendale (art. 186-bis).

[51] In tal senso la nota Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Italgiure* che scorge in esso il "*riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti*", da individuare volta a volta, senza aprioristiche predeterminazioni, in riferimento alle concrete modalità proposte dal debitore per comporre la propria esposizione, nella valutazione prognostica dei creditori.

[52] L'art. 186 l.fall. dispone al primo comma: "*Ciascuno dei creditori può chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento*".

[53] Così Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 52, che ravvisa l'interesse del gruppo dei creditori alla continuazione dell'impresa, se essa produca ricchezza o comunque abbia un valore positivo (anche nella prospettiva di una ristrutturazione) ed invece alla sua cessazione, se distrugga ricchezza e non sia in grado di tornare a produrne.

L'assenza di una disciplina specifica della fase esecutiva del piano implica che la cornice di questa sia a grandi linee la stessa del contratto in generale e dell'adempimento delle obbligazioni. È al lume delle norme generali sull'inadempimento, sulle sopravvenienze e sulle modificazioni delle circostanze che possono essere filtrate le tematiche connesse alle modifiche *in itinere* del piano.

La fonte delle obbligazioni del debitore in concordato non è integralmente negoziale, innestandosi l'accordo con la maggioranza dei creditori in un percorso giurisdizionale suscettibile di farlo confluire, ai sensi dell'art. 1173 c.c., nel novero degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, non essendo il "contratto" di concordato capace di generare le obbligazioni da solo, in assenza dell'omologazione.

Il legislatore non ha fissato le regole e/o i criteri per l'esecuzione, limitandosi a delineare due tragitti – risoluzione e annullamento – finalizzati a comporre ogni conflitto possa manifestarsi nella fase attuativa. Alla base di quegli strumenti resta peraltro il diritto privato.

L'assenza di norme di precetto sull'esecuzione del piano concordatario non sorprende se si considera che lo stesso codice civile non contiene disposizioni sull'esecuzione del contratto "in generale", ad eccezione di quella dell'art. 1375 c.c., che impone il rispetto del principio di buona fede[54]. Piuttosto, le norme sull'esecuzione dei contratti sono esplicitate dal codice nella disciplina dei "singoli contratti". Dal complesso di quelle disposizioni affiora uno spettro univoco: il termine di riferimento dell'esecuzione (*rectius*, dell'adempimento) non è il contratto, bensì l'obbligazione che ne discende. Il contratto si colloca, d'altronde, sul piano della fattispecie, che una volta perfezionata non è suscettibile di ulteriore "esecuzione". Vale anche per il concordato: è alle obbligazioni e non al contratto che ne rappresenta la fonte, che va riferita l'attività esecutiva[55]; in altri termini si dà esecuzione, non al negozio, ma agli obblighi che ne derivano.

Neppure nel diritto delle obbligazioni, può trascurarsi l'esigenza di considerare la realizzazione del "risultato contrattuale", che si sostanzia in un'attività di gestione del rapporto nella fase esecutiva che induce a guardare, più che all'adempimento della singola prestazione, alla complessiva attività intesa a dare attuazione agli obblighi contrattualmente assunti, in vista del risultato in premessa.

L'intento delle parti è, infatti, rivolto alla realizzazione di un certo obiettivo pratico conseguibile attraverso la diretta produzione di effetti giuridici. Quando la realizzazione dell'obiettivo preso di mira dalle parti esige il verificarsi di modifiche del mondo esteriore, il legislatore può soltanto predisporre gli strumenti più idonei a permetterne il conseguimento. Con riferimento al concordato preventivo, l'obiettivo pratico è il pagamento dei crediti correlato al superamento della crisi: a venire in rilievo sono, pertanto, le obbligazioni nei confronti dei creditori, valendo il piano a tratteggiare una sorta di perimetro regolamentare, quasi un accordo-quadro dotato di una precisa causa – la regolazione della crisi in chiave recuperatoria dell'azienda – che finisce per permeare tutti gli atti che rendono possibile l'esecuzione del concordato.

---

[54] Il principio di buona fede è più volte richiamato dal legislatore nella parte relativa al contratto, di cui al Titolo II del Libro IV, ma anche nel Titolo I, in apertura della disciplina dell'obbligazione in generale, attraverso la "correttezza" imposta al debitore e al creditore dall'art. 1175 c.c.

[55] Schlesinger, *Il pagamento al terzo*, 1961, 165

Il concordato si accosta, in contrapposizione ai contratti ad esecuzione istantanea, ai c.d. contratti ad esecuzione continuata o periodica o differita, i quali presentano una scissione fra conclusione ed esecuzione del contratto. Nell'accordo concordatario, al pari che in detta categoria di rapporti, la tematica dell'esecuzione acquista una accezione particolare in ragione della presenza di diversi "atti di esecuzione" che attribuiscono significato al rapporto nel suo insieme. Occorre tenere conto dell'interesse oggettivato nel piano, in quanto fondamento di tutti gli atti esecutivi, avvinti dal minimo comune denominatore del risultato finale: il superamento – nel tempo preventivato – della crisi, attraverso il soddisfacimento dei debitori.

In ciascuna programmazione germinano le varianti, posto che la puntuale previsione di tutti gli atti negoziali necessari per realizzare un risultato futuro è operazione illusoria[56]. Altrettanto velleitario è analizzare il ventaglio delle possibili evenienze e immaginare di poter amministrare *ex ante* l'incognita degli eventi futuri in un recinto contrattuale (o concordatario).

Da questa circostanza gemmano le norme sulla gestione del rischio contrattuale, rinvenibili nella disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità.

Con riferimento alle sopravvenienze il diritto comune dei contratti è costruito sull'eccezionalità ("eventi straordinari e imprevedibili"), sulla gravità della sproporzione ("eccessiva onerosità") e sull'anomalia rispetto al rischio contrattuale (superamento dell'"alea normale"). Nella dinamica del contratto la soluzione estintiva del vincolo (ossia la risoluzione) ha carattere eccezionale.

Due norme appaiono di assoluta pregnanza sulla dorsale della riflessione in corso: l'art. 1467 c.c.[57] e l'art. 1256 c.c.[58], che introducono nell'ordinamento uno dei principi fondamentali nella regolazione dei rapporti negoziali: la causa di forza maggiore[59]. Quest'ultima, non esistendone una definizione normativa espressa, può essere ricostruita alla stregua di circostanza esimente rispetto all'inadempimento contrattuale nel momento in cui la sinallagmaticità delle prestazioni venga sovvertita da eventi straordinari ed imprevedibili, tali da squilibrare le forze all'interno del rapporto obbligatorio, impedendone l'esecuzione.

---

[56] In termini generali, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, cfr. Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi e Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il mulino, 1999, 274, ove si fa notare che elementari constatazioni di carattere economico inducono a ritenere che: (*a*) il contratto 'perfetto' eliminerebbe il problema del rischio (o dei rischi), allocandone le conseguenze esplicitamente sulle parti del contratto, ma (*b*) tale allocazione esplicita e tendenzialmente 'neutralizzante' il rischio (uno degli scopi dei contraenti) è estremamente costosa in termini di trattative, (*c*) al punto da imporre costi di negoziazione (detti anche "costi transattivi", in gergo più propriamente economico) superiori ai benefici, tanto più che (*d*) certamente vi è un limite oltre il quale la prevedibilità (umana) non può spingersi, dovendo i soggetti economici attenersi a criteri di razionalità nel loro operato, sicché (*e*) i contratti (efficienti) non potranno che risultare lacunosi o "imperfetti", almeno con riguardo ai rischi remoti.

[57] La norma dispone che "*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*"

[58] La norma prevede che "*L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*."

[59] Sul tema dell'incidenza del Covid-19 in ambito concorsuale e sul concetto di forza maggiore v. Limitone, *La forza maggiore nel giudizio sull'insolvenza*, in *Il Caso.it*, 2 aprile 2020.

Segnatamente, la sopravvenuta impossibilità di adempiere alla prestazione contrattuale per causa non imputabile al debitore è disciplinata dall'art. 1256 c.c., il quale sancisce la risoluzione del contratto ove l'impossibilità di dare seguito alla prestazione in esso prevista sia determinata da una causa (anche temporanea) inconsueta, imponderabile e – come nel caso dell'epidemia da Covid-19 – non ascrivibile al debitore che la subisce quale evento estraneo rispetto alla propria sfera di azione[60].

Il nostro ordinamento riconosce, dunque, alla parte "vittima" di eventi pregiudizievoli la possibilità di poter ottenere la rimodulazione della prestazione contrattuale divenuta inesigibile. Non può che valere anche con riferimento al debitore in concordato nel senso che, ove le misure dei decreti legge non dovessero rivelarsi sufficienti a garantire la continuazione dei rapporti concordatari, è plausibile che il combinato disposto tra gli art. 1256 c.c. e 1467 c.c. consenta di fare ricorso alla condizione assolutoria della forza maggiore, al fine di ottenere la modifica del piano di concordato, a percentuali di proposta invariate e con mero allungamento dei tempi secondo le esigenze economico-finanziarie innescate dal temporaneo *lockdown*.

In definitiva, tornano utili i principi che reggono il sistema della revisione e dell'adeguamento dei contratti in caso di eventi sopravvenuti, non previsti dai contraenti. L'equa modificazione delle condizioni di piano è congegno che contempera l'esigenza del debitore (e del sistema) di tenere in piedi l'impresa e quella dei creditori a veder condotta innanzi la soddisfazione concorsuale dei propri crediti. Avverso la domanda di risoluzione ovvero, come appare empiricamente più ragionevole, in prevenzione della stessa, il debitore potrà quindi far valere la sopravvenienza, ai fini della modifica del piano in funzione del recupero dell'impresa, non certo per sottrarsi all'impegno assunto.

Sono le richiamate norme codicistiche, allora, a rivelare come possibili – pure sul piano della dogmatica civilistica di base – le modificazioni e/o integrazioni del piano contemplato nel decreto di omologazione. L'analisi condotta è irrobustita se si tiene conto che la chiave di lettura non è soltanto il "rapporto contrattuale", ossia il regolamento d'interessi dei contraenti di cui il piano è ingranaggio essenziale, ma piuttosto la tutela del credito che vi fa da sfondo. Proprio tale obiettivo finale sembra far premio sulla rigidità dell'assetto che il piano ha dato al rapporto, consentendo un più ampio margine di salvataggio e correzione di questo.

E se sul fronte delle categorie civilistiche si intende stabilire quando, in presenza di variazioni del piano funzionali alla realizzazione del risultato programmato del superamento della crisi, non sia necessario ripetere l'itinerario processuale concordatario, non può che farsi riferimento precipuo al criterio quantitativo dell'entità della modifica: se questa è "limitata", in quanto non incidente sulla misura delle prestazioni della proposta, non è necessario sottoporre *ex novo* il concordato al voto dei creditori.

Al criterio esposto deve abbinarsi, peraltro, un parametro qualitativo, che alloggia nella necessaria conferma dell'oggetto del contratto: un piano in continuità non può assumere una declinazione liquidatoria.

---

[60] La prima è da intendersi come l'oggettivo verificarsi di un evento esterno che impedisce o rende eccessivamente onerosa la prosecuzione del contratto; mentre l'imprevedibilità è da ricollegarsi necessariamente alla soggettiva capacità di una delle parti di riuscire ad anticipare e prevedere anzitempo il verificarsi di condizioni alteranti il nucleo contrattuale.

Sul medesimo versante pare assumere rilievo la garanzia patrimoniale dei creditori estranei all'area del concordato omologato, i quali non possono vedere ulteriormente assottigliarsi la garanzia patrimoniale generica *ex* art. 2740 c.c. senza un rinnovo inclusivo dell'*iter* concordatario.

La possibilità per le imprese incolpevolmente inadempienti di addivenire a cornice normativa invariata alla modifica del piano rappresenta, in ultima analisi, la corsia preferibile pure in una prospettiva teleologica.

Il tessuto normativo evidenzia che il legislatore tende a dare più importanza al fine rispetto al mezzo: se il fine della proposta concordataria è attribuire una certa soddisfazione ai creditori, da realizzare attraverso l'esercizio di impresa ed esclude ai sensi dell'art. 185 l. fall. ogni ingerenza commissariale al riguardo, vuol dire che a rilevare, non è tanto come si arrivi ad attuare la proposta concordataria, quanto il mantenimento in sè dell'impegno di pagare i creditori.

Se questa considerazione è credibile, è coerente permettere al debitore di modificare il piano in corso di esecuzione, purchè conservi nella misura gli impegni assunti.

Certo, i creditori si sono espressi e il tribunale ha omologato la proposta anche con riguardo allo strumento che ne attua le previsioni; è altrettanto vero che consentire modifiche in corso d'opera significa riconoscere al debitore uno spazio di manovra in fase esecutiva che anteriormente all'omologa non avrebbe detenuto, perlomeno dopo l'inizio delle operazioni di voto, stante il secondo comma dell'art. 172 l.fall.[61]. Tuttavia, pur intendendo, nonostante la dizione letterale della norma, che essa comprenda, oltre alle modifiche della proposta, anche quelle del piano, il limite si spiega in quanto ai creditori, prima del voto, vanno rappresentate con esattezza la situazione del debitore, le condizioni della proposta e il suo apparato attuativo, come accade durante le trattative di qualsiasi contratto. Ma una volta che il negozio "a maggioranza" abbia raggiunto l'apice dell'omologa, si varca la soglia d'avvio della mera esecuzione, nel cui ambito il meccanismo contrattuale richiede *sic et simpliciter* che l'obbligato adempia. E poiché l'adempimento consiste, in linea di massima, in una prestazione pecuniaria e fungibile, il mezzo attraverso cui il debitore si procura la provvista viene ad appannarsi rispetto all'impellenza della dazione.

Se i parametri di accosto ai concordati non sottendono l'esposta duttilità di vedute, tutti i concordati in continuità sono involucri recessivi di fallimenti prossimi venturi. Il rischio, se non il corollario, è in un *default* nazionale e di sistema.

8. Il principio di conservazione del contratto.

Il Covid potrebbe condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con l'altro principio del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato.

[61] Si allude al penultimo periodo dell'art. 172, comma 2, l.fall., a tenore del quale "*Le proposte di concordato, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori*".

Il problema delle sopravvenienze sperequative del contratto è particolarmente avvertito a livello di contrattazione internazionale, la cui prassi da tempo conosce le clausole di adeguamento c.d. di *hardship,* locuzione che richiama un ventaglio di circostanze che, sopravvenute alla conclusione del contratto, ne alterano l'originario equilibrio e ne rendono difficoltosa l'esecuzione. Per questa eventualità la *hardship clause* appronta specifici rimedi: per un verso, la sospensione dell'esecuzione del contratto, per altro verso, la rinegoziazione, che sovente s'atteggia a soluzione ottimale. La *ratio* dell'inserimento nel contratto delle clausole in questione è così sensibilmente avvertita, che non s'è mai nemmeno posto il problema della loro validità.

Peraltro, l'assenza di una disciplina convenzionale del rischio da sopravvenienza, sulla falsariga ora adombrata, non può, né deve essere letta quale tacita allocazione del rischio stesso. Non vi è spazio, in altri termini, per congetturare un consenso ipotetico delle parti al funzionamento anche sofisticato del mercato e delle sue istituzioni; i contraenti, infatti, ignorano i rischi che non possono pronosticare, men che meno controllare a costi accettabili.

L'art. 1467 c.c. è sicuramente un'espressione di inadeguatezza degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze, dal momento che riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio, in quanto da esso avvantaggiata.

Ciononostante, sempre la norma in parola è dimostrativa di come l'ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale. Non è accidentale, infatti, che la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze.

È da dire che la preferenza accordata alla revisione e, dunque, anche alla rinegoziazione quale rimedio ideale, in grado di realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non si rinviene soltanto nell'art. 1467 c.c.: essa trova conferma generalmente nella disciplina speciale delle fattispecie contrattuali necessariamente o funzionalmente influenzate dal fattore tempo.

È il caso dell'art. 1664, comma primo, c.c., in materia di appalto, che, in caso di variazione del corrispettivo di oltre un decimo a causa di circostanze imprevedibili, ammette la revisione del prezzo originariamente pattuito; è anche il caso dell'art. 1623 c.c. che, in tema di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto.

Il codice civile offre ulteriori e svariati esempi sul tema[62].

9. La rinegoziazione del contratto squilibrato.

Nell'affrontare il tema in esame non sembra agevole il ricorso all'abusata nozione di causa in concreto. Lo svolgimento dell'attività di impresa non è lo scopo diretto dei contratti strumentali al suo esercizio. Il rischio e il lucro costituscono finalità estranee benchè non ignote ad uno dei due contraenti e non entrano, pertanto, nel perimetro

[62] Per un'ampia elencazione si v. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 777 ss.

causale.

Né, in difetto di un diretto scopo comune, rileva la figura della presupposizione. Lo svolgimento redditizio dell'impresa non è un dato implicito nel consenso della controparte, la quale non ha mai inteso concorrere al relativo rischio.

Su queste premesse se i contraenti omettono di fissare pattiziamente le modalità di gestione delle sopravvenienze, il problema attiene alla base legale su cui, se del caso, fondare l'obbligo di rinegoziazione[63].

I contratti sembrano dover essere rigidamente rispettati nella loro formulazione primigenia nella sola misura in cui rimangano inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Per converso, ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi negoziali paiono valere "*rebus sic stantibus*".

È significativo che l'art. 1374 c.c. tratteggi l'intervento diretto sul contratto squilibrato da parte del giudice, in ossequio ad un principio di eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità. Anche attraverso la norma richiamata si è sotto intesa nei contratti a lunga durata una clausola di rinegoziazione, "*in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno*"[64]. Sarebbe l'equità ad obbligare i contraenti a riscrivere il contratto, rinegoziandolo.

Si è anche evidenziato che il dovere di correttezza contrattuale non è soltanto una clausola generale destinata a regolare le trattative, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto, ma è anche una fonte di integrazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 *sub* specie di legge[65].

L'art. 1467 c.c., dal canto suo, nel dare risalto normativo agli eventi straordinari e imprevedibili che sconvolgono l'economia del contratto e nell'assegnare rilevanza all'assetto economico fra le prestazioni, configura, al netto delle soluzioni che contempla, un principio generale di preservazione dell'equilibrio del contratto, principio che reca in sè un doppio, possibile sviluppo: quello radicale dello scioglimento del negozio; quello speculare della sua riconduzione ad equità attraverso la rinegoziazione.

L'art. 1467 c.c. contiene una norma dispositiva, come tale derogabile, non solo per volontà delle parti, ma a monte da quelle norme imperative di legge nel cui novero si inscrive proprio il precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). La correttezza, con le sue regole, ivi compresa quella sul dovere di rinegoziare un contratto sperequato, non è soppiantata dal rimedio formalizzato nell'art. 1467 c.c., trovando rispetto ad esso un proprio autonomo spazio di prevalenza.

La buona fede rappresenta, dunque, un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine

---

[63] In tema v. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e Impr.*, 2005, 2, 539. Il tema è affrontato *funditus* con riferimento al contesto post pandemico da Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *www.giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020.

[64] Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, 3 ª ed., Torino, 2004, II, 722 ss. ritiene che i contraenti possano escludere convenzionalmente il descritto obbligo, attraverso una clausola di *"non revisibilità"* dell'accordo.

[65] Alpa, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 118.

pubblico, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale.

Gli artt. 1175 e 1375 c.c. sono espressione del principio solidaristico che innerva il nostro sistema, con riferimento al quale ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significato.

La giurisprudenza si è talvolta occupata del problema relativo alla sussistenza o meno di un obbligo di modificare il contratto, senza tuttavia approdare ad un'impostazione sistematica cristallizzata[66]. L'esigenza di rinegoziazione è gradualmente affiorata in alcune pronunce della Suprema Corte[67].

In passato la Cassazione è giunta a ravvisare nella buona fede la regola di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto: essa assicura che detta fase si realizzi in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno *standard* di normalità sociale e, quindi, di ragionevolezza[68].

In linea più generale, nel panorama interpretativo nomofilattico, il dovere di correttezza viene considerato alla stregua di limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) contrattualmente attribuita, concorrendo alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio[69].

Proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto *ex* art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute[70]. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale[71].

---

[66] Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano 9 gennaio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1999, 67, esclude la possibilità per il giudice di adeguare le prestazioni; Trib. Pescara 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 613, esclude l'obbligo in capo a una banca di ricondurre i mutui alle condizioni originarie; Trib. Roma 6 giugno 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 75, anch'essa in tema di rinegoziazione di mutui bancari; Trib. Bari, ord., 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571, sanziona il "*rifiuto di adeguare il contratto*" e fa riferimento all'"*esecuzione coattiva dell'obbligo di adeguamento*"; Trib. Bari, ord., 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 117.

[67] Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Italgiure*, afferma che la "*clausola, inserita nei contratti "per la conduzione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale" e "per la locazione degli stabilimenti termali" conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli "la piena libertà" di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la regula iuris del caso concreto, determinando, integrativamente il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione*"; Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Italgiure*, ritiene che il potere di ridurre la penale pattiziamente prevista può essere esercitato d'ufficio, trovando giustificazione nel principio di solidarietà e nell'obbligo di buona fede e correttezza..

[68] Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Italgiure*.

[69] Cass., 9 dicembre 2003, n. 18743 e Cass., 15 marzo 2004, n. 5240 in *Italgiure*.

[70] Roppo, *Il contratto*, II ed., in Iudica- Zatti (a cura di), Trattato di diritto privato, Milano, 2011, 968.

[71] Scognamiglio, *L'emergenza Covid19: quale ruolo*, cit..

Il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione[72]. Impellenza, questa, che non si pone soltanto con riferimento a prestazioni concretamente interdette dalle misure di contenimento, ma anche con riguardo a quelle che si inseriscono nell'ambito di scambi contrassegnati da stagnazioni e rallentamenti gestionali o da aumenti smisurati dei costi di produzione o approvvigionamento di materie e servizi.

Il venir meno dei flussi di cassa è un contagio diffuso, rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse.

La risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede, che di quel principio è il portato codicistico. La clausola generale di buona fede diviene, in questa prospettiva, garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni contrattuali[73]. In virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della *bona fides* e degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata, in quanto adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato *ab initio* dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate.

Gli obblighi di cooperazione consentono di appianare "*l'apparente antinomia fra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti*"[74]. In buona sostanza, ove le parti non abbiano previsto l'obbligo di rinegoziazione, il male minore non consiste nel soggiogarle all'incidenza di una regola ch'esse avrebbero respinto se solo avessero saputo, ma piuttosto nell'avviarle verso l'itinerario che, se informate, avrebbero trovato normale e fisiologico.

Si tratta di accantonare le categorie giuridiche cui, con riferimento all'autonomia contrattuale, normalmente si ricorre nell'esame dei contratti di scambio istantaneo (riconducibili al principio *pacta sunt servanda*) e, alla luce della clausola generale della buona fede, assumere un approccio che non trascuri ma valorizzi l'analisi economica del diritto dei contratti, sostituendo, nell'ambito della realtà più complessa di quelli a lungo termine, alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull'equilibrio del contratto. In questo quadro, il contenuto della buona fede assume un carattere non bloccato, ma mobile, risolvendosi nel concorso delle parti in direzione del raggiungimento delle finalità comuni.

---

[72] Sul tema della rinegoziazione, in generale Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; Sicchiero, *La rinegoziazione*, cit., 2002, 774 ss.; Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss; *Id.*, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

[73] Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, 509 ss.; Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica dir.*, 2007, 451 ss. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, 179 ss..

[74] Così già Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 322.

Nei c.d. contratti relazionali[75], l'interesse che sospinge i contraenti a vincolarsi per un esteso periodo di tempo è quello di guadagnare i vantaggi economici della cooperazione nello svolgimento dell'affare. Proprio la cooperazione è la cifra saliente di detta tipologia negoziale, nell'ambito della quale risulta ostico, alla luce del protrarsi del rapporto e della possibile influenza di una pluralità di circostanze sull'economia del contratto, stabilire pattiziamente una perfetta allocazione del rischio.

La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale.

Ed allora l'obbligo di rinegoziazione *ex bona fide* non urta, ma, al contrario, rispetta l'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano manifestamente escluso: l'obbligo infatti, assecondando l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti.

Anche l'interpretazione del contratto secondo buona fede a' sensi dell'art. 1366 c.c. può giocare un ruolo rilevante nell'enucleazione di un obbligo di rinegoziazione. Sulla base della norma è possibile ipotizzare la comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto. In altri termini, è d'uopo evincere che le parti, se ne fossero state a conoscenza, avrebbero comunque trattato sulla base delle condizioni sopravvenute, dal momento che si sarebbe rivelata irrazionale una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà. Ne discende che il rifiuto a rinegoziare della parte, *ex* art. 1375 c.c. si risolve in un comportamento opportunistico che l'ordinamento non può tutelare e tollerare[76].

È la buona fede, sotto i diversi versanti (esecutivo, intepretativo) in cui viene in rilievo, ad imporre ai contraenti di rendersi disponibili alla modificazione del contatto, allorché la parte interessata a mantenere in essere un rapporto in senso aderente alla concreta realtà del mercato inviti l'altra a rinegoziare.

E rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute.

Verosimilmente sarà il contraente svantaggiato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, indicando altresì le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite. L'altro contraente dovrà condurre la rinegoziazione in modo costruttivo. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti, nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione del contratto, sono anche in quest'occasione offerti dalla clausola generale di buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), che non è regola sul contenuto ma giustappunto sulla condotta[77].

---

[75] Fondrieschi, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.

[76] Il dovere di eseguire il contratto secondo buona fede è un'obbligazione attinente al contenuto legale del contratto, con la conseguenza che una esecuzione che violi il dovere di cui all'art 1375 c.c. può comportare di per sé sola la risoluzione del contratto per inadempimento. È perciò contraddittorio degradare l'interpretazione secondo buona fede a criterio meramente sussidiario rispetto all'interpretazione soggettiva.

[77] Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 667.

I parametri di concretizzazione della clausola generale sono inevitabilmente flessibili e si traggono dalle circostanze, dagli usi e dalla natura dell'affare. Quest'ultima, segnatamente, è connessa al risultato che le parti si sono prefissate mediante la stipula del contratto, desumibile dalle singole obbligazioni ivi dedotte ma anche dal contesto di mercato in cui il contratto opera.

L'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivoltole dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente.

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

Per giurisprudenza costante i canoni della solidarietà contrattuale, fondati sulla buona fede, prescrivono di salvaguardare l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico[78].

La clausola generale di buona fede è una disposizione elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa, il che postula che il giudice sia chiamato a compiere delle scelte e, dinanzi a diverse possibili soluzioni, a decidere per l'opzione a suo parere più congeniale alla fattispecie concreta, purchè disponga degli elementi per esprimere una valutazione rigorosa che non sfoci nell'arbitrio. Il riferimento all'equilibrio originario delle prestazioni rappresenta al riguardo un criterio essenziale. A fronte di una sopravvenienza che alteri l'equilibrio dello scambio, ciò che ragionevolmente occorre è che il contratto prosegua: ma con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati. Allo scopo, risultano necessari rimedi manutentivi che mirino a tenere in vita il contratto; o di adeguamento, che salvino il contratto conformandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute.

Adottare quali rimedi la risoluzione e il risarcimento del danno significherebbe regredire al risultato che l'obbligo di rinegoziazione vuole evitare: la distruzione del contratto.

Quella descritta è una soluzione che appare intonata alla rilevanza sociale dell'impresa, cui fa da *pendant* l'interesse generale alla sua sopravvivenza. Si tratta di un principio ben radicato nell'ordinamento, a caratura costituzionale, rinforzato da una marcata espressione nei Trattati e nelle direttive dell'Unione europea.

---

[78] V. *ex multis* Cass. 27 aprile 2011, n. 9404 e Cass. 4 maggio 2009, n. 10182, in *Italgiure*. In dottrina, v. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 1983, I, 209 s., e 212 ss.

10. Rilievi conclusivi.

Qualora il sinallagma contrattuale sia stravolto dalla pandemia e la parte avvantaggiata disattenda gli obblighi di protezione nei confronti dell'altra, limitare la tutela di quest'ultima alla risoluzione e al risarcimento del danno significherebbe demolire il rapporto contrattuale, incanalandolo in quell'imbuto esiziale che la clausola di buona fede e la rinegoziazione dovrebbero valere a scongiurare.

Parrebbe anomalo che il contratto cessi sempre e comunque per effetto del comportamento di una delle parti che, con una scelta di campo incompatibile con la finalità manutentiva del rapporto, ne determini giocoforza la cesura.

Il tema attiene, quindi, alla possibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo.

Disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Di equità si parla sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinarne gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare. È attraverso l'equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non definiti dalle parti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L'equità non è principio di giustizia morale dacchè il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato. Il suo intervento, tuttavia, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand'anche le scelte di queste gli appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato dalle parti.

Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile né dalle parti, né dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformità, senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore.

Qualora si ravvisi in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato, si potrebbe ipotizzare che il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica *ex* art. 2932 c.c..

Al giudice potrebbe essere ascritto il potere di sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso,

determinando in tal modo la modifica del contratto originario[79]. L'obbligo di rinegoziare è un obbligo di contrarre le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede; la parte che per inadempimento dell'altra non ottiene il contratto modificativo, cui ha diritto, può chiedere al giudice che lo costituisca con sua sentenza. La rinegoziazione implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano "giuste" avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili, s'incontrano e concludono; qualora una delle due si neghi, è il giudice a decidere.

Ora, la norma dell'art. 2932 c.c. viene solitamente adoperata allorchè l'oggetto del contratto da concludere sia già determinato prima dell'intervento del magistrato, la cui pronuncia si limita a tenere il posto di una volontà già definita nel suo oggetto o di una previsione di legge[80]. Nel caso della rinegoziazione, viceversa, l'intervento in parola assume una doppia valenza: tiene luogo della volontà delle parti; nel contempo ne determina in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente precostituito.

Con ogni evidenza, la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro casuale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale. Ed è chiaro che questa impostazione presuppone che sia possibile, nel caso di specie, predeterminare l'esito puntuale cui sono finalizzate le trattative. Emerge, quindi, l'urgenza di individuare un parametro cui adeguare il contratto, il che non costituisce operazione semplice.

I contraenti sono tenuti a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato: l'accordo per la prosecuzione del rapporto ovvero per il suo scioglimento, ove ciò risulti ad entrambi più conveniente. Se il criterio maggiormente univoco e solido è la preservazione dell'originario equilibrio contrattuale, plurime sono le modalità di adeguamento del rapporto. Esemplificativamente, se le variate circostanze attengono ai costi indispensabili ad eseguire la prestazione, l'adattamento del contratto può condursi attraverso una rimodulazione delle modalità attuative della prestazione o mediante una revisione al rialzo dei costi con incremento del prezzo finale. Centrale risulta, in ogni caso, la valutazione, da parte del giudice, dell'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si interrompa, potendo residuare da esso spiccati elementi per decidere.

In questa prospettiva, la parte oberata dalla sopravvenienza viene dotata di quel potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato che già le è attribuito in relazione ai contratti gratuiti e che nei contratti onerosi spetta a controparte. Nessun rimedio eccentrico al sistema, dunque, ma la rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto. Il ricorso all'art. 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le nuove condizioni da essa stabilite. Eppure esso consente, per il

---

[79] Costanza, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. Draetta - C. Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, 316; Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 582 s..

[80] Ritiene improprio l'utilizzo dell'art. 2932 c.c. per determinare il contenuto di "*vaghe clausole di equità, buona fede, proporzionalità, appropriatezza, e simili*" v. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 712 e 714 s., il quale circoscrive la possibilità per il giudice di intervenire *ex* art. 2932 c.c. solo laddove vi siano "*criteri concretamente dettati, ancorché bisognosi di ricognizione, applicazione, e al caso qualche sviluppo e integrazione*".

caso in cui si rifiuti di rispettarle, una commisurazione agevole e maggiormente attendibile del danno risarcibile.

(Red. Salvatore Leuzzi)

V° Il Direttore aggiunto
(Maria Acierno)

Il Direttore
(Maria Rosaria San Giorgio)