

Commissione Tax&Legal, Approfondimenti, maggio 2020

a cura di Cosimo Di Bitonto e Luca Marasco (Studio Legale Rinaldi e Associati)

I contratti commerciali “resilienti” delle portfolio companies nell’Era Covid-19: tra disciplina del codice civile sull’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e clausole di gestione delle “sopravvenienze”

1. L’eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni nel codice civile

(a) Il problema delle “sopravvenienze” nei contratti a lungo termine

Nel diritto italiano, i potenziali effetti giuridici negativi che la pandemia Covid-19 potrebbe produrre sulla gestione della fase esecutiva dei contratti commerciali tra imprese ad esecuzione differita o prolungata rispetto al momento della stipulazione (c.d. “contratti di durata” o “contratti a lungo termine”) riguardano non solo il profilo della sopravvenuta incapacità di una parte (la *portfolio company* o un proprio cliente o fornitore) di adempiere le prestazioni contrattuali a proprio carico (impossibilità sopravvenuta di esecuzione della prestazione¹), ma anche il diverso profilo dell’alterazione dell’iniziale equilibrio economico tra le prestazioni dedotte originariamente in contratto (eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, in sé pienamente eseguibile).

Tale eccessiva onerosità è collegata al rischio delle “sopravvenienze”: ossia fatti e circostanze esterni al contratto e alle parti contrattuali, successivi alla stipula del contratto, ma anteriori alla piena esecuzione delle sue prestazioni, i quali perturbano e alterano patologicamente l’iniziale equilibrio economico delle prestazioni.

Sul piano giuridico, l’insorgenza di sopravvenienze negative pone il problema dell’allocazione del relativo rischio tra i contraenti, ossia l’individuazione del soggetto finale che le sopporterà (o non le sopporterà), sulla base dei rimedi astrattamente ipotizzabili, in termini di scioglimento, intangibilità o adattamento del contratto “squilibrato” per sopravvenuta eccessiva onerosità.

(b) Il rimedio legale generale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

Nel nostro ordinamento giuridico, il tema delle sopravvenienze “squilibranti” del contratto ha trovato soluzione, nell’ambito delle disposizioni sui contratti in generale del codice civile, nell’istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

In eccezionale deroga al principio generale del diritto dei contratti “*pacta sunt servanda*” (o “*sanctity of contract*”: “contratto-legge-tra-le parti”), costituisce, infatti, altrettanto principio generale quello per cui, nei contratti a esecuzione continuata² o periodica³ ovvero a esecuzione differita⁴, 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, in apposito giudizio, la risoluzione del contratto (art. 1467, co. 1, c.c.). Peraltro, la risoluzione giudiziale non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nella c.d. “alea normale”

¹ Oggetto di separata nota («Covid-19 e impossibilità sopravvenuta della prestazione nei contratti commerciali delle portfolio companies: tra codice civile, normativa emergenziale e clausola di “forza maggiore”»), consultabile su: <https://www.datocms-assets.com/45/1588835014-mag2020dibitontomarasco.pdf?ixlib=rb-1.1.0>.

² Es., somministrazione di energie, materie prime, semi-lavorati, prodotti finiti.

³ Es., fornitura di prodotti finiti a scadenze temporali prefissate, tipiche del settore della “GDO” e delle energie fossili.

⁴ Es., vendita di una partita di merce a consegne ripartite, tipiche del settore della produzione di prodotti derivati dal petrolio.

del contratto (art. 1467, co. 2, c.c.); inoltre, la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, co. 3, c.c.).

La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta si qualifica, quindi, come rimedio a protezione della parte-debitrice contro il rischio di (eccessivo) aggravio della propria posizione contrattuale rispetto al momento di creazione del vincolo contrattuale, a causa del sopravvenuto squilibrio di valori tra prestazione e contro-prestazione, derivante, o da un eccezionale aumento di una o più voci di costo della prestazione che una parte deve eseguire (c.d. “eccessiva onerosità diretta”), o da un’eccezionale diminuzione di valore reale della prestazione che una parte deve ricevere dalla propria controparte (c.d. “eccessiva onerosità indiretta”).

In sintesi, il rimedio *ex art.* 1467 c.c. si qualifica per essere a carattere:

(a) in primo luogo, legale e non convenzionale (*i.e.*, espressamente previsto dal legislatore e non frutto di specifici accordi tra le parti) e, come tale, ad attivazione giudiziale (*i.e.*, mediante esercizio di un’azione avanti l’autorità giudiziaria, ordinaria o arbitrale);

(b) in secondo luogo, nella prospettiva della parte svantaggiata dalle sopravvenienze, estintivo e non conservativo del contratto (*i.e.*, volto solamente alla rimozione, anziché alla sopravvivenza del contratto “squilibrato” per eccessiva onerosità sopravvenuta), potendo solamente la parte avvantaggiata dal contratto “squilibrato”, contro la quale è domandata la risoluzione, evitarla, attraverso – come visto – la propria offerta di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, co. 3, c.c.)⁵;

(c) in terzo luogo, eccezionale, in quanto è applicabile, per costante insegnamento della nostra giurisprudenza⁶, solo al sopraggiungere di un evento (ovviamente esterno alle parti contrattuali), che sia: (i) sul piano oggettivo, straordinario: *i.e.*, che accade raramente, “dovendosi qualificare in base alla frequenza dell’evento, alle dimensioni, all’intensità”⁷;

(ii) sul piano soggettivo, imprevedibile, vale a dire “estraneo a qualsiasi ragionevolezza previsionale o di cui non si conoscono gli effetti, secondo il criterio dell’uomo comune”⁸ oppure,

⁵ Nondimeno, proprio quest’ultima previsione normativa denota che, sia pure *in nuce*, il nostro sistema giuridico non accoglie affatto in via assoluta il rimedio legale demolitorio del contratto “squilibrato”; infatti, quest’ultimo rimedio, viene, viceversa, sostituito talora da rimedi legali conservativi, nell’ambito della disciplina di alcuni tipi contrattuali speciali: si pensi, sol per citare l’esempio più rilevante, all’art. 1664 c.c. in tema di appalto, ai sensi del quale, innanzitutto, “[q]ualora per effetto di circostanze imprevedibili si sia-no verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d’opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l’appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo” (co. 1); inoltre, “[s]e nel corso dell’opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell’appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso” (co. 2).

⁶ Cass. 25 maggio 2007, n. 12235; Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396, secondo cui: “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” (nello stesso senso, Cass. 23 febbraio 2001, n. 2661).

⁷ Trib. Roma 10 gennaio 2012.

⁸ Trib. Bologna 13 ottobre 2010.

se prevedibile, inevitabile): quale non è, secondo i nostri giudici, una semplice “congiuntura economica sfavorevole”⁹;

(iii) eccedente – come accennato - la “normale alea contrattuale”, la quale, a propria volta, comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni contrattuali che traggono origine – secondo la classica formula delle sentenze - dalle “regolari e normali fluttuazioni del mercato”¹⁰.

(c) *La pandemia “Covid-19” come evento risolutivo del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*

Ora, pare allo stato evidente che l’emergenza sanitaria, economica e sociale innescata su scala globale dalla pandemia Covid-19 stia producendo, a livello macroeconomico, forti effetti negativi (anche) sull’intero sistema produttivo italiano, non derubricabili, a livello micro-economico degli specifici e determinati rapporti a lungo termine tra imprese, a semplici “regolari e normali fluttuazioni del mercato” (o “congiuntura economica sfavorevole”), secondo la fraseologia – citata nel precedente paragrafo - delle sentenze in punto d’inapplicabilità del rimedio risolutivo *ex art.* 1467 c.c. Ciò, a tacere dell’auto-evidenza della straordinarietà e imprevedibilità (o comunque inevitabilità) della pandemia Covid-19.

Questo ovviamente non vuol dire che qualsiasi contratto a lungo termine attualmente in corso d’esecuzione sia oggi risolvibile giudizialmente per eccessiva onerosità sopravvenuta in collegamento alla pandemia da Covid-19.

Infatti, sempre per radicata posizione della nostra giurisprudenza, “la questione dell’applicabilità ad un determinato contratto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta deve essere risolta dal Giudice con specifico riferimento al caso concreto ed all’azione effettivamente proposta, dovendosi, a tal fine, considerare non solo la natura e la struttura del contratto, ma anche le modalità ed i tempi di adempimento delle relative prestazioni”¹¹.

D’altra parte, l’onerosità sopravvenuta legittimante la risoluzione del contratto deve pure essere “eccessiva”: ossia collegata ad un sopravvenuto squilibrio di valori tra le prestazioni dedotte in contratto di natura eccezionale.

Tale scenario di squilibrio nei contratti attualmente vigenti potrebbe concretizzarsi, ad esempio, per quei contratti a lungo termine aventi a oggetto materie prime e/o prodotti finiti, i cui prezzi stanno subendo – in parallelo alla diffusione della pandemia Covid-19 - discese o innalzamenti, certamente di carattere eccezionale, come registrato anche dalle prime rilevazioni statistiche ufficiali per il mese di marzo 2020, in Italia e nel Mondo, per numerose categorie merceologiche (soprattutto della filiera produttiva dei settori dell’energia, degli alimentari, della sanità, del turismo, dei trasporti e dei mezzi di trasporto).

Riassumendo, nelle circostanze del caso concreto di un singolo contratto commerciale a lungo termine, la pandemia Covid-19 potrebbe ragionevolmente essere considerata una sopravvenienza che - soddisfacendo i requisiti legali di straordinarietà, imprevedibilità (o comunque inevitabilità) e sopravvenuta onerosità eccessiva - legittima la parte pregiudicata ad agire in giudizio per la risoluzione del contratto “squilibrato”.

(d) *L’inadeguatezza del rimedio legale della risoluzione giudiziale ex art. 1467 c.c. per i contratti commerciali a lungo termine*

In tale prospettiva di *shock* asimmetrici di mercato da Covid-19 turbativi dell’equilibrio iniziale tra prestazione e contro-prestazione di uno specifico contratto commerciale a lungo termine, emerge,

⁹ Trib. Roma 13 dicembre 2011, in *Il caso.it*.

¹⁰ Trib. Firenze 26 ottobre 2016; Cass. 21 aprile 2011, n. 9263; Cass. 17 luglio 2003, n. 11200.

¹¹ Cass. 8 agosto 2003, n. 11947 e App. Roma 28 giugno 2010.

putroppo, il limite intrinseco del rimedio legale della risoluzione giudiziale del contratto “squilibrato”: l’essere, cioè, un rimedio radicale, volto solo alla cancellazione del contratto.

Un rimedio, peraltro, non solo definitivo e irreversibile, ma anche (e soprattutto) - con riferimento a con-tratti commerciali a lungo termine - inadeguato. Infatti, in tali contratti - per i quali gli studiosi statunitensi hanno coniato a suo tempo l’espressione “contratti relazionali” (“*relational contracts*”) - l’esigenza primaria è costituita, di regola, dalla stabilità e conservazione del rapporto contrattuale, alla luce, sia del grado d’intensità della relazione commerciale tra le parti; sia della complessità tecnica e impegnatività economica dell’esecuzione delle prestazioni contrattuali.

D’altronde, l’eliminazione del contratto, soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, potrebbe non essere necessaria od opportuna e comunque potrebbe non rispondere all’interesse della stessa parte che, subendo l’aggravamento della propria posizione contrattuale, sia legittimata (solo) a chiedere, in tribunale, la risoluzione del contratto “squilibrato” (e non anche la sua conservazione, ma con equa rettifica delle condizioni contrattuali “squilibrate”). Quest’ultima rettifica, infatti, in base al chiaro testo normativo e all’orientamento prevalente della giurisprudenza della Suprema Corte, può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l’azione di risoluzione (art. 1467, co. 3, c.c.), in quanto costituisce pacifico *ius receptum* che “[n]ei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l’eccessiva onerosità sopravvenuta della pre-stazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, *ex art. 1467, co. 1, c.c.*, purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l’equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l’azione di risoluzione, ai sensi del co. 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non può pretendere che l’altro contraente accetti l’adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite”¹².

2. I rimedi convenzionali alternativi alla risoluzione giudiziale per eccessiva onerosità sopravvenuta

(a) Caratteri generali

Proprio al fine di ovviare ai limiti intrinseci del rimedio, “distruttivo” del contratto, della risoluzione giudiziale per eccessiva onerosità sopravvenuta, la prassi degli affari ha sviluppato l’utilizzo di clausole di gestione delle sopravvenienze, al fine di (ri-)configurare i contratti a lungo termine come contratti, per così dire, resilienti, a contenuto flessibile e adeguabile, in corso d’esecuzione, ai mutati scenari di contesto per effetto di un sopravvenuto fattore esterno perturbativo dell’iniziale equilibrio economico tra le prestazioni (quale potrebbe essere, come abbiamo visto, la pandemia Covid-19).

Le clausole di gestione delle sopravvenienze hanno le seguenti principali caratteristiche:

(a) di essere inserite dalle parti, preventivi, dei contratti commerciali a lungo termine, proprio al fine di gestirne i “difetti” della fase esecutiva, alterata da sopravvenuti fattori esogeni di squilibrio patrimoniale delle iniziali prestazioni, non ancora del tutto eseguite (qual è, appunto, la pandemia Covid-19), senza addivenire, tuttavia, alla rimozione del contratto “squilibrato”;

(b) di apprestare, per il perseguimento della citata finalità *sub* (a), rimedi convenzionali alternativi al rimedio legale della risoluzione giudiziale *ex art. 1467 c.c.*, in quanto (i) rimedi di manutenzione (*i.e.*, preordinati alla sopravvivenza del contratto) e di adeguamento (*i.e.*, determinanti, ove possibile, la sopravvivenza del contratto, sia pur modificato nel contenuto originario per adeguarlo alle sopravvenienze) del contratto “squilibrato”, anziché di sua cancellazione giudiziale, oppure (ii) rimedi di cancellazione negoziale (e non giudiziale) del contratto “squilibrato”.

¹² Cass. 26 gennaio 2018, n. 2047.

Nei successivi sotto-paragrafi verrà sinteticamente illustrato il contenuto delle principali clausole di controllo e gestione delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine e patrimonialmente “squilibrati”.

(b) Clausola di recesso.

In tale ipotesi, la clausola di controllo delle sopravvenienze attribuisce alla parte svantaggiata (recesso unilaterale) o anche all'altra parte avvantaggiata (recesso bilaterale) dallo “squilibrio” contrattuale il solo diritto di recedere per giusta causa dal contratto “squilibrato”, senza possibilità alcuna di sua modifica. Detto contratto, quindi, si differenzia rispetto al caso base dell'art. 1467 c.c. per uno scioglimento più spedito rispetto alla risoluzione giudiziale, poiché si attua mediante il semplice (atto di) esercizio del recesso della parte titolare del relativo diritto (risoluzione negoziale), senza necessità di esercizio dell'azione giudiziale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (risoluzione giudiziale).

(c) Clausola di adeguamento (automatico e non).

Qui le parti predispongono un meccanismo negoziale in base al quale, al sopraggiungere della sopravvenienza, il contratto “squilibrato” viene adeguato e modificato nell'oggetto (“*price/quantities adjustment*”), senza, peraltro, alcuna nuova espressione di volontà negoziale congiunta delle parti. Infatti, l'adeguamento (o adattamento) della regola pattizia alle sopravvenienze, mediante modifica quantitativa dell'oggetto, avviene sulla base, a seconda del caso: (1) dell'applicazione, in via automatica e predeterminata (a opera delle parti, ovviamente), di un parametro oggettivo (es., indice dei prezzi di un dato bene, servizio o settore economico) o di una più complessa formula matematica (c.d. “*price indexation clause*”), di adeguamento (clausole d'indicizzazione, di garanzia del valore, di garanzia monetaria); oppure (2) dell'intervento di un terzo arbitratore *ex art. 1349 c.c.* che “corregge”, in sostituzione delle parti, il contratto “squilibrato”, riequilibrandolo, mediante una nuova determinazione quantitativa delle prestazioni (arbitraggio modificativo successivo del terzo).

(d) Clausola di modifica unilaterale (“ius variandi”).

In tal caso il contratto “squilibrato” viene adeguato e modificato nell'oggetto, unilateralmente, da una sola delle parti, anziché da entrambe o dal terzo arbitratore: è il c.d. “arbitraggio di parte”, visto con molta cautela nel nostro ordinamento.

(e) Clausola di rinegoziazione (“renegotiation/hardship”).

In tale tipo di clausola di controllo delle sopravvenienze in corso d'esecuzione delle prestazioni contrattuali, si prevede che, in caso di loro accadimento, le parti hanno l'obbligo di rinegoziare il contratto “squilibrato”, al fine di addivenire alla stipula di un nuovo contratto “riequilibratore” del vecchio contratto.

Sul piano del contenuto, la clausola di “*hardship*” stabilisce, di solito:

- (a) l'esatta identificazione della sopravvenienza squilibrante, il cui avveramento determina l'insorgenza dell'obbligo di rinegoziazione del contratto a carico delle parti;
- (b) gli effetti della sopravvenienza sul rapporto in corso d'esecuzione: in particolare, se, in pendenza della procedura di rinegoziazione, l'esecuzione del contratto “squilibrato” resti sospesa oppure se esso continui ad essere eseguito tra le parti, ai termini e condizioni originari;
- (c) l'obbligo della parte colpita dalla sopravvenienza di comunicarla tempestivamente alla controparte, ai fini dell'attivazione della procedura di rinegoziazione;

(d) le regole di svolgimento della procedura di rinegoziazione, anche attraverso la fissazione di (più o meno dettagliati) parametri-guida che devono essere osservati dalle parti per la rinegoziazione.

Sul piano dell'ambito applicativo, la clausola di “*hardship*” va tenuta distinta da quella di “forza maggiore”: infatti, pur essendo entrambe ricollegate ad eventi imprevedibili ed inevitabili, tuttavia, la prima clausola presuppone la piena possibilità (materiale e giuridica) di esecuzione della prestazione (che è solo abnormemente aggravata dal punto di vista economico, ma non impedita) ed ha come punto di caduta finale, fisiologico, la stipula di un nuovo contratto modificativo del contratto “squilibrato”; mentre la seconda clausola presuppone l'accadimento di un evento impeditivo della stessa esecuzione della prestazione ed ha come naturale sbocco applicativo-effettuale la sospensione temporanea (e non definitiva) dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali della parte subente l'evento di forza maggiore, seguita dalla prosecuzione del contratto alle stesse condizioni originarie una volta superato l'evento di forza maggiore (oppure dalla risoluzione, ove quest'ultimo fosse definitivo e insuperabile).

Sul piano della funzione, la clausola di “*hardship*” è volta a salvare il contratto “squilibrato”, sulla base di un nuovo accordo tra le parti, alla cui conclusione, peraltro, le parti non sono obbligate: obbligo di rinegoziare, non significa affatto obbligo a contrarre (a mo' di contratto preliminare) e stipulare quindi il nuovo contratto modificativo del contratto “squilibrato”.

Di conseguenza, sul piano del concreto funzionamento della clausola di “*hardship*”, si possono verificare due opposte situazioni. La prima: le trattative per la rinegoziazione del contratto “squilibrato” vanno a buon fine e ne scaturisce, quindi, un nuovo contratto modificativo dell'originario contratto “squilibrato”, secondo i nuovi termini e condizioni concordati dalle parti; la seconda: le trattative falliscono.

Ora, per la prima situazione, *nulla quaestio*. Invece, per la seconda situazione, sul piano degli effetti dell'eventuale fallimento della rinegoziazione, occorre distinguere il fallimento fisiologico da quello patologico.

Nel primo caso di fallimento, fisiologico, della rinegoziazione (che ricorre qualora le parti, pur agendo correttamente, non riescono tuttavia a trovare, in buona fede, un nuovo accordo conservativo-modificativo del contratto “squilibrato”), le opzioni contemplate nella prassi¹³ delle clausole di “*hardship*” sono, a seconda del caso:

- (a) il diritto di recesso dal contratto originario a favore della parte colpita dalla sopravvenienza (es., 3A ICC “*hardship clause*” 2020¹⁴); oppure
- (b) il deferimento a un terzo arbitratore (o perito contrattuale) dell'incarico di determinare le modifiche del contratto “squilibrato” che le parti non sono state in grado di individuare concordemente;
- (c) l'intervento a carattere, in via alternativa, conformativo o dissolutivo del contratto squilibrato, affidato direttamente al giudice (es., clausola 3B ICC “*hardship clause*” 2020¹⁵ e art. 6.2.3 Principi UNIDROIT 2016); oppure
- (d) l'intervento del giudice, in via esclusiva, a carattere dissolutivo del contratto squilibrato (es.,

¹³ Quanto invece alla nostra giurisprudenza, si segnala che, secondo la S.C.: “[o]ve un contratto di somministrazione preveda l'obbligo di rinegoziare ogni anno il prezzo del prodotto per l'anno successivo, il somministrato non può pretendere l'esecuzione del contratto ad un prezzo più basso rispetto a quello originariamente stabilito se il somministrante ha comunicato di non poter proseguire il rapporto a tali condizioni, potendo quest'ultimo legittimamente sospendere l'esecuzione della somministrazione nel caso in cui il somministrato imponga l'esecuzione ad un prezzo più basso” (Cass. 26 febbraio 2014, n. 4557).

¹⁴ In base ad essa, “[...] where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to terminate the contract, but cannot request adaptation by the judge or arbitrator without the agreement of the other party”.

¹⁵ Secondo cui, “[...] where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided for in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract with a view to restoring its equilibrium, or to terminate the contract, as appropriate”.

clausola 3C ICC “*hardship clause*” 2020¹⁶).

Nel secondo caso di fallimento, patologico della rinegoziazione (che ricorre qualora una parte si rifiuti di procedere alla rinegoziazione oppure, vi partecipi, ma in maniera “maliziosa”, avanzando richieste negoziali capziose, abnormi o irragionevoli), la parte che ha violato la clausola realizza un inadempimento contrattuale, legittimante l’altra parte, oltretutto ad avvalersi del rimedio dell’eccezione d’inadempimento (art. 1460 c.c.), anche ad esercitare le azioni, a seconda delle opinioni, (i) di risoluzione giudiziale del contratto “squilibrato” per inadempimento (e non per eccessiva onerosità sopravvenuta), con diritto pure al risarcimento dei danni per equivalente (art. 1453 c.c.) , qualora la clausola di “*hardship*” fosse ritenuta costitutiva di un mero obbligo di rinegoziare; oppure (ii) di esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.), qualora la clausola di “*hardship*” fosse ritenuta costitutiva di un obbligo di ricontrarre: i.e., di stipulare il contratto modificativo del contratto squilibrato in funzione riequilibrante (piuttosto che di rinegoziarlo in buona fede).

3. Conclusioni

Il Covid-19 mette a dura prova la fase esecutiva dei contratti commerciali a lungo termine tra imprese. In tale delicata fase, la situazione di gestione ottimale della sopravvenienza Covid-19 riguarderà i contratti conformati dalle parti come contratti “resilienti”, attraverso l’inserimento di specifiche clausole di gestione delle sopravvenienze, in funzione conservativa del rapporto contrattuale (anziché di sua distruzione).

Nell’ambito dei contratti “resilienti”, il tipo di clausola che meglio sembra garantirne la sopravvivenza è la clausola di “*hardship*” (o rinegoziazione). Ciò, pur nella consapevolezza, da un lato, degli ampi margini di discrezionalità delle parti durante la rinegoziazione (che potrebbe non condurre all’effettiva stipulazione del contratto riequilibratore); dall’altro, dell’incertezza sui mezzi di tutela giudiziale in caso di esito negativo, patologico, delle trattative, a meno che le parti abbiano conformato la clausola in modo da prevedere l’intervento del soggetto esterno revisore della regola pattizia “squilibrata”.

Ben diverso è invece il caso dei contratti soggetti alla pura e semplice disciplina del codice civile, per i quali le parti si troveranno sospese tra “Scilla”¹⁷ e “Cariddi”¹⁸, con il grave rischio di contenziosi giudiziali.

¹⁶ Ai sensi della quale, “[...] where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to declare the termination of the contract”.

¹⁷ Il certo rimedio legale dissolutivo del contratto “squilibrato” ex art. 1467 c.c., salvo l’offerta di riequilibrio della parte avvantaggiata ex art. 1468 c.c.

¹⁸ L’incerta e difficoltosa attivazione di rimedi giudiziali manutentivi, sulla base di una, asserita, immanenza nel nostro sistema giuridico dei contratti di un obbligo legale di rinegoziazione del contratto squilibrato, attualmente contestata e minoritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza.