

XIII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

*"IL DIRITTO COMMERCIALE, LE LEZIONI DALLA PANDEMIA
E LA PIANIFICAZIONE DEL RILANCIO ECONOMICO"*
Roma, 27-28 maggio 2022

ORESTE CAGNASSO

Soppravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Lo svilimento della controprestazione. - 3. Lo svilimento della controprestazione e lo scioglimento o la revisione del contratto. - 4. Lo svilimento della controprestazione e l'eccessiva onerosità temporanea. - 5. Lo svilimento della controprestazione e il contenuto della revisione. - 6. Lo svilimento della controprestazione e la disciplina prevista nel d.l. 118/2021.

1. Premessa.

Le sopravvenienze da pandemia nel contesto dei contratti in corso si sono presentate con caratteri di imprevedibilità (almeno nel caso di contratti stipulati prima del suo insorgere) e di non imputabilità e spesso sono dipese dal *factum principis* e cioè da provvedimenti dell'Autorità. Si sono presentate sia nella prospettiva dell'impossibilità sopravvenuta di adempiere sia in quella dell'eccessiva onerosità¹.

¹ Relativamente all'impatto della pandemia sui contratti con particolare riferimento alla sopravvenuta onerosità v. S. MONTELLI, *Il Covid-19 e il revival dell'obbligo di rinegoziazione*, in *Danno e resp.*, 2020, n. 5; C. DI BITONTO, *I contratti commerciali resilienti nell'Era Covid-19*:

Come è noto, con riferimento a quest'ultima, l'art. 1467 c.c. contiene una regola di portata generale applicabile ai contratti non aleatori caratterizzati dall'esecuzione continuata o periodica o differita. L'onerosità concerne la variazione del costo o del valore della prestazione ed è rilevante se eccessiva e se supera l'area normale del contratto. Deve trattarsi di una sopravvenienza che sia determinata da circostanze straordinarie ed imprevedibili. In presenza di tali presupposti è prevista la facoltà per la parte onerata di chiedere la risoluzione del contratto. Solo l'altra parte può impedire tale effetto offrendo una modifica equa delle condizioni del contratto².

tra codice civile e clausole di gestione delle "soppravvenienze", in Contratti, 2020, p. 361 ss.; A. CINQUE, Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto, in Contratto e Impresa, 2020, p. 1691 ss.; R. FORNASARI, Sopravvenienze e contratti dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo, ibid., 2020, p. 1662 ss.; A. A. DOLMETTA, Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus), in Giust. civ. com., 2020, n. 6; M. MAGGIOLO, Poteri e iniziative unilaterali nella negoziazione del contratto, in Contratti, 2020, p. 485 ss.; G. A. TRIMARCHI, Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle regole tradizionali e ruolo delle "clausole generali", ibid., 2020, p. 433 ss.; A. PINORI, Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti, in Contratto e Impresa, 2020, p. 1192 ss.; A. GENTILI, Una proposta di contratti d'impresa al tempo del Coronavirus, in Giust. civ. com., 2020, n. 4; L. BALESTRA, Pandemia, attività d'impresa e solidarietà, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2020, p. 1153 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19, in Corriere giuridico, 2020, p. 581 ss.; V. DI CATALDO, Pandemia, imprese e contratti di durata, in Rivista ODC, 2020, p. 689 ss.; F. MACARIO, CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2020, p. 80 ss.; G. ALPA, Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata, ibid., 2020, p. 57 ss.; G. SICCHIERO, L'equità correttiva, in Contratto e impresa, 2021, p. 1174 ss.; R. SENIGAGLIA, Le attuali sopravvenienze contrattuali tra diritto vigente e diritto vivente, in Jus civile, 2021, p. 3 ss.; S. LEUZZI, Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione dei contratti d'impresa, in Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d. l. 118/2021. Liber amicorum Alberto Jorio a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, p. 1067 ss.; L. AMBROSINI, L'interesse creditorio nell'emergenza Covid tra rimedi estintivi e tensione conservativa, in Resp. civ. e prev., 2021, p. 1352 ss.; M. FRANZONI, Il covid-19 e l'esecuzione del contratto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2021, p. 1 ss.; V. DE LORENZI, La pandemia e i contratti di locazione commerciale, in Riv. dir. comm., 2021, p. 229 ss.; V. M. CESARO, Le misure restrittive derivanti dalla pandemia da Coronavirus e la rinegoziazione dei contratti in corso di esecuzione, in Gazzetta Forense, 2021; U. CARNEVALI, Emergenza Covid-19: un anno dopo, in Contratti, 2021, p. 145 ss..

² La bibliografia sul tema dell'eccessiva onerosità è molto ampia: v., per tutti, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013, con un ampio panorama comparatistico.

La disciplina contenuta nell'art. 1467 c.c. presenta vari profili problematici e soprattutto appare in larga misura inadeguata. In primo luogo, la sopravvenienza rilevante è limitata alla sola eccessiva onerosità, ma soprattutto la sanzione applicabile appare in molti casi non adeguata: la risoluzione comporta infatti il venir meno del contratto e quindi, nella prospettiva dell'imprenditore, dell'operazione economica. Non è prevista la possibilità per la parte onerata di ricorrere a strumenti che consentano la manutenzione del contratto. Quest'ultima può essere ottenuta solo ed esclusivamente se richiesta dalla parte non onerata attraverso un'offerta di riduzione ed equità, che riproduca l'originario equilibrio contrattuale entro i confini dell'alea normale. Tocca poi al giudice valutare se l'offerta possa essere qualificata come tale; in caso contrario il contratto sarà risolto.

In una prospettiva molto differente si colloca la disciplina dell'appalto che presenta due ipotesi di sopravvenienza, l'onerosità e la difficoltà di esecuzione, rispetto alle quali non viene in considerazione la risoluzione del contratto, ma la conservazione dello stesso attraverso una revisione del prezzo o un equo compenso. L'onerosità consiste in una variazione dei prezzi dei materiali o della mano d'opera che deve superare una certa soglia quantitativa (un decimo del prezzo dell'appalto) e deve essere causata da circostanze sopravvenute imprevedibili. La difficoltà di esecuzione è per contro riconducibile ad una variazione di fattori produttivi determinata dall'utilizzo di tecniche per realizzare l'opera più costose così da superare anche in questo caso una soglia quantitativa, causata da circostanze sopravvenute non previste: la sorpresa geologica, idrica o simili.

La norma in tema di appalto è stata oggetto di particolare attenzione e di confronto con quella comune e anche di tentativi di estenderne per quanto possibile l'applicazione, valutando come più coerente con le esigenze dell'esercizio dell'impresa l'utilizzo di strumenti che consentissero la prosecuzione del contratto, sia pure a differenti condizioni³.

³ V., per tutti, di recente E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e revisione del prezzo nell'appalto*, in www.juscivile.com, 2019, n. 6, p. 582 ss..

Non per nulla si tratta di una norma inserita in un contratto necessariamente d'impresa, dal momento che l'appaltatore è un imprenditore.

Anche altre disposizioni specifiche affrontano il tema della sopravvenienza, ad esempio, in materia di contratto d'affitto, con riferimento alle regole generali, l'art. 1623 c.c. stabilisce che, se, in conseguenza di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto. La norma, al di là della sua collocazione, appare interessante in quanto prevede la possibilità della revisione del contratto o anche, secondo le circostanze, del suo scioglimento.

Sul fondamento del quadro normativo rapidamente richiamato si colloca un ampio approfondito tentativo, che ha coinvolto fonti legislative, giurisprudenza, dottrina, nonché la stessa prassi attraverso clausole contrattuali, volto ad individuare strumenti idonei ad affrontare il tema della sopravvenienza in relazione ai cosiddetti *long term contracts*, e quindi ai contratti che il nostro legislatore individua con la formula ad esecuzione periodica, continuata o differita. L'obiettivo è quello di introdurre modalità di manutenzione che consentano, previa un'eventuale rinegoziazione, di pervenire ad una modificazione delle condizioni del contratto⁴. Così, ad esempio, i principi *Unidroit* prevedono un obbligo di rinegoziazione come presupposto, in caso di mancato accordo, per rivolgersi al giudice al fine di ottenere la revisione o lo scioglimento del contratto⁵. Nella stessa giurisprudenza, sul fondamento dei principi di correttezza e buona fede, è stato ipotizzato, in presenza di sopravvenienze, un

⁴ E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi Urbinati*, 2003, p. 167 ss.; F. MACARIO, *Coesistenza e complementarietà tra fattispecie tipizzate dal legislatore e uso giurisprudenziale delle clausole generali: l'esempio della proposta di riforma della disciplina in tema di sopravvenienze*; ID., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 ss..

⁵ V. G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 316 ss..

obbligo di rinegoziazione, con oscillazioni in ordine alle conseguenze derivanti dalla violazione dello stesso: risarcimento del danno o intervento del giudice?⁶

L'emergere della pandemia ha reso particolarmente attuale la problematica in esame e ha indotto ad una serie numerosa di prese di posizione. La relazione tematica dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2020⁷ ha previsto un obbligo di rinegoziazione, in mancanza del quale sarebbe possibile l'utilizzo dello strumento dell'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre. L'intervento del Giudice è altresì previsto nella riformulazione dell'art. 1467 c.c. inserita nel disegno di legge delega di riforma del Codice Civile⁸.

Pure negli ordinamenti stranieri sono presenti norme che si collocano in questa direzione, ed esempio in Francia ed in Germania⁹.

Da ultimo il secondo comma dell'art. 10 del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147, ha introdotto un'interessante disciplina della sopravvenienza collegata alla crisi pandemica inserita nell'ambito del nuovo istituto della composizione negoziata della crisi¹⁰.

⁶ V., ad esempio, Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2433 con note di G. SICCHIERO, *Bonafede integrativa e poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.*; P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, con la previsione di un intervento in sede cautelare.

⁷ V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 101 s..

⁸ V. DI CATALDO, *op. cit.*, p. 694 s.; F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro Plus*, 14.1.2022.

⁹ Cfr. il par. 313 BGB e l'art. 1195 code civil; V. D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2006, p. 114 ss. (e in *Contratto e impresa*, 2006, p. 797 ss.); V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, p. 392 ss.; E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "Révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1517 ss..

¹⁰ Sull'art. 10, comma secondo del d.l. 118/2021 v. I. PAGNI, *Crisi di impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, p. 349 ss.; e in *Le crisi di impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021. Liber amicorum Alberto Jorio*, a cura di S. Ambrosini, 2021, p. 11 ss.; L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in *Diritto della crisi*; M. FABIANI, *Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2022, p. 10 ss.; R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, *ibid.*, 2021, p. 1548 ss.; S. MANSOLDO, *Trasferimento d'azienda e rinegoziazione dei contratti*, in *La crisi di impresa e le nuove misure di risanamento*, diretto da M. Irrera e S. Cerrato, coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022, p. 188 ss.; M. SPIOTTA, *(Imprenditore) Inadimplenti (ma non*

2. Lo svilimento della controprestazione.

In questa prospettiva mi pare interessante dedicare qualche attenzione ad una particolare ipotesi di eccessiva onerosità che consiste nello svilimento della controprestazione. Anche se si tratta di una fattispecie già nota e presa in considerazione dalla giurisprudenza, la crisi economica derivata dalla pandemia ne ha offerto esempi significativi, come nel caso della drastica riduzione per un certo periodo del prezzo dell'energia elettrica dato il minor consumo della stessa a causa del *lockdown*. Un discorso analogo può essere esteso ai prezzi degli immobili. In dottrina si è ricondotto allo svilimento della controprestazione la stessa inutilizzabilità temporanea dei locali commerciali a causa del *lockdown*, con conseguente "svilimento del valore della controprestazione, dell'utilizzabilità della controprestazione"¹¹.

Nelle pagine seguenti vorrei soffermarmi sui caratteri di tale fattispecie, sulla sua rilevanza, su eventuali profili peculiari relativi alla sua disciplina.

In particolare, da tale angolo visuale, vorrei dedicare attenzione alla recentissima norma, già richiamata, introdotta dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118 (Misure urgenti in materia di crisi e di risanamento aziendale), contenuta nell'art. 10, secondo comma, all'interno della disciplina della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa.

La dottrina ha risolto il problema della rilevanza dello svilimento della controprestazione ai fini della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sulla scorta del fondamento attribuito all'istituto. Se infatti la finalità di quest'ultimo è quella di conservare un equilibrio tra le prestazioni, assumono rilevanza tanto l'aumento di valore (o di costo) della prestazione, quanto lo svilimento della controprestazione¹²; se, per contro, scopo della risoluzione è

ancora viable) est adimplendum?, in *Diritto della crisi*; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, cit., p. 689 ss..

¹¹ V. DE LORENZI, *La pandemia e i contratti di locazione commerciale*, cit., p. 248.

¹² Cfr. A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 23, per cui l'onerosità significa "aggravio della posizione di una delle parti o per il maggior sacrificio che a lei costa l'esecuzione della prestazione o per la minore utilità (o minor valore) e presenta la

quello di tutelare l'attuabilità della prestazione, assume rilevanza solamente l'aumento di valore (o di costo) della prestazione stessa¹³. In effetti, soprattutto la dottrina più risalente che si è occupata del tema dell'eccessiva onerosità, è stata indotta a sottolineare uno stretto collegamento tra impossibilità ed onerosità sopravvenute. Se ci si pone in questa prospettiva diventa difficile dar rilievo allo svilimento della controprestazione. L'impossibilità concerne la singola prestazione, mentre l'onerosità può dipendere sia dal maggior costo o valore della prestazione, ma anche dal minor costo o valore della controprestazione. In altre parole, ciò che rileva, come si è già osservato, è il venir meno dell'equilibrio contrattuale originario.

In questa direzione sono assai significative le norme dettate con riferimento a singoli contratti.

L'art. 1664 c.c., già richiamato, in tema di revisione del prezzo nel contratto d'appalto, prevede espressamente l'ipotesi dello svilimento della controprestazione: infatti la norma si applica in presenza sia di un aumento, sia di una diminuzione nel costo dei materiali o della mano d'opera, effetto di circostanze imprevedibili e tali da determinare una variazione del prezzo superiore al decimo.

Storicamente la fattispecie relativa alla diminuzione del costo della prestazione dell'appaltatore per la diminuzione dei prezzi dei fattori produttivi è stata prevista e disciplinata nel settore dei pubblici appalti, che disponeva, accanto alla revisione del prezzo in aumento, anche quella in diminuzione. Il progetto Vivante di Codice di Commercio, nel regolare il contratto di appalto privato, prevedeva solo l'ipotesi in cui la prestazione dell'appaltatore divenisse eccezionalmente più difficile e costosa. Il Codice delle obbligazioni svizzero, che costituiva il modello per tale disciplina, escludeva l'ammissibilità della revisione in diminuzione del prezzo d'appalto. La presenza di modelli opposti

controprestazione"; S. GATTI, *l'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 425.

¹³ V. in partic., A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 429, per cui l'onerosità della prestazione si deduce "ponendo in raffronto il valore (o il costo) iniziale della prestazione da eseguire e il valore (o il costo) al momento dell'adempimento ed assumendo il termine monetario come unità di misura".

probabilmente ha indotto il legislatore a prevedere la revisione in aumento o in diminuzione del prezzo d'appalto. Mentre il diritto all'equo compenso per difficoltà di esecuzione è contemplato solo a favore dell'appaltatore¹⁴.

Nella stessa prospettiva si pone la disciplina contenuta nell'art. 1623 c.c., già richiamato, concernente le modificazioni sopravvenute del rapporto d'affitto. Anche in questo caso si prendono in considerazione modifiche del rapporto contrattuale tali che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio e conseguentemente si prevede la possibilità di richiedere un aumento o una diminuzione del canone di affitto.

Appare oggi pacifica l'equiparazione, ai fini della disciplina della sopravvenienza, dell'aumento del valore o del costo della prestazione, con la diminuzione del valore o del costo della controprestazione.

La stessa relazione tematica dell'Ufficio Massimario della Cassazione, sopra richiamata, si riferisce allo svilimento della controprestazione qualificandola come un'ipotesi di eccessiva onerosità indiretta.

Si tratta di stabilire, in conclusione, se solo il rischio di aumento nel valore (nel costo) della prestazione debba essere ripartito tra le parti (secondo i criteri dettati nella normativa relativa all'eccessiva onerosità) oppure anche quello consistente nello svilimento della controprestazione.

La norma comune in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità vale per *qualsiasi* contratto non aleatorio ad esecuzione continuata periodica o differita: i criteri di ripartizione del rischio di sopravvenienza non possono tener conto della posizione delle parti nel contratto (contraente imprenditore, contraente più forte, contraente che più facilmente potrà ritrasferire il rischio mediante, ad esempio, un contratto di assicurazione). Non rimane altra via che operare un raffronto tra il rischio consistente nell'aumento del valore (del costo) della prestazione e quello consistente nello svilimento della

¹⁴ Sull'evoluzione storica della disciplina della revisione del prezzo nell'appalto mi sia consentito di rinviare a O. Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo ad una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979, p. 8 ss..

controprestazione, per verificare se la disciplina espressamente dettata per il primo valga anche per il secondo.

Mi sembra che sussista una stretta correlazione tra le due situazioni, tra l'ipotesi in cui una parte vede aumentare il valore o il costo del "bene" che dà e quella in cui una parte vede diminuire il valore (o il costo) del "bene" che riceve. In tutti e due i casi si spezza l'equilibrio originario tra le prestazioni fissato nel contratto. La correlazione tra i due fenomeni è così stretta che lo stesso evento (l'inflazione) è stato inteso come generatore di svilimento della controprestazione o generatore di aumenti nel valore o nel costo della prestazione¹⁵.

Le considerazioni ora sviluppate portano alla conclusione che si ha eccessiva onerosità in entrambe le ipotesi indicate: lo svilimento della controprestazione, in particolare, può essere causa di risoluzione del contratto (o di *reductio ad aequitatem*). Il fondamento dell'istituto non è quindi da ricercarsi nell'attuabilità della prestazione isolatamente considerata, ma nel mutamento dell'economia contrattuale, mutamento che può dipendere tanto dall'aggravarsi della posizione di una delle parti, quanto dall'attenuarsi del sacrificio economico che la controparte deve sostenere¹⁶.

Gli stessi principi *Unidroit* richiamano espressamente le due fattispecie, prevedendo espressamente l'accrescimento dei costi della prestazione oppure la diminuzione del valore della controprestazione, con conseguente alterazione sostanziale dell'equilibrio del contratto.

¹⁵ A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione*, cit., p. 437.

¹⁶ L'interpretazione lata attribuita al concetto di onerosità non pregiudica, a mio avviso, la soluzione del problema relativo alla rilevanza della svalutazione monetaria come causa di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. Vari ostacoli, come è noto, sono stati individuati al fine di sostenere la tesi negativa: tra questi anche l'irrilevanza dello svilimento della controprestazione. Ma tale ostacolo potrebbe abbastanza facilmente superarsi, anche qualora si intendesse l'onerosità in senso restrittivo, dal momento che l'inflazione monetaria importa normalmente un aumento nel valore o nel costo della prestazione correlato allo svilimento della controprestazione. L'onerosità può consistere sia nell'aumento del valore o del costo della prestazione sia nello svilimento della controprestazione: più precisamente, nell'ipotesi di "contratto a prestazioni corrispettive" (art. 1467) potrà consistere nell'uno o nell'altro fenomeno ora indicati, nell'ipotesi invece di "contratto con obbligazioni di una sola parte" (art. 1468) potrà verificarsi - è appena il caso di richiamarlo - esclusivamente il primo fenomeno.

3. Lo svilimento della controprestazione e lo scioglimento o la revisione del contratto.

L'eccessiva onerosità consistente nello svilimento della controprestazione presenta profili che, anche se non peculiari alla stessa, potendosi riscontrare anche in caso di aumento del costo o del valore della prestazione, trovano particolare frequenza in tale contesto. Mi pare interessante il tentativo di enucleare alcuni di questi profili e di verificare in che misura la disciplina codicistica possa essere utilizzata per offrire risposte a tali esigenze e ciò anche soprattutto nella prospettiva di un intervento legislativo diretto a modificare la disciplina attuale, anche alla luce della nuova esperienza determinata dalla pandemia.

Un primo aspetto che mi sembra possa riscontrarsi in caso di svilimento della controprestazione concerne la "sanzione" che meglio tuteli l'interesse della parte onerata. Come si è osservato e come è ampiamente sottolineato dalla dottrina, le due discipline fondamentali della sopravvenienza, quella relativa ai contratti in genere contenuta nell'art. 1467 c.c. e quella concernente l'appalto, contenuta nell'art. 1664 c.c., offrono alla parte onerata strumenti profondamente differenti, la risoluzione del contratto in un caso, la revisione del prezzo nell'altro. In dottrina si è osservato come questa seconda soluzione sia in larga misura preferibile rispetto alla prima ed in particolare offra una miglior tutela per la parte più frequentemente onerata, l'appaltatore, parte necessariamente qualificabile come imprenditore.

Tenendo conto in particolare della prestazione consistente nel compimento di un'opera (o nell'esecuzione di un servizio) e della sopravvenuta onerosità riconducibile ad un maggior costo della prestazione stessa, la risoluzione del contratto comporterebbe per l'appaltatore imprenditore il venir meno dell'operazione, con la possibilità che il committente rinunci all'esecuzione dell'opera (o del servizio) o si rivolga ad un altro soggetto. La revisione del prezzo consente invece di mantenere in vita il contratto, con un aumento del corrispettivo, anche se senza il ripristino integrale dell'equilibrio originario. Si può aggiungere che normalmente la revisione del prezzo è pure nell'interesse del committente,

potendo in tal modo conseguire l'opera (o il servizio) con un incremento che probabilmente è inferiore al prezzo che dovrebbe versare nel caso della stipulazione di un nuovo contratto.

Il discorso potrebbe essere differente in caso di svilimento della controprestazione. Si pensi ad esempio alla somministrazione di un bene che, successivamente alla stipulazione del contratto, abbia assunto un prezzo di gran lunga minore rispetto a quello originario. Si pensi in particolare alla posizione del somministrato che abbia stipulato un contratto di una certa durata per un determinato corrispettivo e all'ipotesi che nel corso dell'esecuzione del contratto il prezzo del bene oggetto della somministrazione si riduca notevolmente. Il somministrato è costretto, nell'eseguire il contratto, a pagare un corrispettivo per un bene che potrebbe acquistare sul mercato ad un prezzo molto inferiore. In questo caso solo la revisione del prezzo che consentisse di ricondurlo al valore di mercato potrebbe essere equivalente alla risoluzione del contratto; in ogni altro caso il somministrato, in presenza di una riconduzione ad equità del contratto senza integrale applicazione del prezzo di mercato, potrebbe trovare più conveniente la risoluzione, che gli consentirebbe di sciogliersi da un vincolo ormai gravoso e di acquisire sul mercato il bene al prezzo corrente.

La soluzione offerta dal diritto comune dei contratti potrebbe quindi essere preferibile, in tale prospettiva, rispetto a quella prevista per il contratto di appalto.

Potrebbe essere valutata da un futuro legislatore che introducesse l'obbligo di rinegoziazione in presenza di eccessiva onerosità sopravvenuta e che, nel caso di sua violazione o di un mancato accordo, prevedesse l'intervento del giudice, l'opportunità di attribuire a quest'ultimo la facoltà di rimodulare le condizioni del contratto oppure, in relazione al caso specifico, di risolvere lo stesso. Mi pare interessante la soluzione adottata dal legislatore francese che, all'art. 1195 *code civil*, in presenza di un cambiamento imprevedibile delle circostanze con conseguente eccessiva onerosità per una delle parti, introduce la facoltà di richiedere la rinegoziazione del contratto: in caso di inadempimento o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono accordarsi o per la risoluzione del contratto o per

chiedere al giudice una revisione. In mancanza di tale accordo il giudice può, su richiesta di una parte, rivedere o risolvere il contratto.

Occorre infine sottolineare che, nell'ambito della disciplina dei singoli contratti, è presente una norma, già sopra richiamata, che prevede entrambe le soluzioni: infatti l'art. 1623 c.c. nell'ambito delle regole in tema di affitto dispone che, in presenza di modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale, la parte onerata può richiedere un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto. In tal modo viene superata la previsione dell'alternativa secca revisione - risoluzione, contemplata rispettivamente per l'appalto e in genere per i contratti, con la possibilità di scelta condizionando lo scioglimento alle peculiari circostanze del caso concreto. Lo stesso legislatore sembra presupporre che, ferma restando in qualche misura la priorità della revisione, potrebbero verificarsi situazioni in cui la stessa non appare adeguata e si mostra preferibile il ricorso allo scioglimento del contratto.

4. Lo svilimento della controprestazione e l'eccessiva onerosità temporanea.

Riprendendo l'esempio posto in apertura delle presenti pagine e tratto dall'esperienza concreta della pandemia, una diminuzione anche sensibile, anche netta del prezzo di un determinato bene potrebbe derivare dal calo nel suo utilizzo durante il *lockdown*. L'esempio tipico già ricordato è quello dell'energia elettrica. Superato tale periodo, con il ritorno ad un consumo normale o che si avvicina a quello normale, il prezzo può a sua volta ritornare a valori corrispondenti o vicini a quelli ante *lockdown*. Quindi l'onerosità può presentarsi come un fenomeno temporaneo.

Se, ad esempio, è stato stipulato un contratto di somministrazione avente ad oggetto un bene il cui prezzo sia notevolmente diminuito nel periodo del *lockdown*, il somministrato potrebbe essere costretto a versare un corrispettivo molto superiore a quello di mercato. Se il contratto è di lunga durata l'equilibrio contrattuale potrebbe essere in futuro ristabilito, se la riduzione è dipesa da circostanze che poi sono state superate.

La disciplina dell'eccessiva onerosità non pare offrire una soluzione a tale ipotesi, salvo naturalmente il ricorso allo scioglimento del contratto. Per contro soluzioni di tipo manutentivo dirette a modificare le condizioni del contratto dovrebbero poter far riferimento anche al profilo temporale e quindi ad una rimodulazione del prezzo per un certo periodo di tempo. In questa prospettiva mi sembra potrebbe essere utilizzata la regola dettata nell'ambito del diritto comune dei contratti che prevede la possibilità per la parte non onerata di impedire la risoluzione del contratto mediante un'offerta che lo riconduca ad equità. L'offerta, a mio avviso, potrebbe contenere una previsione di una certa durata ove fosse ragionevolmente prevedibile il carattere temporaneo dell'onerosità.

Più difficile immaginare come adattare la revisione del prezzo prevista in caso di onerosità dell'esecuzione dell'appalto ad una certa durata temporanea. Forse potrebbe essere più agevole, in caso di difficoltà di esecuzione di carattere temporaneo, che l'offerta ad equità prevista dal secondo comma dell'art. 1664 c.c. sia ancorata ad un certo parametro di durata.

Potrebbe forse essere utile, nel modificare la disciplina della sopravvenienza, tener conto anche della possibilità di quella a carattere temporaneo. Al proposito un modello potrebbe essere fornito dalle regole in tema di impossibilità che, come è noto, contemplano anche quella temporanea.

5. Lo svilimento della controprestazione e il contenuto della revisione.

Come si è osservato nelle precedenti pagine, nel caso di svilimento della controprestazione (ma anche in ipotesi di aumento del costo della prestazione) potrebbe verificarsi una sopravvenienza di carattere temporaneo e quindi potrebbe essere opportuno che la rinegoziazione potesse avere per oggetto un contenuto più ampio rispetto al semplice aumento o la semplice riduzione del prezzo. Così le nuove condizioni, in particolare in caso di minor valore/minor costo della controprestazione, potrebbero consistere anche in una riduzione quantitativa della prestazione o in una rimodulazione non solo della misura ma anche dei tempi di pagamento del prezzo. Come pure potrebbe venire in

considerazione una risoluzione parziale del contratto sul modello di quanto previsto per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La disciplina del contratto d'appalto, in particolare quella che fa riferimento ai maggiori e minori costi dei fattori produttivi, pare presentare un'eccessiva rigidità, prevedendo esclusivamente una modificazione in aumento o in riduzione del prezzo. Nello stesso modo viene disciplinata la sopravvenienza nell'ambito del contratto di affitto ove si dispone esclusivamente, in alternativa, lo scioglimento del contratto, o l'aumento o la riduzione del canone.

Per contro la riconduzione ad equità prevista sia nel caso di offerta da parte dell'onerato per impedire la risoluzione del contratto, sia in presenza di difficoltà di esecuzione dell'appalto, pare offrire una più ampia possibilità nel delineare il contenuto della revisione del contratto.

Una disciplina della sopravvenienza in questa prospettiva sembra dover necessariamente introdurre un obbligo di rinegoziazione di portata ampia, non limitato alla sola modificazione dell'obbligazione pecuniaria, ma che possa ricomprendere tutte le condizioni del contratto. Conseguentemente anche l'intervento del giudice, in ipotesi previsto in caso di mancanza o di fallimento della rinegoziazione, dovrebbe poter consentire all'autorità giudiziaria un intervento di riformulazione delle clausole contrattuali ad ampio spettro, sia pure secondo determinati criteri ed entro certi limiti.

Lo stesso discorso può essere esteso alla formulazione di clausole contrattuali che dovrebbero consentire di fronteggiare le sopravvenienze con possibilità di tener conto di interventi sul contenuto del contratto anche differenti dalla semplice modificazione dell'importo previsto.

Più in generale il giudice, ove venisse espressamente previsto e se si ritenesse comunque ammissibile già oggi un suo intervento in caso di sopravvenienza, dovrebbe, nel riplasmare il contenuto del contratto, tenere esclusivamente conto dell'equilibrio contrattuale originario e in generale dell'economia del contratto o potrebbe anche (superando la logica del singolo contratto atomisticamente considerato) valutare la posizione delle parti e in particolare l'impatto della sopravvenienza sull'esercizio dell'impresa, se uno o

entrambe le parti sono imprenditori? Sembra difficile dare oggi una risposta: in ogni caso si tratta di una prospettiva di notevole rilievo operativo e sistematico.

Differente naturalmente è il caso in cui le parti abbiano costruito una regola contrattuale per la sopravvenienza, che potrebbe variamente individuare l'eventuale ambito dell'intervento del giudice o dell'arbitro.

6. Lo svilimento della controprestazione e la disciplina prevista nel d.l. 118/2021.

L'art. 10, secondo comma, del d.l. 118/2021 prevede, con riferimento all'eccessiva onerosità dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, due possibili interventi, l'uno affidato in prima battuta all'esperto, l'altro, al Tribunale. L'esperto può invitare la parte a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ora richiamati in presenza di una situazione di onerosità eccessiva per effetto della pandemia. In mancanza di accordo, può provvedere il Tribunale.

Tale intervento è però condizionato ad una serie di presupposti procedurali e di merito. Occorrono la domanda da parte dell'imprenditore, che abbia avviato l'*iter* della composizione negoziata della crisi nonché il fallimento delle trattative tra le parti. E' necessario altresì il parere dell'esperto. La rideterminazione da parte del Tribunale, secondo equità e considerando le ragioni della parte non onerata, è circoscritta al periodo strettamente necessario e può essere stabilita solo se rappresenti una misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Il Tribunale può provvedere anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo.

Mi pare interessante esaminare il nuovo dato normativo nel contesto della composizione negoziata della crisi sotto il profilo della rilevanza operativa e della sua valenza sistematica. Naturalmente, visto il tema prescelto, con particolare riferimento all'ipotesi dello svilimento della controprestazione.

I presupposti di applicazione per l'intervento del Giudice sono alquanto stringenti. Deve trattarsi in primo luogo di un contratto stipulato da un imprenditore dal momento che quest'ultimo è il solo legittimato ad avviare l'*iter* della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa. Inoltre deve

sussistere una situazione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che renda probabile la crisi o l'insolvenza. Ed ancora deve essere attivata la procedura appunto di composizione negoziata. Pertanto, la sopravvenienza ha come sfondo una crisi o almeno la probabilità di una crisi di impresa.

I contratti presi in considerazione sono descritti con la formula "*ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita*", che corrisponde esattamente a quella che delinea l'ambito di operatività della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. Tuttavia, occorre osservare che la disciplina comune esclude da questo ambito i contratti aleatori per natura o per volontà delle parti. Tale esclusione non è presente nella disciplina in esame: si pone quindi il dubbio se si tratti di una semplice dimenticanza e se quindi sia comunque logico ritenere incompatibile con l'applicazione delle regole in tema di sopravvenienza i contratti aleatori oppure se la pandemia sia una sopravvenienza di tale portata da superare anche questo limite.

L'onerosità rilevante è quella eccessiva, così come previsto nella disciplina comune. Nessun riferimento nell'ambito dell'art. 10 si ritrova al superamento dell'alea normale, che rappresenta uno dei requisiti della regola contenuta nell'art. 1467 c.c.. Tuttavia, questo requisito forse ha un senso e una portata in presenza della sanzione drastica della risoluzione, mentre potrebbe valere implicitamente nel nostro caso, dal momento che si prevede una rideterminazione del contenuto del contratto secondo equità e quindi implicitamente tenendo conto dell'alea normale del contratto.

Nessun riferimento generico è presente nella norma in esame alle circostanze straordinarie e imprevedibili. Tuttavia, l'onerosità è rilevante se effetto della pandemia. Pertanto, quest'ultima rappresenta, come è evidente, una circostanza straordinaria e imprevedibile. Ciò sicuramente è vero per i contratti stipulati prima del sorgere dell'emergenza sanitaria; più dubbio è se la pandemia di per sé possa comunque essere considerata tale per contratti stipulati nel corso della stessa. Bisognerà forse esaminare caso per caso e verificare quali circostanze rappresentino la causa diretta dell'onerosità e se queste ultime, in una situazione già di pandemia, possano essere considerate come imprevedibili?

Un primo problema interpretativo concerne il rapporto tra la norma comune e quella contenuta nell'art. 10: in particolare se l'area di applicazione e il presupposto della rilevanza dell'onerosità siano coincidenti. Si è già osservato come non vi siano indicazioni in ordine all'applicabilità o meno ai contratti aleatori. Supponendo che la fattispecie eccessiva onerosità prevista dall'art. 10 coincida con quella contemplata dall'art. 1467 c.c. è evidente come in ogni caso l'ipotesi contenuta in quest'ultima disposizione appaia circoscrivere notevolmente il suo ambito di applicazione, venendo in considerazione, da un lato, solo per i contratti stipulati dall'imprenditore in precrisi, crisi o, si ritiene, insolvente, dall'altro con riferimento all'onerosità sopravvenuta derivante dalla pandemia.

La disciplina è poi radicalmente differente: in un caso la risoluzione del contratto, nell'altro la rideterminazione del contenuto secondo determinati criteri che fanno riferimento non solo all'equilibrio oggettivo del contratto, ma anche alla situazione delle parti: l'indispensabilità dell'intervento per assicurare la continuità aziendale nell'ottica della parte onerata; le ragioni dell'altra parte.

La norma sembra venire in considerazione anche nel caso in cui il legislatore applichi, in presenza di sopravvenienze, la disciplina della rideterminazione delle condizioni contrattuali o dell'equo compenso. Anche in tale ipotesi il legislatore consente un intervento sul contratto secondo i parametri ora illustrati.

Si pone il problema relativo all'applicabilità della norma comune o delle specifiche regole contenute nella disciplina di alcuni contratti anche qualora siano presenti i presupposti di cui all'art. 10. In altre parole, certamente l'imprenditore, qualora non si avvalga dello strumento della composizione negoziata della crisi, potrà richiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità in presenza dei relativi presupposti oppure la revisione del prezzo nei casi in cui è prevista. Ma l'imprenditore che abbia intrapreso l'*iter* della composizione negoziata e che abbia avviato la trattativa con la mediazione dell'esperto per rideterminare il contenuto dei contratti, potrà, in caso di mancato accordo, rinunciare a continuare il percorso dinanzi al giudice e preferire la via della richiesta della risoluzione del contratto?

A me pare che l'intervento del Giudice costituisca una scelta per l'imprenditore e non un'imposizione: tant'è vero che il legislatore prevede l'intervento del Tribunale solo in presenza di una domanda formulata dall'imprenditore. Pertanto, mi pare che si possa concludere che la via segnata dalla norma comune o dalle regole concernenti alcuni contratti tipici possa comunque essere percorsa.

Alla luce di tale considerazione mi sembra che la disciplina innovativa contenuta nell'art. 10, al di là dei dubbi interpretativi, della sua efficacia in concreto, dell'ambito di applicazione alquanto circoscritto, offra una risposta positiva alle esigenze illustrate nelle pagine precedenti, con particolare riferimento alla fattispecie di eccessiva onerosità consistente nello svilimento della controprestazione.

Si è rilevato che in tal caso potrebbe risultare più coerente con la posizione del contraente onerato la risoluzione del contratto. Se la fattispecie presa in considerazione dall'art. 10, salvo le specificità sotto il profilo dell'ambito di applicazione ai contratti stipulati dall'imprenditore ed alla sopravvenuta pandemia, sostanzialmente coincide con quella delineata dall'art. 1467 c.c., l'imprenditore potrà scegliere (come si è osservato) se accettare un accordo diretto a ridefinire il contenuto del contratto e in mancanza ricorrere al Tribunale oppure agire in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto.

Si è osservato che lo svilimento della controprestazione potrebbe essere determinato da circostanze che hanno una durata prevedibile limitata nel tempo, per esempio, per un periodo di totale o parziale *lockdown*. La norma in esame è attenta a tale situazione ed espressamente prevede che il Tribunale possa rideterminare le condizioni del contratto per il periodo strettamente necessario e quindi espressamente introduce la possibilità di un intervento sul contratto che abbia un carattere temporale.

Si è infine illustrato che lo svilimento della controprestazione potrebbe rendere opportuni interventi di revisione del contratto che non si limitino ad incidere sulla prestazione pecuniaria. Il legislatore nella norma in commento si riferisce, sia nella fase di rinegoziazione, sia nella fase dell'intervento del

Tribunale, ad una rideterminazione del contenuto del contratto in un caso ad una rideterminazione delle condizioni del contratto nell'altro caso. Pertanto, l'intervento può avere ad oggetto non solo la prestazione pecuniaria e il suo ammontare, ma anche altri elementi del contratto.

Si prevede altresì la possibilità indubbiamente interessante, che rappresenta una novità nel panorama legislativo italiano, della sostituzione, rispetto alla modificazione del contratto, della corresponsione di un indennizzo a favore della parte non onerata.

Naturalmente il problema di fondo, nell'ottica del sistema relativo alla sopravvenienza, consiste nella portata della nuova norma. Può essere intesa come una regola sostanzialmente di carattere eccezionale che con riferimento ad un particolare soggetto, imprenditore, ad una particolare situazione, precrisi o crisi, a particolari sopravvenienze, quelle derivanti dalla pandemia, preveda non la risoluzione del contratto ma una sua modificazione. In tale prospettiva e con un ragionamento *a contrario* si potrebbe ritenere che questa norma confermi il carattere generale della regola relativa alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, superabile solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 10.

Ma forse potrebbe darsi una lettura differente: in questa prospettiva il legislatore non ha inteso in qualche misura prendere posizione sul sistema in tema di sopravvenienza, che può essere inteso come rigidamente ancorato all'art. 1467 c.c., oppure integrato in virtù dei principi di buona fede o dell'equità, con la previsione di un obbligo di rinegoziazione e (anche) di un intervento, variamente configurabile, del Giudice in caso di violazione di tale obbligo o di mancato accordo. Il legislatore non avrebbe inteso prendere partito sull'una o sull'altra ricostruzione del sistema. Il suo obiettivo sarebbe stato quello di prendere in considerazione una particolare fattispecie di sopravvenienza, a carico di determinati soggetti e in una determinata situazione e per questa fattispecie sancire la possibilità di adottare un percorso diverso rispetto alla risoluzione del contratto, percorso che ha inteso ridisegnare con precisione, ancorando la

modificazione del contratto a determinati parametri che siano coerenti con la peculiare situazione. In tale prospettiva ha dato centrale rilievo alla finalità della misura di assicurare la continuità aziendale.

Ma, al di là di queste opzioni di fondo, la regola contenuta nell'art. 10 potrebbe offrire elementi di giudizio a favore sia della ricostruzione complessiva del sistema, sia dell'interpretazione di alcune norme specifiche contenute nel codice civile. Pur volendo sottolineare il carattere eccezionale della norma, forse potrebbero distinguersi i due momenti: l'obbligo di rinegoziazione sembra infatti poter avere una portata più vasta ed anzi offrire un elemento a favore della tesi che ritiene sempre sussistente tale obbligo in caso di eccessiva onerosità. Per contro l'intervento del giudice, con le precise delimitazioni previste dall'art. 10 e l'individuazione di precisi parametri di riferimento, potrebbe rappresentare un dato normativo inteso a escludere o quanto meno rendere più difficoltoso l'introduzione in via interpretativa della possibilità dell'intervento del Giudice in modo generalizzato e senza determinati parametri di riferimento.

Nell'ambito della disciplina comune dei contratti o di singoli contratti, il legislatore prevede in alcuni casi la modificazione del contratto, a volte con riferimento alla prestazione pecuniaria, a volte genericamente. Così, come si è già ricordato, in materia di appalto l'art. 1664 c.c. si riferisce alla revisione del prezzo in aumento o in diminuzione o all'equo compenso; così ancora l'art. 1623 c.c. in tema di affitto parla di aumento o diminuzione del canone.

Altre volte la formula legislativa è generica: offerta di modificare equamente le condizioni del contratto, ai sensi del terzo comma dell'art. 1467 c.c. su iniziativa della parte non onerata, per evitare la risoluzione del contratto; riduzione della prestazione o modificazione delle modalità di esecuzione ai sensi dell'art. 1468 c.c. in caso di eccessiva onerosità e di contratto con obbligazioni a carico di una sola parte.

Laddove il legislatore non precisa l'area delle modificazioni introducibili dal Giudice, forse l'art. 10 può offrire elementi di giudizio per ricostruirla. Naturalmente alcuni parametri sono legati alla crisi e non possono essere

“esportati” in altri contesti. Mi sembra interessante per contro l’ipotesi del ricorso all’indennizzo per la parte non onerata e soprattutto l’ipotesi di una modificazione delle condizioni del contratto temporanea, che apre uno scenario su un profilo peculiare e non disciplinato dell’eccessiva onerosità sopravvenuta.

Orizzonti 2022