



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI).

Scuola di dottorato di ricerca in Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro
Ciclo: XXVI

**IL *PROJECT FINANCING* TRA INQUADRAMENTO TEORICO
E RINEGOZIAZIONE DELLE SOPRAVVIVENENZE**

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Dottoranda: Veronica Montani

ABSTRACT

Il lavoro mira ad offrire un'analisi giuridica della finanza di progetto esaminando, anche attraverso spunti di comparazione, i profili e le problematiche civilistiche che originano dall'istituto.

In particolare, il lavoro si sviluppa secondo tre direzioni: un'analisi del fenomeno *tout court* (in ambito pubblicistico e privatistico), al fine di dimostrarne l'unitarietà concettuale; l'inquadramento teorico dell'istituto complessivamente considerato; una disamina del fenomeno delle possibili sopravvenienze contrattuali e della sussistenza di un obbligo legale di rinegoziazione tra le parti stesse.

Sotto il primo profilo, svolta una breve ricostruzione del fenomeno economico e degli elementi caratterizzanti la finanza di progetto, si pone in evidenza l'unitarietà dell'istituto, argomentando come la sua applicazione in un contesto pubblico ovvero privato non alteri la natura del contratto in questione che rimane, dunque, sempre la medesima. La normativa contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici non rappresenterebbe, dunque, né una disciplina dell'istituto *ex se* né una regolamentazione dei rapporti sussistenti tra i soggetti coinvolti nell'operazione, bensì un adattamento del modello di finanziamento alle esigenze specifiche del settore nel quale trova applicazione, senza dunque intaccare la validità di uno schema generale connotato dalla presenza dei prospettati elementi specializzanti. All'unitarietà dell'istituto consegue anche una ricostruzione unitaria delle problematiche giuridiche.

Sotto il secondo profilo, indagate le relazioni che si vengono a creare tra i diversi attori della finanza di progetto, si propone un tentativo di inquadramento dell'istituto in termini di contratto plurilaterale con comunione di scopo, distaccandosi dalla più classica qualificazione in termini di collegamento negoziale. Ravvisato, infatti, il discrimine tra collegamento negoziale e contratto unitario nella sussistenza di una causa unitaria, si è posto in evidenza come essa, nel *project financing*, consista nel frazionamento del rischio del progetto, confermato dal particolare quadro di garanzie poste a fondamento della struttura contrattuale, nonché mediante un preciso meccanismo di condizionamento di ciascuno dei singoli contratti secondo cui il contratto di finanziamento risulterà subordinato all'effettiva sussistenza dei contratti di costruzione, gestione, fornitura e vendita (c.d. *conditions precedent*), a loro volta, sottoposti alla condizione sospensiva costituita dal perfezionarsi del contratto di finanziamento. La comunione di scopo, in particolare, sarebbe dimostrata dalla sussistenza di un interesse comune di tutti gli attori dell'operazione: tra società

veicolo e finanziatori, da un lato, attraverso un parallelismo con i contratti associativi agrari e con i corrispondenti istituti della finanza islamica; tra società veicolo e operatori “satellite”, dall’altro, dichiarando una compatibilità tra contratti di scambio e contratto associativo, come osservato da parte della dottrina in materia di contratti di rete.

Ne conseguirebbe l’applicazione dell’art. 1420 c.c. ovviandosi in tal modo alle implicazioni derivanti dal principio di *simul stabunt simul cadent*, caratterizzante il collegamento negoziale: l’essenzialità e la centralità dell’interesse della parti alla prosecuzione del progetto risulta, infatti, confermata dalla presenza sistematica di apposite clausole contrattuali, definite, “clausole di sopravvivenza” del progetto.

In relazione al terzo ed ultimo aspetto, quello della gestione delle possibili sopravvenienze economiche, il *project financing* si dimostra essere terreno elettivo per l’applicazione del rimedio manutentivo della rinegoziazione. L’obbligo, oggi espressamente disciplinato nel Codice Civile tedesco, olandese e greco, nonché implicitamente sussistente nel sistema statunitense, potrebbe dirsi esistente anche nel sistema italiano sulla base del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto, letto alla luce dei valori costituzionali di solidarietà tutelati dall’art. 2 Cost.

L’inquadramento unitario della finanza di progetto risulterebbe compatibile, ulteriormente, con l’esigenza di superamento della logica di relatività dei frammenti contrattuali, come dimostrato dall’esperienza inglese che si interroga sull’attualità del principio di *sanctity of contract* e sulla nozione di *network* contrattuale nonché dall’esperienza francese in tema di *indivisibilit * contrattuale.

Non tutte le relazioni che si instaurano tra i diversi soggetti sono contrattuali in senso stretto, trattandosi di contratti tendenzialmente bilaterali; tuttavia, la stretta *organisational relation* che si genera induce a riflettere sulla possibilità di ammettere l’opponibilità delle eccezioni di limitazione o esonero di responsabilità tra i soggetti del collegamento negoziale non uniti da un contratto in senso stretto e di ritenersi sussistente una responsabilità tra i diversi soggetti che superi le forme della responsabilità extracontrattuale.

Simili osservazioni indurrebbero ad una rilettura del confine tra gli istituti del collegamento negoziale e del contratto plurilaterale, potendosi, in conclusione, ritenere sussistente un obbligo di rinegoziazione *ex lege* anche nel primo, anch’esso caratterizzato da un profilo relazionale.

ABSTRACT:

The paper aims to provide a legal analysis of project finance, examining profiles and civil problems arising from the legal instrument, also through comparative insights. In particular, the paper develops in three directions: (i) analysis of the overall phenomenon, in public contracts area as well as in the private contracts context; (ii) examination of the aforesaid theoretical framework as a whole; (iii) the existence of a legal obligation to renegotiate between the parties themselves.

As regards the first issue after a brief reconstruction of the economic phenomenon and the analysis of the essential features of the project finance, the unity of the purpose of the contract was emphasized, arguing that its application in public or private contexts does not alter the nature of the contract itself that remains, therefore, the same. And in fact, the rules contained in the Italian Public Contract Code concerning the project financing cannot be considered neither as a discipline of the legal instrument nor as the discipline of the legal relations existing between the parties; rather the abovementioned rules should be considered as an adaptation of the funding model to the specific needs of the public sector. Therefore, the validity of a general unique scheme is not altered: it is therefore characterized by the presence of specific elements in both areas, public and private: this being true, the legal issues raised by the legal instruments of private and public project finance have been jointly dealt with.

As for the second issue, after investigated the relationships existing among the stakeholders of the project finance, the thesis sustained is that the most convincing qualification of the legal tool supporting the economic operation should be described as a unique multilateral contract with common purpose, thus rejecting the more common qualification as 'connected contract'.

Once the distinction between 'connected contracts' and a unique multilateral contract with common purpose has been imputed to the existence of a unitary consideration, it has been argued that in the project finance the unitary consideration consists in splitting the risk of the project among the involved parties to the contract. This thesis seems confirmed by the special operational guarantees asset, as well as by the conditioning mechanism by which the loan agreement is subject to the existence of construction building, management, supply and sales contracts, while in turn, the abovementioned contracts are subject to the condition precedent consisting in the fulfillment of the loan contract. More precisely: evidence of the common purpose is given by the existence of a common interest of all the stakeholders of the economic operation. A first commonality can be perceived among SPV and lenders, through a parallelism with the Italian agriculture associative agreements and their

corresponding institutions in Islamic finance. A second commonality can be highlighted among SPV and the other “satellite” participants, thus assuming a compatibility between exchange contracts and associated contracts, as noted by some academics in the area of network contracts. Consequently, art. 1420 of the Italian civil code would apply, thus avoiding the implications of the principle *simul stabunt simul cadent* applied to ‘connected contracts’. In other words: the interest of the parties to the fulfillment of the project is, in fact, confirmed by the systematic presence of a specific contractual clause, defined as “terms of survival of the project”.

In relation to the third and final point, project finance proves to be an elective ground for renegotiation as appropriate remedy. The legal obligation - now expressly regulated in the German, Dutch and Greek Civil Code as well as implicitly subsisting in the U.S. system - proves to be accepted in the Italian legal system, where it is based on the principle of good faith in the performance of the contract, as interpreted in the light of solidarity constitutional values protected by art. 2 of the Italian Constitution.

Additionally, the unified framework of project finance would be consistent with the need to overcome the logic of relativity of contractual fragments, as demonstrated both by the English academic debate now reflecting on the role of sanctity of contract and on the concept of connected contracts, and by the French experience in the area of contractual ‘indivisibilité’.

Not every relationship established between the parties is contractual *stricto sensu*, since there are bilateral agreements: nevertheless, the close “organisational relation” generated leads to reflect on the opportunity to allow an extension of limitation or exclusion liability objections also between the parties of the global operation not linked themselves by a contract and to conclude that there is a responsibility among them that exceed the forms of non-contractual liability.

The observations proposed hereabove would lead to a reinterpretation of the borderline between the two legal instruments, ‘connected contracts’ and multilateral contracts, thus leading to the conclusion that there is a legal obligation to renegotiate in both contractual schemes, as both can be defined as relational contracts.

INDICE

Introduzione.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

IL PROJECT FINANCING: DAL FENOMENO ECONOMICO ALL' ANALISI GIURIDICA

1. Il <i>project financing</i> : note introduttive.....	4
2. L'origine del <i>project financing</i> e le ragioni del suo successo.....	10
3. Il <i>project financing</i> tra contesto privato e pubblico.....	13
3.1. Il <i>project financing</i> privato e la <i>lex mercatoria</i>	13
3.2. La collaborazione pubblico-privato: dal Partenariato Pubblico Privato (PPP) al <i>project financing</i>	19
3.3. L'ambito (residuale) interamente pubblicistico.....	30
4. Il <i>project financing</i> : un modello unitario.....	34
5. I rapporti contrattuali.....	36
5.1. Il rapporto tra Pubblica Amministrazione e promotore.....	36
5.2. Il rapporto tra <i>sponsor</i> e società veicolo (c.d. <i>Special Purpose Vehicle</i>)	43
5.3. Il rapporto tra società veicolo e Pubblica Amministrazione.....	55
5.4. Il rapporto tra società veicolo e finanziatori.....	59
5.5. Il rapporto tra la società veicolo e gli altri soggetti.	66

CAPITOLO II

IL PROJECT FINANCING: UN TENTATIVO DI INQUADRAMENTO TEORICO

1. L'inquadramento del <i>project financing</i> quale mutuo di scopo.....	68
2. Il collegamento negoziale: profili ricostruttivi.....	76
2.1. (Segue): profili critici.....	90

INDICE

3.	I contratti collegati nell'esperienza francese: alla ricerca di una causa unitaria.....	100
4.	La causa nel collegamento negoziale: primi passi verso un diverso inquadramento dogmatico.....	107
5.	L'operazione economica: una possibile alternativa ricostruttiva?.....	113
6.	Verso il riconoscimento del contratto unitario: l'evoluzione del concetto di causa.....	117
7.	Un tentativo di ricostruzione unitaria del <i>project financing</i>	122
7.1.	Il profilo causale unitario della finanza di progetto: il frazionamento del rischio.....	123
7.1.1.	Le garanzie nel <i>project financing</i> : realizzazione dell'opera e <i>performance bonds</i> nella fase di costruzione.....	125
7.1.2.	Il profilo gestionale.....	132
7.1.3.	Il profilo di carattere finanziario.....	134
7.2.	Il contratto plurilaterale con ovvero senza comunione di scopo.....	139
7.2.1.	Lo scopo comune nel <i>project financing</i>	143
7.2.2.	Ancora sulla comunione di scopo: dai contratti agrari ai <i>relational contracts</i>	147
7.3.	Il contratto di rete: verso la compatibilità tra contratto plurilaterale con comunione di scopo e contratto di scambio.....	150
7.4.	L' <i>iter</i> formativo del contratto unitario di <i>project financing</i>	155
8.	La disciplina applicabile: le patologie e la nozione di parte contrattuale.....	158
9.	Il superamento della nozione di relatività contrattuale (c.d. <i>privity of contract</i>): uno sguardo verso i Paesi di <i>common law</i>	161

CAPITOLO III

LE SOPRAVVENIENZE ECONOMICHE E L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE

1.	Il <i>project financing</i> e le sopravvenienze economiche.....	172
2.	Il rapporto tra sopravvenienze e presupposizione.....	174
2.1.	Le sopravvenienze non impossibilitanti: la soluzione tedesca.....	183
2.2.	(Segue): l'approccio di <i>common law</i>	186
2.3.	(Segue): la soluzione italiana.....	192
3.	<i>Long term contracts</i> e <i>relational contracts</i> : le nuove esigenze operative al cospetto del diritto.....	194
4.	Il <i>favor contractus</i> nella prassi operativa.....	199
5.	L'obbligo di rinegoziazione <i>ex lege</i> nell'esperienza comparata.....	206
5.1.	La sentenza <i>Alcoa</i> : un caso rimasto isolato.....	215
6.	L'obbligo di rinegoziazione nell'ordinamento italiano.....	221
7.	L'obbligo di rinegoziazione nel contesto pubblicistico.....	234
8.	L'obbligo di rinegoziazione: dai <i>relational contracts</i> al collegamento negoziale.....	241
	Conclusioni.....	255
	Bibliografia.....	261

INTRODUZIONE

Porre lo sguardo verso le dinamiche internazionali oggi risulta più che mai una necessità: negli ultimi decenni l'economia ha acquisito un nuovo carattere mondiale ed i rapporti economici si sviluppano sempre più oltre i confini nazionali. La progressiva ed inarrestabile internazionalizzazione dei rapporti rende necessario un confronto costante e costruttivo con gli altri Paesi, volto a comprendere la portata di nuovi contratti e valutare i relativi profili di compatibilità con l'ordinamento italiano, nonché le soluzioni applicabili in caso di eventi patologici. Da ciò l'interesse per un nuovo istituto: il *project financing*. Sebbene presente sulla scena mondiale già da qualche decennio, la sua comparsa in Italia risale a tempi molto più recenti e non senza presentare problematiche di grande rilievo.

L'istituto del *project financing* (o finanza di progetto) è una tecnica di progettazione e programmazione di opere e servizi che si compone di una sommatoria di contratti (appalto e costruzione, finanziamento, fornitura, garanzia) da leggersi unitariamente. Tale contratto consiste, infatti, in un'operazione di finanziamento di opere con la quale uno o più soggetti (detti "promotori") progettano di realizzare un'opera e un servizio confidando sulla capacità del progetto di produrre flussi di cassa (*cash flows*), generati, per l'appunto, da una efficiente gestione dell'opera stessa, dai quali deriverà quell'utile necessario per ripagare i prestiti accesi per il finanziamento dell'opera, garantendo, al contempo, un'adeguata remunerazione del capitale investito.

Tutte le funzioni organizzative e manageriali sono realizzate da una società di progetto, appositamente costituita per realizzare l'isolamento giuridico del progetto e in cui viene conferito il capitale di rischio da parte degli soci, da terzi finanziatori, o proveniente da contributi pubblici.

La vera portata innovativa di tale contratto consiste nella logica di finanziamento che «trasmigra da una prospettiva meramente statica, che si esaurisce nella centralità della figura del soggetto finanziato, e dunque, della sua capacità patrimoniale e delle garanzie di recupero dell'investimento erogato, ad una percezione dinamica nella quale il finanziamento viene erogato non già in virtù e in proporzione a quanto il soggetto possiede o comunque alla possibilità di ottenere idonee e sufficienti garanzie reali (comunque presenti), bensì confidando sulla validità del progetto imprenditoriale proposto e sulla sua idoneità a produrre quei flussi di cassa, che, nell'arco di tempo predefinito, dovrebbero garantire la remunerazione, oltre che naturalmente il recupero del capitale erogato»¹.

La strutturazione dell'operazione risulta incentrata sul trasferimento del c.d. rischio imprenditoriale, che, nell'economia tradizionale, viene assunto da un singolo soggetto (persona fisica o giuridica), e distribuito su una pluralità di soggetti - SPV, finanziatori, garanti, fornitori, gestori – che si realizza mediante un preciso meccanismo di condizionamento di ciascuno dei singoli contratti e che consente di identificare, già prima dell'avvio della fase esecutiva del progetto, i soggetti che vi prenderanno parte, con quali modalità e con quale specifico apporto di competenze. Dunque, il contratto di finanziamento risulterà subordinato all'effettiva sussistenza dei contratti di costruzione, gestione, fornitura e vendita (c.d. *conditions precedent*), a loro volta, sottoposti alla condizione sospensiva costituita dal perfezionarsi del contratto di finanziamento.

La ripartizione del rischio di simili progetti rende la finanza di progetto uno strumento particolarmente appetibile anche per il settore pubblico, permettendo alla Pubblica Amministrazione di realizzare servizi rivolti ai cittadini, temperando una duplice esigenza: ridurre l'esborso finanziario pubblico e migliorare l'efficacia nella realizzazione e gestione di opere pubbliche. In ciò si realizza quella convergenza di interessi tra la Pubblica Amministrazione, interessata alla realizzazione dell'opera o del servizio minimizzandone i costi di realizzazione, e il privato, interessato ai ritorni economici legati alla realizzazione e gestione dell'opera o del servizio, che rende il *project financing* uno strumento finanziario di primario interesse.

¹ TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, 22.

Dapprima utilizzato nell'ambito del settore energetico e poi infrastrutturale, ha ulteriormente trovato larga applicazione in tutti i settori pubblici, anche attraverso le forme di partecipazione pubblico/privato, per trovare, negli ultimi anni, largo utilizzo nei Paesi del c.d. terzo mondo che hanno avviato processi di privatizzazione nei settori strategici, limitando il loro livello di indebitamento internazionale.

Emerge, dunque, anche in questa sua più recente applicazione, l'interesse dei privati all'investimento in operazioni strutturate di finanza di progetto.

Da qui e dall'assenza di una disciplina unitaria del *project financing*, tanto civilistica quanto pubblicistica, nasce l'interesse per la comprensione dei meccanismi legali applicabili in presenza di patologie. Sebbene le parti tendano ad una previsione particolarmente dettagliata e puntuale di ogni possibile evenienza, risulta interessante valutare quali siano le soluzioni esperibili nell'ordinamento italiano in assenza di specifica previsione pattizia: da un lato, con riferimento alle ripercussioni che la patologia di un rapporto contrattuale può comportare sull'intera operazione di *project financing*; dall'alto, con riferimento alla gestione delle sopravvenienze e alla possibile sussistenza di un obbligo di rinegoziazione *ex lege*.

La normativa pubblicistica detta, infatti, solo poche norme, contenute nel Codice degli Appalti Pubblici, che, tuttavia, non dettano una disciplina dell'istituto, né regolamentano i rapporti sussistenti tra i soggetti coinvolti nell'operazione, limitandosi a prevedere un'ulteriore e preliminare fase, antecedente alla costituzione della SPV, in cui si inserisce la Pubblica Amministrazione, dotata, secondo il concreto schema operativo prescelto, di poteri di selezione, controllo e di riacquisto della proprietà.

L'interesse per i profili civilistici della finanza di progetto non trova, dunque, limitazione all'ambito totalmente privatistico dell'istituto bensì anche a quello pubblico, giacché, i singoli rapporti contrattuali trovano in entrambi i contesti soluzioni attraverso le soluzioni offerte dal diritto delle obbligazioni civili.

CAPITOLO I

IL *PROJECT FINANCING*: DAL FENOMENO ECONOMICO ALL'ANALISI GIURIDICA

1. Il *project financing*: note introduttive - 2. L'origine del *project financing* e le ragioni del suo successo - 3. Il *project financing* tra contesto privato e pubblico - 3.1. Il *project financing* privato e la *lex mercatoria* - 3.2. La collaborazione pubblico-privato: dal Partenariato Pubblico Privato (PPP) al *project financing* - 3.3. L'ambito (residuale) interamente pubblicistico - 4. Il *project financing*: un modello unitario - 5. I rapporti contrattuali - 5.1. Il rapporto tra Pubblica Amministrazione e promotore - 5.2. Il rapporto tra *sponsor* e società veicolo (c.d. *Special Purpose Vehicle*) - 5.3. Il rapporto tra società veicolo e Pubblica Amministrazione - 5.4. Il rapporto tra società veicolo e finanziatori - 5.5. Il rapporto tra la società veicolo e gli altri soggetti

1. Il *project financing*: note introduttive

Il *project financing*¹, conosciuto nel nostro ordinamento anche come finanza di progetto, si presenta oggi come un fenomeno ampiamente diffuso nella pratica del commercio internazionale e nella realizzazione delle grandi opere. Tale strumento, ben noto al mondo economico, viene, ancora oggi, valutato con sospetto dal mondo giuridico, all'interno del quale si registrano contrasti², prima che sul piano

¹ Sebbene nella prassi si parli diffusamente di *project financing*, più correttamente di dovrebbe discorrere di *project finance* per riferirsi alla tecnica di finanziamento nel suo insieme; mentre la locuzione *project financing* sarebbe riferibile solamente agli aspetti procedurali del finanziamento e della realizzazione del progetto.

² TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; VERONELLI, *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano, 1996; COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, in *Appalti urb. ed.*, 1999, 262.

applicativo, già in relazione al profilo ricostruttivo-sistematico dell'istituto, sempre che di istituto giuridico si possa effettivamente parlare.

Si tratta di una tecnica di progettazione e programmazione degli interventi³, nata nei Paesi di *common law*⁴ e lentamente diffusasi nella prassi delle relazioni economiche internazionali, composta, da un punto di vista oggettivo, da una sommatoria di singoli contratti (fornitura, appalto, finanziamento, garanzia, concessione e gestione di opere pubbliche), volti alla ideazione, progettazione, realizzazione e gestione remunerativa di un'opera o di un servizio dal quale si generano i flussi di cassa, rappresentati dal prezzo che gli utenti sborseranno per l'utilizzo del servizio fornito, necessari per il rimborso del finanziamento. La peculiarità di tale tecnica si individua in due profili: da un lato, la capacità del progetto di autofinanziarsi⁵; dall'altro la peculiare partecipazione dei finanziatori al rischio d'impresa, tanto che il rientro del finanziamento da questi erogato dipende, come si vedrà, non già dalle logiche di garanzia proprie del *corporate finance*, bensì dalla capacità del progetto di produrre *cash flows*.

Il fenomeno, particolarmente articolato nella sua costituzione e realizzazione, si è

³ La dottrina in materia è copiosa: tra i molti, cfr. NUZZI, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. commercio internaz.*, 1998, 710; CALZOLARI, *Natura giuridica dei contratti stipulati dalla società di progetto con le imprese terze nei settori speciali e modalità di selezione alla luce del revirement del Giudice delle leggi*, in *Appalti e contr.*, 2001, 23; COSTANTINO, *Profili civilistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. e impr.*, 2003, 395; CERRINA FERONI, *Il project financing in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1817; RUSSO, *Il project financing*, in PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007; PRISCO, *Finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 906; SCANO, *Il finanziamento della società di progetto*, in RUSSO (a cura di), *La finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, Napoli, 2009; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2010; TOMASI, *Struttura e qualificazione del project financing*, in *Contr.*, 2012, 417; ROMANO, *Il project financing nell'ordinamento italiano: origini, evoluzione e problematiche*, Napoli, 2012.

⁴ BULJEVICH, PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, Boston, 1999; YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, Amsterdam, 2002; VINTER, PIERCE, *Project Finance: A Legal Guide*, London, Sweet & Maxwell, 2006; HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge University Press, 2008; FINNERTY, *Project Financing: Asset-based Financial Engineering*, John Wiley & Sons, 2013.

Per un'analisi comparata dell'istituto si v. LOSCO, *Il project financing negli Stati Uniti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1839; CASSELLA, *Il project financing nel Regno Unito*, *ivi*, 2005, 1801; MATTASOGLIO, *Il project financing in Francia*, *ivi*, 2005, 1850; PECCHIOLI, *Il project financing in Svizzera*, *ivi*, 2005, 1870; SCARCIGLIA, *Il project financing in Spagna*, *ivi*, 2005, 1879; MICHEL, SFORZI, *Il project financing in Germania*, *ivi*, 2005, 1893; HERMES, MICHEL, *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, *ivi*, 2006, 1819, nonché, con riferimento all'applicazione nei Paesi asiatici, LANG, *Project finance in Asia*, Amsterdam, 1998.

⁵ CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 33.

sviluppato nei sistemi di *common law* nella seconda metà del secolo scorso e può dirsi nato dalla realtà economica⁶ quale fenomeno finanziario volto a ovviare alle problematiche connesse al rischio di insolvenza dei costruttori e alla necessità di reperimento di capitali personali di ingente rilievo per la costruzione di opere a rilevanza pubblica, i cui costi non permettevano la relativa realizzazione direttamente da parte delle pubbliche amministrazioni o di un unico soggetto privato.

Tra i soggetti operanti⁷ si possono individuare: il promotore, ossia il soggetto che assume l'iniziativa di promuovere l'operazione, identificando l'opera da realizzare e valutando l'opportunità di ricorrere a questo strumento finanziario specifico; l'ente pubblico concedente, fondamentale nelle operazioni di realizzazione e di gestione di opere pubbliche, dotato delle competenze esclusive, primarie o prevalenti al riguardo; la società di *project financing*⁸ (o società di progetto o *Special Purpose Vehicle*, c.d. SPV), appositamente costituita dai promotori, nella quale viene conferito il capitale di rischio proveniente da terzi finanziatori, ovvero dagli stessi promotori divenuti soci o, anche, da parte della Pubblica Amministrazione sotto forma di contributi pubblici; i finanziatori, ossia i soggetti che forniscono alla SPV il capitale necessario per la realizzazione del progetto, spesso riuniti in un *pool* composto da istituzioni creditizie, bancarie e assicurative; i realizzatori o *general contractors*⁹, coloro che si aggiudicano, normalmente in seguito a gare di appalto internazionali, i contratti di esecuzione dei lavori e di forniture di beni e servizi; i gestori dell'opera stessa; infine, i garanti, tutti i soggetti che forniscono garanzie di copertura totale o parziale delle differenti categorie di rischi che caratterizzano il *project financing*.

Non necessariamente in ogni operazione si possono identificare in modo così distinto tutti i soggetti di cui sopra, ben potendo esservi coincidenza tra i ruoli (si pensi al

⁶ VERONELLI, *Project financing*, in *Digesto Comm., Aggiornamento*, Torino, 2000, 594.

⁷ PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 310; SCARPA, *Analisi della struttura contrattuale del project financing*, in *Vita notarile*, 2011, 631.

⁸ MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e app.*, 2000, 237; ZACCHEO, *La società di progetto*, in MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 125; RUSSO, MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Napoli, 2010, 33.

⁹ MONTI, *I general contractors italiani nel mercato internazionale del project financing*, in FONTANA, CAROLI (a cura di), *Infrastrutture, finanza di progetto e competitività del sistema in Italia*, Roma, 2002, 141; FARINA, *Società di progetto e general contractor*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 303; PLUCHINO, *Project financing e general contractor alla luce delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo n. 152/2008*, Roma, 2008.

caso in cui il promotore sia la stessa Pubblica Amministrazione o in cui i promotori siano al contempo finanziatori e/o realizzatori dell'opera), ovvero difettare un soggetto rispetto allo schema sopra delineato (si pensi all'ipotesi di *project financing* tra privati, in cui la Pubblica Amministrazione non è presente).

Da tale preliminare disamina emerge come l'istituto in esame sia costituito da un insieme di rapporti e di relative figure contrattuali ben noti al nostro ordinamento che, *ex se*, non pongono problemi di definizione o disciplina. Ciò ha determinato un notevole sfalsamento tra il momento originativo del fenomeno in questione - nato, come detto, per rispondere a esigenze economiche - e il momento di analisi da parte del mondo giuridico, che si limitava ad una visione atomistica dei singoli rapporti ad esso ascrivibili. Solo in un secondo tempo, infatti, il *project financing* ha attratto anche l'ulteriore attenzione della dottrina giuridica, trovata al cospetto di una realtà nient'affatto di facile ricostruzione teorica¹⁰.

Così, per lungo tempo, il mondo della finanza ricostruiva il fenomeno del *project financing* solo in termini meramente descrittivi¹¹, quale nuovo metodo di finanziamento, definibile come *limited or non-recourse financing of a new project*

¹⁰ MISCALI, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, spec. 81-92 per sottolineare la complessità della struttura del *project financing* parla di "operazioni di ingegneria finanziaria e giuridica".

¹¹ Agli inizi degli anni Ottanta, WYNANT, *Essential Elements of Project Financing*, in *Harvard Bus. Rev.*, 1980, 166, lo definiva come il finanziamento di un investimento indipendente che la società *sponsor* ha segregato dalle proprie attività e dalle proprie passività. Tra gli economisti che per primi si occuparono del tema, FINNERTY, *Project Financing. Asset-based Financial Engineering*, cit., lo definisce come «raccolta di fondi per finanziare un progetto economicamente separabile nel quale i fornitori di fondi valutano primariamente i flussi finanziari del progetto come risorsa atta a ripagare i debiti e fornire un rendimento all'*equity* investito nel progetto». Ma la definizione che più convinse e che risulta ad oggi la più classica e condivisa è quella proposta da NEVITT, *Project Financing*, trad. it. ad opera di DE SURY, Milano 1983, spec. 13: «un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili della unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito». Tra gli autori che, nel panorama giuridico, condividono tale definizione si veda: ALBERTI, *La struttura del project financing*, in *Nuova rassegna*, 1997, 1791; SALVATO, *Le operazioni di project financing: struttura, soggetti, ruoli, tratti operativi*, in VACCÀ (a cura di), *Il project financing*, Milano, 2002, 5.

Non sono, inoltre, mancati tentativi di definizione del *project financing* basati sulla valorizzazione degli elementi cardine dello stesso che lo differenziano rispetto ai classici sistemi di finanziamento: così, ESTY, SESIA, *An Overview of Project Finance*, in *Harvard Bus. Rev.*, 2005, 10, individuano detti profili di investimento nell'immobilizzazione, nella creazione di una entità, la SPV, proprietaria del progetto e, infine, nel finanziamento *non recourse*. Similmente, nel panorama italiano, tra coloro che individuano l'elemento cardine nella capacità del progetto di autoliquidarsi, si vedano, *ex pluribus*, SALVATO, *Le operazioni di project financing: struttura, soggetti, ruoli, tratti operativi*, cit., 4; DE SURY, MISCALI, *Il Project Finance*, Milano, 1995; GATTI, *Manuale del project finance. Come disegnare, strutturare e finanziare un'operazione di successo*, Roma, 2006.

*through separate incorporation of vehicle or Project Company in which the lender looks principally to the revenues expected to be generated by the project for the repayment of its loan and to the assets of the project as collateral for its loan rather than to the general credit of the project sponsor*¹².

Tale strumento può trovare applicazione tanto in un contesto di carattere totalmente privato, nel quale gli *sponsor* decidono di realizzare un'opera ritenendo che la bontà del progetto convincerà sufficienti finanziatori a partecipare al rischio di impresa, quanto in un contesto di carattere pubblico.

In quest'ultimo caso, la Pubblica Amministrazione, individuati anche su sollecitazione di privati determinati interventi qualificabili come "socialmente rilevanti", apre un bando di gara cui imprenditori e società partecipano in vista dell'aggiudicazione della relativa concessione amministrativa. A seguito dell'aggiudicazione, gli *sponsor* costituiscono l'apposita SPV, soggetto giuridico autonomo e dotato di autonomia patrimoniale perfetta, in cui i finanziatori sono chiamati ad investire i loro capitali non più in ragione della solvibilità del soggetto realizzatore dell'opera, bensì sulla base della previsione di remuneratività del progetto stesso.

Infatti, diversamente da quanto accade nelle ordinarie operazioni di finanziamento (*corporate finance*), il cui giudizio circa la capacità dell'impresa di soddisfare le obbligazioni assunte viene espresso con riferimento al soggetto realizzatore dell'opera, alla sua credibilità, affidabilità e, ovviamente, solvibilità; in una operazione di *project financing* l'oggetto principale dell'analisi da parte dei potenziali finanziatori è costituito innanzitutto dai *cash flows* e dagli utili dello specifico progetto - costituendo essi stessi la garanzia primaria¹³ per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio - e, solo in seconda battuta, dagli *assets* di cui esso è composto. Sulla base di questi diversi parametri viene in risalto la valenza tecnico-economica del progetto piuttosto che la capacità autonoma di indebitamento dei soggetti promotori dell'iniziativa. In altre parole, il rischio del finanziamento si trasferisce dal soggetto titolare del progetto al progetto stesso,

¹² HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, cit., 5.

¹³ LOBUONO, *Project financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, 102; ID., *Project financing e garanzie indirette*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 431; ID., *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 127; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., 215.

differentemente da quanto avviene nelle forme di finanziamento tradizionale di impresa¹⁴.

La peculiarità dell'istituto del *project financing* è tale che la mera traslazione delle definizioni economiche non può soddisfare le esigenze di esegesi sul piano giuridico¹⁵: adottando asetticamente simile ricostruzione si incorrerebbe nel rischio di non percepire l'unitarietà del fenomeno economico sottostante oltre che di non comprendere la *ratio* di particolari previsioni contrattuali inserite nei singoli negozi, nell'ottica di un regolamento complessivo della fattispecie, da leggere ed esaminare in una dimensione unitaria.

La dottrina giuridica¹⁶ ha, così, compreso la necessità di un'analisi del fenomeno anche in chiave giuridica: una compenetrazione tra finanza e diritto¹⁷, in virtù della quale il *project financing* viene ricondotto entro i confini di uno schema multi-contrattuale¹⁸, mantenendo quale elemento cardine la natura di finanziamento¹⁹ atipico per opere di grandi dimensioni, che trova esplicazione attraverso la ripartizione del rischio d'impresa – *rectius* del rischio economico *latu sensu* – tra una

¹⁴ DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. commercio internaz.*, 1994, 497; LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 88; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., 6.

¹⁵ TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., 14; GIROTTO, TAPPI, *Project financing e finanziamento di grandi infrastrutture*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, cit. 159.

¹⁶ RUSSO, *Il project financing*, cit., 11; TOFFOLETTO, *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, in FERRARI, FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 71; COSTANTINO, *Profili civilistici del project financing e gruppi di contratti*, cit., 395; CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento italiano*, cit., 27, secondo cui il *project financing* costituirebbe una "logica", una "filosofia" finanziaria in quanto sarebbe «difficile cogliere, in un'ottica giuridica, un elemento descrittivo peculiare e rinvenibile con uniformità nella variegata molteplicità di moduli organizzativi qualificati dalla prassi internazionale degli affari come *project financing*».

¹⁷ WOOD, *The Law of Subordinated Debt*, London, 1990; VINTER, Pierce, *Project Finance, a Legal Guide*, cit., 1990; TERNAU, *Project financing, aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, Milano, 1996, 12.

¹⁸ RUSSO, MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, cit., 58, i quali qualificano l'operazione come "finanza di contratti". Circa la qualificazione teorica del *project financing*, si v., più dettagliatamente, il Cap. II.

¹⁹ Sulla qualificazione del *project financing* in termini di finanziamento e non quale modalità di realizzazione di opere pubbliche, si vedano, COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, cit., 262; BALDI, DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001, 2; ALBERTI, *La struttura del project financing*, cit., 1791; SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, cit., 5; nonché, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2004, n. 6487, in *Foro amm. C. St.*, 2004, 2889. Nello stesso senso si veda Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 392, in www.leggiditaliaprofessionale.it; contra MALINCONICO, *Il project financing*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008, 2612, secondo cui «è molto più che una semplice tecnica di finanziamento. Si tratta piuttosto di un metodo di realizzazione di progetti infrastrutturali d'ampia portata».

pluralità di soggetti²⁰.

2. L'origine del *project financing* e le ragioni del suo successo

Sebbene alcuni autori²¹ riconducano il fondamento del *project financing* alla logica economica sottesa al *fenus nauticum*²², contratto di “mutuo atipico” del diritto romano²³, tradizionalmente si riconosce la prima applicazione dell'istituto nell'accordo di finanziamento intercorso nel 1299 tra la Corona inglese e i Frescobaldi per l'estrazione di argento dalle miniere del Davon²⁴: da un lato, il Governo britannico si impegnava nella realizzazione della miniera, ricevendo la copertura finanziaria dai banchieri fiorentini che supportavano interamente il costo dell'opera; dall'altro, il credito di questi ultimi sarebbe stato coperto tramite i ricavi derivanti dallo sfruttamento economico della miniera a loro riservato per un anno.

In seguito, tra il XVII e il XVIII secolo, quasi in un *continuum* con l'esperienza romana, ad essere finanziate sulla base di questa tecnica furono le spedizioni

²⁰ DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, cit., 495.

²¹ Così, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Juta, 1990, 181 e, successivamente, BULJEVICH, PARK, *Project Financing and the International Financial Market*, cit., 90.

²² Esso consisteva in una forma particolare di mutuo, diffusa nel commercio marittimo risalente all'età diocleziana. Si trattava, in particolare, della concessione di una somma di denaro ad un armatore di una nave mutuata affinché questi la utilizzasse per l'acquisto di merci da trasportare oltremare. Il mutuuario era obbligato a restituire il denaro soltanto se la nave giungeva in porto, in modo che fosse il creditore-finanziatore, e non il debitore-finanziato, a supportare il rischio della perdita del denaro o delle merci in cui era stato convertito. Il confronto tra le due tecniche di investimento troverebbe fondamento in una somiglianza tra i profili caratterizzanti il fenomeno del *project financing*: in primis, l'impossibilità economica del commerciante di fronteggiare i costi ed i rischi connessi alla navigazione; la ripartizione del rischio dell'impresa, per il tramite del coinvolgimento di un soggetto terzo, il mutuante, il quale avrebbe avuto diritto al rimborso delle somme conferite solo dopo l'approdo della nave in porto, in correlazione ai ricavi ottenuti dal commerciante a seguito della vendita della merce giunta a destinazione; un interesse richiesto da parte del finanziatore di almeno il doppio di quello normalmente richiesto per altri tipi di prestito, correlato alla riuscita dell'affare economico. Così, PURPURA, *Studi Romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, 1996, 189; GIUFFRÈ, *Il prestito ad interessi marittimi nel tardo Impero*, in *Atti Accademia Romanistica Costantiniana, XII Convegno Internazionale in onore di Manlio Sargenti*, Napoli, 1998, 353; GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 2001, 93.

²³ Più correttamente, questa forma atipica di finanziamento dei commerci marittimi era già conosciuta nel diritto greco a partire dalla fine del V secolo a.C. e fu, successivamente, recepita dal diritto romano attorno al III-II secolo a.C., tanto che, sebbene la giurisprudenza la inserì tra i contratti reali e verbali, di fatto, il *fenus* rimase un istituto “estraneo”, a dimostrazione di come i commerci marittimi costituissero la linfa della vita economica del mondo greco, cui si contrapponeva un'economia di carattere più agricolo e pastorale dell'impero romano.

²⁴ KESINGER-MARTIN, *Project finance: raising money the old-fashioned way*, in *Jour. Applied Corp. Fin.*, 1988, 69; FINNERTHY, *Project finance. Asset-Based Financial Engineering*, cit., 7; PUCA, *Tecniche contrattuali, Cos'è il project financing: concetti e storia in Notariato*, 2006, 544.

commerciali: gli investitori fornivano i fondi alle compagnie mercantili, Compagnie delle Indie Olandesi o Britannica in particolare, per i viaggi che le stesse effettuavano in Asia e venivano rimborsati attraverso i guadagni, secondo la quota di spettanza, realizzati con il carico di merci.

E' solo nel XX secolo che il *project financing* trova un terreno fertile nel quale inserirsi e svilupparsi. Dopo la costruzione delle reti ferroviarie europee, argentine e indiane²⁵, a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento sono state realizzate, attraverso la tecnica della finanza di progetto, le grandi opere del Canale di Suez e, successivamente, della Transiberiana.

Negli Stati Uniti, qualche decennio successivo, tale tecnica inizia ad essere applicata anche nel settore dell'energia e del petrolio: le società petrolifere o energetiche ottenevano l'erogazione dei prestiti necessari sulla base dei redditi futuri derivanti dalla sottoscrizione di contratti pluriennali a prezzi predefiniti con grandi compratori²⁶.

Tali prime esperienze divergevano, tuttavia, anche in termini di finanziamento e di studio e allocazione del rischio dalla perfezionata tecnica odierna, che ha trovato la sua effettiva origine negli anni Settanta in seguito alla crisi petrolifera ed economica. Per calmierare l'instabile prezzo dell'energia elettrica, nel 1978 il Congresso Statunitense emanò il *Public Utility Regulatory Policy Act (PURPA)*²⁷, nella prospettiva di incoraggiare i privati a investire in forme alternative di generazione elettrica: i produttori, privati e indipendenti, dotati di competenze e capitali, operavano quali *sponsor*, unendosi tra loro per costituire una società di progetto per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica, investendo parte del loro capitale nella SPV stessa. Il rientro finanziario era garantito dai ricavi derivanti dai contratti di vendita dell'energia elettrica stipulati con le imprese *utilities*.

Il progressivo aumento della popolazione e la crescente velocità dei processi economici-produttivi determinavano la necessità di incrementare il numero di

²⁵ IMPERATORI, *La finanza di progetto, Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 2003, 31.

²⁶ KOREZYK, *Finanza privata per le opere pubbliche. L'esperienza statunitense*, in *Problemi di amm. pubb.*, 1993, 3; PRESILLA, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in *Nuova Rassegna*, 2004, 2108.

²⁷ THUMANN, WOODROOF, *Energy Project Financing: Resources and Strategies for Success*, The Fairmont Press, 1999, 156; HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, cit., 7, nota 6.

infrastrutture; nel contempo, la crisi economica riduceva la capacità finanziaria di molti Paesi, necessaria per investire nella realizzazione di tali opere, costringendo i Governi²⁸ a volgere lo sguardo verso il settore degli investitori privati, anche in relazione a quei progetti che fino ad allora erano stati di esclusiva realizzazione pubblica.

Parallelamente, i Governi intraprendevano un processo di liberalizzazione di alcuni settori, quali le *utilities*²⁹, in cui il *project financing* trovò presto grande successo: tale istituto, con la sua struttura articolata e volta alla limitazione del rischio, rispondeva perfettamente a rassicurare gli investitori dalle incertezze e dai rischi connessi ai contratti di lunga durata con ricavi ipotetici.

Durante gli anni Ottanta, anche le istituzioni internazionali iniziarono a mostrare sempre più interesse per lo sviluppo del settore privato, non solo in un'ottica di contenimento delle uscite di cassa ma anche di miglioramento dell'efficienza e della produttività di ciò che in precedenza era un servizio pubblico, sulla base di un *know how* specifico ed ulteriore di cui le pubbliche amministrazioni erano prive. La capacità di realizzare progetti in tempistiche più celeri, l'aspettativa di un funzionamento più efficiente, di una migliore gestione e maggiore capacità tecnica e, in alcuni casi, l'introduzione di un elemento di concorrenza in strutture

²⁸ In Gran Bretagna, nel 1992, per esempio, fu adottato il *Private Finance Initiative* (PFI), successivamente sviluppato dai governi laburisti con la fondazione del *Private Finance Panel*, che mirava a incoraggiare il settore privato a finanziare, costruire e gestire strutture del settore pubblico, proprio in un'ottica di convenienza economica per i privati e di contenimento dei costi per il settore pubblico. Anteriormente all'adozione del PFI, l'area di intervento del privato nel settore pubblico era regolata dalle c.d. *Ryrie Rules*, secondo cui il privato poteva intervenire solo se giustificato dalla previsione di un incremento di efficienza e/o di profitti per il progetto. La difficile situazione economica spinse, nel 1992, il Cancelliere dello Scacchiere, Norman Lamont, sotto la guida del Primo Ministro John Major, ad adottare la legge che introduceva il *Private Finance Initiative* (PFI), oggetto, nel corso di pochi anni, di non poche modifiche: così, dapprima venne eliminato il c.d. *universal testing*, ovvero la regola secondo la quale tutti gli investimenti dovevano essere valutati per la potenzialità di ricorrere al capitale privato; nonchè si prevedette che l'analisi del *Value for Money* (VFM) - consistente in una valutazione della convenienza economica e della sostenibilità del progetto - avvenisse attraverso un confronto tra le offerte private e il *public sector comparator* (PSC), ovverosia l'indicazione dettagliata dei costi che la Pubblica Amministrazione sosterebbe per realizzare il bene o il servizio oggetto della parallela offerta privata. Per un approfondimento si v. GREAT BRITAIN: PARLIAMENT: HOUSE OF COMMONS: TREASURY COMMITTEE, *Private Finance Initiative: Seventeenth Report of Session 2010-12*, I, The Stationery Office, 19 agosto 2011, 36; ISMAIL, *Private Finance Initiative*, Lambert Academic Publishing, 2011.

²⁹ Nel periodo post bellico, in diversi Paesi europei, tra cui la Gran Bretagna, si è proceduto a una liberalizzazione delle industrie di *public utilities*: in particolare, tra il 1984 e il 1991, nel Regno Unito sono stati privatizzati i settori delle telecomunicazioni e della distribuzione di gas, acqua, elettricità, nominando, per ognuno dei settori, Autorità di controllo (*Regulatory Offices*), come previsto dal *Competition and Services (Utilities) Act* del 1992.

monopolistiche si sono dimostrate le maggiori argomentazioni propulsive alla dinamica delle privatizzazioni e al contestuale sviluppo del *project financing*.

La necessità di risanare i conti pubblici e la mancanza di risorse finanziarie da poter investire nella realizzazione di opere di pubblica utilità/necessità ha portato anche l'Italia, all'inizio degli anni Novanta, ad accogliere positivamente la privatizzazione dei servizi di pubblica utilità e l'applicazione dello strumento del progetto di finanza, a partire dal mercato della produzione dell'energia elettrica³⁰.

La tecnica di *project financing* dimostra, attraverso la breve panoramica del contesto storico in cui si è sviluppato, la sua totale flessibilità: nata al servizio dell'economia privata, per il settore mercantile prima, e per quello petrolifero ed energetico poi, si è perfettamente adattata alle esigenze dell'economia pubblica, quale specifico esempio di partenariato pubblico/privato, per trovare, infine, un ulteriore adattamento nell'ambito delle *utilities* privatizzate, dimostrando la sua idoneità per la realizzazione e gestione tanto di grandi opere infrastrutturali dello Stato, quanto per quelle di carattere totalmente privatistico.

Emerge, dunque, l'adattabilità di questo schema finanziario all'ambito interamente privato, interamente pubblico, nonché alle forme di collaborazione pubblico- privato.

3. Il *project financing* tra contesto privato e pubblico

3.1. Il *project financing* privato e la *lex mercatoria*

Senza dubbio, il *project financing* in esclusivo ambito privatistico è stato oggetto di studio limitato, trovando nel nostro Paese maggior applicazione nel settore pubblico. Giova, tuttavia, sin da ora sottolineare come l'operazione contrattuale in oggetto non trovi disciplina alcuna nel nostro codice civile, né in leggi collegate, essendo rimessa alla libera autonomia privata.

³⁰ L'art. 1 del D.L. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito nella L. 29 gennaio 1992 n. 35 prevedeva la possibilità di trasformare gli enti pubblici economici in società per azioni, con l'applicazione delle relative norme codicistiche. Tra i molti decreti che attuavano tale previsione, il D.L. 11 luglio 1992, n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359, con riferimento all'IRI, all'ENI, all'INA e all'ENEL, nonché relativamente all'Ente Ferrovie dello Stato e il D.L. 8 agosto 2002, n. 178, con riferimento all'Ente nazionale per le strade (ANAS). Per una ricostruzione storica e un'analisi del rapporto tra privatizzazione e liberalizzazione, cfr. DI FIORE, *Privatizzazioni e interesse pubblico tra efficienza e garanzie*, in *Notariato*, 2001, 403.

In realtà, l'applicazione all'istituto in esame delle norme codicistiche in materia di obbligazioni non è così scontata e richiede di essere esaminata alla luce dell'inquadramento dogmatico della finanza e del correlato regime dei vizi nell'ambito del rapporto tra norme inderogabili e spazio riservato all'autonomia privata, oggetto del capitolo successivo.

Il *gap* tra utilizzo del *project financing* e assenza di normazione specifica ha determinato un sempre più consolidato utilizzo degli schemi e dei meccanismi elaborati dalla prassi del commercio internazionale, molto spesso comuni alla tradizione di *common law*.

Non appare, infatti, casuale che proprio negli Stati Uniti, Paese nel quale per primo il *project financing* ha trovato fortuna applicativa, il legislatore si sia astenuto dal prevedere una regolamentazione specifica di questo istituto³¹.

Essendo la finanza di progetto composta da una pluralità di contratti – collegati tra di loro, ovvero idonei nella loro complessità a identificare un *genus* contrattuale nuovo e atipico - le parti disciplinano ciascun singolo rapporto secondo le regole previste in materia di diritto civile e commerciale del Paese la cui legge le stesse riterranno contrattualmente applicabile³². La maggior parte degli ordinamenti riconosce, infatti, il principio secondo cui i privati possono scegliere di sottoporre un contratto alla legge di un dato Stato, anche in assenza di legame tra il Paese della legge scelta e la fattispecie concreta³³.

La non necessità di un legame oggettivo tra contratto e legge applicabile consente alle parti di preferire un diritto particolarmente sviluppato in relazione ad un dato

³¹ LOSCO, *Il project financing negli Stati Uniti*, cit., 1839.

³² SALSI, *La legge applicabile alle operazioni di project financing*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di) *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, cit., spec. 259.

³³ Il principio aveva trovato consacrazione in Europa sin dalla Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali di Roma del 19 giugno 1980, al suo art. 3, secondo cui le parti potevano scegliere liberamente la legge applicabile, anche di Paesi con i quali il contratto non ha alcun criterio di connessione, con il limite, tuttavia, dell'inapplicabilità della *lex mercatoria* o di una legge non statale e con il divieto di derogare alle norme interne imperative dello Stato nel cui territorio il contratto è localizzato ove la legge scelta dalla parti le pregiudichi. Successivamente, la Convenzione è stata sostituita dal Regolamento 17 giugno 2008, n. 593 (c.d. Roma I), tutt'oggi in vigore, il quale all'art. 3 ripropone il succitato principio, aggiungendo alle norme inderogabili quelle imperative comunitarie nel caso di contratto ubicato in uno o più Stati Membri. Sul divieto di deroga alle norme interne di carattere imperativo si v. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, 61; COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, I, Milano, 2010, 224; GALGANO, MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2010, 336.

tipo contrattuale o ad una data area. Così, in materia, risulta predominante la scelta degli operatori commerciali di avvalersi delle regole previste nel settore del *contract law* dello Stato di New York³⁴. La notorietà della specializzazione del diritto newyorkese in tema di diritto bancario e commerciale e del relativo sviluppo giurisprudenziale, ha comportato la predominanza del diritto di tale Stato anche nell'ambito del *project financing* e, altresì, la scelta del foro in questione per la risoluzione delle possibili controversie internazionali. Infatti, derogando al principio statunitense previsto nel *Restatement Second (Section 187)*³⁵, secondo cui è necessario che la legge scelta abbia una relazione con le parti o con la transazione, le *Sections 5-1401*³⁶ e *5-1402*³⁷ del *New York General Obligation Law* incentivano

³⁴ METTALA, *Governing-law Clauses of Loan Agreements in International Project Financing*, in *Int. Lawyer*, 1986, 239.

³⁵ "(1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either

(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or

(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

(3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law."

³⁶ "§ 5-1401. Choice of law. 1. The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand dollars, including a transaction otherwise covered by subsection one of section 1-105 of the uniform commercial code, may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or undertaking bears a reasonable relation to this state. This section shall not apply to any contract, agreement or undertaking (a) for labor or personal services, (b) relating to any transaction for personal, family or household services, or (c) to the extent provided to the contrary in subsection two of section 1-105 of the uniform commercial code.

2. Nothing contained in this section shall be construed to limit or deny the enforcement of any provision respecting choice of law in any other contract, agreement or undertaking."

³⁷ "§ 5-1402. Choice of forum. 1. Notwithstanding any act which limits or affects the right of a person to maintain an action or proceeding, including, but not limited to, paragraph (b) of section thirteen hundred fourteen of the business corporation law and subdivision two of section two hundred-b of the banking law, any person may maintain an action or proceeding against a foreign corporation, non-resident, or foreign state where the action or proceeding arises out of or relates to any contract, agreement or undertaking for which a choice of New York law has been made in whole or in part pursuant to section 5-1401 and which (a) is a contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate, not less than one million dollars, and (b) which contains a provision or provisions whereby such foreign corporation or non-resident agrees to submit to the jurisdiction of the courts of this state.

2. Nothing contained in this section shall be construed to affect the enforcement of any provision respecting choice of forum in any other contract, agreement or undertaking."

entrambe le suddette scelte: in particolare, in esse è statuito che per la transazioni non inferiori a 250.000 dollari i contratti possono essere, ad ogni modo, governati dalla legge newyorkese anche in assenza di una *reasonable relation* con detto Stato, ossia in assenza di qualsiasi contatto obiettivo con tale ordinamento; e, altresì, conferendo, ulteriore tutela alla scelta delle parti in tema di *forum-selection clauses*, è ammessa la legittimazione attiva di ogni soggetto avanti alle corti dello Stato di New York per la difesa delle proprie ragioni in tutte le ipotesi in cui il contratto indichi la scelta dell'ordinamento di New York sia come *lex causae* che come *lex fori* e abbia un giro di affari almeno di 1.000.000 di dollari, a prescindere dal fatto che una diversa legge qualifichi New York come *forum non conveniens* rispetto a quella particolare fattispecie³⁸.

Le fattispecie negoziali sono, dunque, disciplinate sulla base delle norme contrattuali previste per ciascun tipo di contratto facente parte dell'operazione, nonché integrate con quanto statuito dalle legislazioni settoriali³⁹, tra le quali, per esempio, negli Stati Uniti, l'EPA nell'area ambientale, il FECR in materia di energia, il FCC in tema di comunicazioni, anche in ragione dell'assenza storica del diritto amministrativo, inteso secondo i canoni del diritto continentale europeo.

Oltre alla legge in senso stretto, le parti possono altresì scegliere di sottoporre il contratto a regole internazionali, nei limiti in cui ciò è consentito dalla legge applicabile al contratto⁴⁰. La problematica connessa alla disciplina normativa del *project financing* presenta, dunque, profili simili a quelli dell'appalto internazionale⁴¹, regolato dai principi *Unidroit*⁴² e dalla *lex mercatoria*⁴³.

³⁸ PRESILLA, *I problemi di adattabilità del diritto al project financing e la legge ad esso applicabile*, in *Nuova rassegna*, 2004, 538. Per un approfondimento sul punto si v. SYMEONIDES, *Choice of Law in the American Courts in 2012: Twenty-Sixth Annual Survey*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 2013, 217.

³⁹ LOSCO, *Il project financing negli Stati Uniti*, cit., 1839.

⁴⁰ Il Regolamento Roma I, infatti, abbracciando la teoria secondo cui il contratto non può essere completamente autosufficiente, non consente l'applicazione di una legge non appartenente ad un ordinamento non nazionale. Diversamente, ciò risulta possibile in Francia (art. 1496 n.c.p.c.) e nel Regno Unito (*Deutsche Schaschibaur und Tiefbohrgesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. And Other Appeal* (1987) 2 All ER, 769).

⁴¹ SARAVALLE, *Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1991, 900; DRAETTA, VACCÀ, *Il contratto internazionale di appalto*, Milano, 1992, 35; ZICCARDI, *L'appalto internazionale. Questioni normative e di pratica*, Torino, 2002, 23; MUSOLINO, *L'appalto internazionale*, Milano, 2003, 51; RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 2006, 671.

⁴² Tra i contributi più recenti, si v. DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contr.*, 1995, 5; GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contr. e impr.*, 2010, 353; BONELL, *The Unidroit Principles 2010: an International*

Infatti, da un lato numerosi sono stati i trattati internazionali volti a favorire la libertà economica e il principio di libera concorrenza⁴⁴, cercando di disciplinare proprio la fase di selezione degli aggiudicatori; dall'altro i modelli UNCITRAL⁴⁵ hanno condizionato e indotto riforme statali in merito all'aggiudicazione degli appalti d'opere. La stessa *lex mercatoria*⁴⁶ ha elaborato modelli contrattuali, tra i quali, per esempio, quelli della *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (Fidic) e della Banca Mondiale, ovvero i regolamenti predisposti da enti privati quali la Camera di Commercio Internazionale e la *American Arbitration Association*. Scopo primario di simili modelli contrattuali è quello di rendere le pattuizioni autosufficienti⁴⁷: pertanto, esse sono caratterizzati da una disciplina molto dettagliata e da uno spazio ridotto al minimo per gli eventi non previsti, nell'intento di rendere il

Restatement of Contract Law, in *Dir. commercio internaz.*, 2011, 881; BONELL, *La nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Giur. it.*, 2012, 7; GALGANO, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2012, 1; CARBONE, *I Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. commercio internaz.*, 2012, 47.

⁴³ MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, Padova, 2003, 5; MUSOLINO, *La disciplina dell'appalto fra principi Unidroit e lex mercatoria*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 317.

⁴⁴ Si pensi al Trattato istitutivo del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), capitolo 10, dedicato agli appalti pubblici (*Government Procurement*) e al WTO, *Accordo sugli appalti pubblici di forniture*, *Government Procurement Agreement* (GPA), adottato in occasione dell'Accordo di Marrakesh nel 1994, nonché, con riferimento all'area europea, alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. KOVACS, *The Global Procurement Harmonisation Initiative*, in *Public Proc. Law Rev.*, 2005, 15; CORSO, *Gli appalti pubblici*, in CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007, 541.

⁴⁵ UNCITRAL *Model Law on Procurement of Goods and Construction*, 1993; UNCITRAL *Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services*, 1994; UNCITRAL *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, 2000 e, in aggiunta all'UNCITRAL *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects* del 2001, *Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects*, 2003, in www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

Con particolare riferimento a quest'ultimo, si v. GROSS, CACHARD, *Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé*, in *Jour. dr. int.*, 2006, 459.

⁴⁶ Il termine si ispira all'antico *ius mercatorum* originato dalle corporazioni mercantili, dalle relative consuetudini, nonché dalla giurisprudenza della curia dei mercanti, vigente nel Medioevo in Europa: GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, 9. Esso risulta, oggi, composto da un corpo di regole giuridiche elaborate dagli operatori del commercio internazionale, quali trattati e convenzioni internazionali, contratti modello, giurisprudenza arbitrale, usi seguiti nella pratica e principi generali del diritto, che si caratterizza per la produzione privata e per le sue caratteristiche di specialità e universalità. GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.* 1992, 467; MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., 2003. In giurisprudenza, si v. Cass., 8 febbraio 1982 n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285.

⁴⁷ APPIO, DONATIVI, *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, 199.

contratto legge tra le parti in modo assoluto. A fronte del vuoto, della lacuna o dell'incertezza normativa, le parti cercano di disciplinare ogni eventualità, anche la più remota o improbabile, al fine di evitare contestazioni e incertezze nella risoluzione delle problematiche che possono verificarsi, sebbene il contratto di per sè sia intrinsecamente incompleto⁴⁸.

Altresì, sebbene si tratti di un'ipotesi non frequente, le parti potrebbero non identificare contrattualmente la legge applicabile⁴⁹: in ambito europeo trova applicazione il Regolamento c.d. Roma I⁵⁰, che prevede, quale criterio per l'individuazione della legge applicabile, quello dello Stato in cui ha residenza o sede il debitore della prestazione caratteristica⁵¹, la cui concreta individuazione conduce alla legge dello Stato di residenza dell'appaltatore o della sua sede, in quanto la prestazione caratteristica viene identificata con l'obbligazione del soggetto che fornisce il servizio o il bene.

Parte della dottrina⁵², sottolineando l'inadeguatezza del criterio in oggetto, afferma, al contrario, che i contratti di appalto debbano ricadere nella previsione del comma 3 dell'art. 4 del Regolamento, il quale, in deroga ai commi 1 e 2, prevede che “*se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso Paese*”.

Sfruttando la portata di tale previsione è stato, quindi, affermato che i contratti internazionali di costruzione presentino, in realtà, un collegamento più stretto con il Paese in cui hanno esecuzione i lavori, giungendo ad un risultato assimilabile a quello cui si perviene adottando il principio inglese di *center of gravity*⁵³ e, altresì, il criterio statunitense di cui alla *Section 196 del Restatement Second*. Secondo tale impostazione, anche i contratti collegati con i contratti di costruzione sarebbero, poi,

⁴⁸ Sul punto si v. Cap. III, § 3.

⁴⁹ Per un'ampia ricostruzione, si v. CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. commercio internaz.*, 2009, 753.

⁵⁰ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008.

⁵¹ Il Regolamento prevede, *ex art. 4 comma 2*, l'applicazione della legge del Paese in cui si realizza la prestazione caratteristica ovvero, in subordine, *ex art. 2 comma 3*, quella del Paese con cui il contratto ha il collegamento più stretto. Entrambi i commi sono residuali rispetto al comma 1 dell'art. in questione, il quale detta criteri specifici per diverse figure contrattuali, tra le quali, tuttavia, non è ricompreso il contratto di appalto.

⁵² KLECKNER, *L'appalto internazionale*, in ALPA, BESSONE, *I contratti in generale. I contratti atipici*, II, Torino, 1991, 929; FOUCARD, *Rapport français*, in *La responsabilité des constructeurs, Travaux de l'Association H. Capitant*, Parigi, 1993, 304; MUSOLINO, *L'appalto internazionale*, cit., 125.

⁵³ CLARKSON, HILL, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2006, 194.

sottoposti alla medesima legge.

3.2. La collaborazione pubblico-privato: dal Partenariato Pubblico Privato (PPP) al *project financing*

Come accennato, negli ultimi vent'anni l'economia occidentale ha subito forti stravolgimenti che hanno comportato la necessità di ripensare il sistema della Pubblica Amministrazione, in particolare nei rapporti con il settore privato. Da un lato l'evoluzione tecnologica, al tempo stesso causa e conseguenza dei processi di globalizzazione, impone che le opere pubbliche siano sempre più all'avanguardia e ad alta efficienza, spesso richiedendo competenze specifiche estranee alla Pubblica Amministrazione; dall'altro, una ridotta capacità di indebitamento, data da minori risorse di bilancio hanno indotto sempre più Paesi ad un approccio di *austerity* nella pianificazione degli investimenti pubblici. Tutto ciò ha portato ad un nuovo assetto, in tutto il mondo occidentale, dei rapporti tra pubblico e privato⁵⁴, conducendo alla privatizzazione⁵⁵ di molti settori e, per altro verso, alla consapevolezza che il privato può non solo avere un ruolo sostitutivo della Pubblica Amministrazione ma anche e soprattutto di collaborazione, per l'applicazione di nuovi strumenti *off-balance sheet*⁵⁶.

Già a partire dall'inizio degli anni novanta del secolo scorso, in una prospettiva di ammodernamento e di *new public management*, si è, dunque, creata una nuova via di collaborazione ed interscambio di utilità tra pubblico e privato mediante una condivisione di rischi, costi e benefici.

Muovendosi in un'ottica di sussidiarietà, il privato ha trovato un nuovo ruolo nello strumento del partenariato pubblico-privato (cd. "PPP")⁵⁷.

⁵⁴ GIANNINI, *Amministrazione pubblica, premessa storica*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 231; PIPERATA, *La scienza del diritto amministrativo ed il diritto privato*, in TORCHIA, CHITI, PEREZ, SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 167; CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 5.

⁵⁵ MICCÙ, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in ATRIPALDI, GAROFANO, GNESUTTA, LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, Padova, 1998.

⁵⁶ RUSSO, *Il project financing*, cit., 8

⁵⁷ CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 290; ID., *Il partenariato pubblico privato*.

Il PPP, in particolare, è fondato su una suddivisione razionale dei ruoli ricoperti dal privato e dalla Pubblica Amministrazione: lo Stato, non più produttore dei beni e dei servizi, diviene mero regolatore, riservandosi esclusivamente il compito di decidere, a monte, quale servizio garantire; a quali prezzi e con quale livello qualitativo; quale soggetto, attraverso la procedura del bando di gara e la relativa aggiudicazione, dovrà fornire concretamente il bene o il servizio; nonché un controllo generale sul corretto funzionamento dell'erogazione dello servizio stesso. Le diverse e più ampie funzioni saranno di esclusiva competenza del privato aggiudicatore del bando: questi dovrà, infatti, provvedere attivamente alla progettazione, realizzazione e gestione dell'opera, garantendo livelli di efficienza e qualità.

Se, a livello intuitivo, il PPP appare, quindi, genericamente come una forma di cooperazione tra le due suddette sfere – pubblica e privata – al fine di creare e fornire beni e servizi in favore della collettività, la sua definizione in termini più strettamente giuridici non appare altrettanto facile ed esaustiva.

A causa dell'eccessiva frammentazione normativa dei diversi Paesi dell'Unione, il 30 aprile 2004 la Commissione europea è intervenuta, emanando un primo “*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*”⁵⁸ al fine di raccordare sotto un'unica voce plurime modalità di relazione tra il pubblico e il privato, cercando di adottare un approccio sistematico fino ad allora assente tanto a livello europeo quanto a livello nazionale.

Nel tentativo di riordinare la vasta materia, la Commissione, per la prima volta, recepisce dalla tradizione di *common law* il concetto di *Public-Private Partnership* e lo definisce come “*un insieme di forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*”.

Più dettagliatamente, sotto l'etichetta di “partenariato”, ricade una lunga serie di istituti⁵⁹, diversi da Paese a Paese, ciascuno secondo le proprie tradizioni giuridico-

Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione, Bologna 2005.

⁵⁸ Commissione Europea, “*Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*”, Bruxelles, 30.4.2004 (COM(2004)327), cui hanno, più recentemente, fatto seguito le comunicazioni interpretative COM (2005) 569 datata 15 novembre 2005 e COM (2008) C91/02 datata 12 aprile 2008, circa l'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni all'ambito dei PPP istituzionalizzati.

⁵⁹ DAIDONE, *Il partenariato pubblico-privato: contesto di riferimento e analisi comparativa*, in *Rass.*

amministrativistiche, accomunati, secondo la Commissione europea, dalla presenza di alcuni tratti, quali la durata relativamente lunga della collaborazione; il finanziamento, almeno in parte, a carico dell'imprenditore; uno specifico ruolo del *partner* privato nelle diverse fasi del progetto; ed, infine, la ripartizione dei rischi tra i soggetti coinvolti⁶⁰. Ne deriva, non solo, una conferma circa l'interesse dell'Unione Europea per il diritto amministrativo ma, in una prospettiva di nascita di un diritto amministrativo europeo, un concetto giuridico nuovo, non riscontrabile precedentemente nel nostro diritto nazionale, che viene collocato tra i principi europei, in stretta connessione con il diritto di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi ed il principio della libera concorrenza⁶¹, come previsti dai Trattati dell'Unione.

Sebbene, dunque, il partenariato non trovi una disciplina compiuta a livello europeo e, in verità, neanche a livello nazionale, la portata innovativa risiede proprio nella capacità di aver raccolto sotto un unico ombrello una serie di istituti, conferendo una sistematicità d'insieme. Sempre a fini riorganizzativi, il Libro Verde ha, infatti, esplicitato il concetto di partenariato in due categorie: da un lato quello di tipo contrattuale; dall'altro quello istituzionale.

Il primo⁶² è un modello-tipo in cui confluiscono i rapporti basati sui legami contrattuali tra vari soggetti. Con riferimento al nostro diritto nazionale, il D.Lgs. 152/2008 recepisce oggi all'art. 3, comma 15 *ter*⁶³ del Codice dei Contratti Pubblici

avv. Stato, 2011, 29.

⁶⁰ DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; CHITI, *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, cit.; ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, cit.; RASSETTA, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto comunitario*, in BENACCHIO, COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, Rimini, 2010, 25; CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e app.*, 2011, 888; MATTALIA, *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, *Foro amm. C. St.*, 2010, 1259; BOSETTI, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale. Project financing, contratto di disponibilità, leasing immobiliare e sponsorizzazione*, in *Appalti e contr.*, 2012, 8; SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. it., eur. e comp.*, 2012, 36.

⁶¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1126 ss., con nota di PIPERITA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*.

⁶² BOSETTI, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale. Project financing, contratto di disponibilità, leasing immobiliare e sponsorizzazione*, cit., 8.

⁶³ L'art. 3, comma 15 *ter* del Codice definisce i contratti di partenariato pubblico privato come «contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari

(D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) la categoria dogmatica di partenariato: tipicamente vi rientrano i contratti di concessione di servizi e di lavori⁶⁴; i contratti di sponsorizzazione⁶⁵ (contratti atipici a prestazioni corrispettive mediante i quali lo *sponsor* offre le proprie prestazioni nei confronti della P.A. che, a sua volta, si obbliga verso il primo a pubblicizzare il suo logo/marchio/immagine durante lo svolgimento di determinate attività); nonché, i contratti di locazione finanziaria⁶⁶, di disponibilità⁶⁷ (contratti mediante i quali sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo) e di affidamento a contraente generale⁶⁸ (contratto con il quale si affida ad un soggetto dotato di

vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi».

⁶⁴ L'art. 152, comma 3 ha esteso l'ambito operativo del *project financing*, oltre che ai lavori pubblici o di pubblica utilità (sulla cui differenza si veda VIRGA, *Diritto Amministrativo*, IV, Milano, 1996, 480; e in giurisprudenza T.A.R. Campania - Napoli, 23 giugno 1983, n. 684, in TAR, 1983, I, 2685), anche al settore dei servizi. In merito alla distinzione tra concessione di lavori e concessione di servizi, si v. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, cit., 47. Circa il contratto concessorio, *ex pluribus*, BIAGINI, *La realizzazione delle opere pubbliche attraverso la finanza di progetto e la concessione di costruzione e gestione*, in *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2007, 349; MATTALIA, *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, cit., 1246; LUGARESÌ, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 541; AVINO, *Brevi note sulla concessione di lavori pubblici alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Appalti e contr.*, 2012, 35.

⁶⁵ Il contratto di sponsorizzazione trova disciplina all'art. 26 del Codice dei Contratti Pubblici. Per un commento, si v. MASTRODOMENICO, *I nuovi modelli di contrattualistica pubblica. Il contratto di sponsorizzazione nel sistema degli appalti pubblici concorrenziali*, in *Nuova rassegna*, 2007, 680; SAPORITO, *La sponsorizzazione di attività pubbliche e l'atipicità nei contratti della p.a.*, in www.giustamm.it.

⁶⁶ Art. 160 *bis* Codice dei Contratti Pubblici. Sul tema, v. LORIA, *Cenni sul leasing in costruendo*, in *Riv. amm. appalti*, 2009, 27; BRUNETTI, *Note minime sul leasing immobiliare pubblico*, *ivi*, 2009, 7; CERRITELLI, *Leasing immobiliare pubblico e terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici*, *ivi*, 2009, 35; VIVARELLI, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing e il leasing finanziario*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, 403.

⁶⁷ Art. 160 *ter* Codice dei Contratti Pubblici, come introdotto recentemente dall'articolo 44, comma 1, lettera d) del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito dalla L. 24 marzo 2012, n. 27. Per un commento si rimanda a BOTTEON, *Il contratto di disponibilità secondo il "decreto Monti" tra innovazioni e ruolo dell'autonomia contrattuale*, in *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2012, 11.

⁶⁸ Art. 176 Codice dei Contratti Pubblici. Si v. DAMONTE, *Il nuovo sistema di qualificazione del contraente generale*, in *Urbanistica e app.*, 2005, 403. Più in dettaglio, come ben spiegato dalla Risoluzione n. 155/E del 5 luglio 2007 dell'Agenzia delle Entrate, «l'istituto si caratterizza per la

adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria, la realizzazione, con qualsiasi mezzo dell'opera, di un progetto, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori), oltre alla finanza di progetto⁶⁹.

La seconda categoria – il partenariato di tipo istituzionale - implica una cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in seno ad un'entità distinta, costituita da una struttura societaria caratterizzata da una congiunta partecipazione di capitale pubblico e privato, che trova tendenzialmente espressione nella società mista⁷⁰.

libertà di forme nella realizzazione dell'opera di cui il Contraente Generale – soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico realizzativa e finanziaria individuato a seguito di procedura ristretta – può disporre, oltre che per l'assunzione, da parte dello stesso, dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario nonché dell'obbligazione per il risultato complessivo dell'opera. In particolare, al Contraente Generale viene affidata, oltre all'esecuzione con qualsiasi mezzo dell'opera, anche lo svolgimento di compiti autoritativi che sono tipici delle stazioni appaltanti, quali quelli di direttore dei lavori, lo sviluppo del progetto definitivo, la progettazione esecutiva, il prefinanziamento totale o parziale, l'acquisizione delle aree di sedime, l'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori e l'indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità (art. 176, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006)».

⁶⁹ LO CICERO, *Beni pubblici e public private partnership: dal Project financing al PPP, la lezione del Regno Unito*, in ID., *Impresa, incertezza e investimenti dal corporate al project finance*, Torino, 2003, 200.

⁷⁰ Già prevista all'art. 10 della L. 8 novembre 1991, n. 362, con riferimento alla gestione delle farmacie e poi disciplinata in modo compiuto dall'art. 22 della L. 8 giugno 1990, n. 142, la società mista, detenuta congiuntamente dal soggetto pubblico e da quello privato, ha trovato grande applicazione nella gestione dei servizi pubblici, tanto nazionali quanto locali, oggi in gran parte privatizzati. Inizialmente era stato imposto l'obbligo di prevalenza del capitale pubblico e l'apposita costituzione da parte dell'ente, ove finalizzate alla gestione del servizio pubblico ma, con la successiva L. 498/1992, all'art.12, è stata prevista la società mista a prevalente capitale privato, poi fattivamente disciplinata con il D.P.R. n. 533/1996. Successivamente è intervenuta la c.d. Legge Bassanini *bis* (L. 15 maggio 1997 n. 127) che, modificando l'art. 22 della L. 142/1990, ha previsto, a fianco della società per azioni, anche la possibilità di costituzione delle società miste a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico e, altresì, la possibilità che si tratti di società già esistente di cui vengono successivamente acquisite le quote da parte di un ente pubblico, proprio al fine di costituire una società mista.

L'intera disciplina è poi confluita nell'art 113 del D.Lgs. 267 del 2000 (TUEL) che, alle lettere e) ed f), prevede l'esistenza di entrambe le succitate forme di società mista.

Da ultimo, la materia è stata nuovamente modificata dall'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008, che in un'ottica di maggiore competizione tra gli operatori economici, con specifico riferimento proprio al campo dei pubblici servizi, fornisce un inquadramento sistematico del modello della società mista, quale forma di partenariato, prevedendo che la modalità ordinaria di affidamento divenga esclusivamente la procedura concorsuale aperta, a discapito dell'affidamento diretto senza gara (utilizzo delle società *in house*), il quale continua ad esistere ma con riferimento ad ambiti sempre più limitati ed in presenza di particolari condizioni, prevedendo il previo parere dell'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato in relazione alle condizioni di che non consentano un utile ricorso alla competizione trasparente tra gli operatori economici attivi nel mercato di riferimento.

In dottrina si vedano: BONETTI, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del Federalismo. Quaderni*, 2011, 10; BASSI, *Il modello della società mista nella*

La distinzione dei modelli di partenariato in natura contrattuale e istituzionale non risulta, tuttavia, esaustiva poiché i possibili schemi con i quali esso può essere attuato risultano vari e connotati da un profilo di forte dinamicità, con la nascita di modelli relazionali nuovi atti a soddisfare specifiche esigenze di operatori e Pubbliche Amministrazioni (si pensi al recente sviluppo delle figure del promotore di opere di urbanizzazione o di insediamenti turistici, ovvero dalla concessione di beni immobili per la valorizzazione a fini economici).

Il *project financing*, in particolare, è richiamato nel Codice degli Appalti agli artt. 153-160, con un costante riferimento alla figura contrattuale della concessione⁷¹.

Il “modello concessorio” è caratterizzato dal legame diretto esistente tra il *partner* privato e l'utente finale, in virtù del quale “*il partner privato fornisce un servizio al*

gestione dei servizi pubblici locali: presupposti giuridici, requisiti economici, vincoli e criticità di una scelta strategica, in *Appalti e contr.*, 2011, 66.

⁷¹ La Commissione, nel Libro Verde COM (2004) 327, prima e nella comunicazione interpretativa COM (2005) 569 del 15 novembre 2005, poi, nonché nella recente comunicazione interpretativa (COM 2008/C91/02), sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), sottolinea come il tratto differenziale tra contratto di concessione e contratto di appalto sia da ravvisarsi nel profilo del rischio d'impresa, caratterizzante il primo. La questione merita un piccolo approfondimento poiché, a norma del codice civile, si afferma che il tratto differenziale tra appalto e somministrazione consiste proprio nel rischio, presente solo nel primo contratto. L'art. 29 D.Lgs. n. 276/03 prevede, infatti, che l'appaltatore non solo goda di autonomia nell'esecuzione dell'opera e che provveda esso stesso all'organizzazione dei mezzi necessari, ma anche e soprattutto che supporti i rischi d'impresa. Più specificamente, si tratta del rischio che il corrispettivo pattuito non copra i costi sostenuti per eseguire la prestazione o non sia sufficiente per assicurare alcun profitto o utile e del rischio di perdere il diritto al corrispettivo se non riesce a realizzare l'opera nonostante l'attività svolta ed i costi affrontati (salvo che la mancata realizzazione non dipenda dal committente); non realizzi l'opera a regola d'arte o secondo le direttive ricevute; l'opera perisca o si deteriori per causa non imputabile ad alcuna delle parti prima che sia accettata dal committente o prima che questi sia in mora nella sua verifica. Si potrebbe, quindi, parlare a tal riguardo di rischio di costruzione (*construction risk*). Il rischio ulteriore e peculiare che differenzia ulteriormente l'appalto dal contratto di concessione è, più propriamente, il rischio di domanda (*demand risk*), in quanto l'utile del concessionario deriva non dall'erogazione della Pubblica Amministrazione, bensì dalla proficua gestione del bene o del servizio offerto alla collettività. In merito alla differenza tra contratto di appalto e contratto di concessione, nella giurisprudenza comunitaria. Si veda: Corte Giust. CE, 7 dicembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c. Post & Telekom Austria AG*, C-324/98, in *Urbanistica e app.*, 2001, 487, con nota di LEGGIADRO; nonché Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, GU C 296, in *www.curia.eu.int.*, che individua un secondo profilo di discriminazione nella modalità di remunerazione del prestatore di servizi, la quale, nel contratto di concessione proviene dalla redditività del bene o del servizio, attraverso il pagamento del prezzo corrisposto dagli utenti e non già dalla pubblica amministrazione; e, più recentemente, Corte Giust. CE, 13 novembre 2008, *Commissione c. Italia*, C-437/07, in *Urbanistica e app.*, 2008, 293. In senso analogo, anche Determinazione 11 marzo 2010, n. 2 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (Avcp).

A livello comunitario, la materia degli appalti è disciplinata dalla Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004), che riunisce ed abroga le precedenti direttive 92/50/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi e 93/37/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

*pubblico, in luogo, ma sotto il controllo, del partner pubblico*⁷² in cambio di una retribuzione rappresentata dai compensi riscossi presso gli utenti del servizio. Taluni hanno, pertanto, affermato che il *project financing* non rappresenti una tipologia di relazione tra settore pubblico e privato ulteriore rispetto alla concessione, ma che si identifichi con una variante di quest'ultima. In particolare, è stato sostenuto che la disciplina del *project financing* rappresenterebbe una duplicazione normativa⁷³.

La confusione nasce dall'originaria qualificazione del *project financing*, risalente al 1998⁷⁴, quale particolare forma di concessione di costruzione e gestione ad iniziativa privata, nonché dalla successiva trasfusione dello stesso entro il perimetro delle forme di collaborazione pubblico-privato, nonché, più genericamente, dall'impostazione dell'art. 3 comma 15 *ter* del Codice Appalti che denota la poca chiarezza del legislatore in merito a quali siano i tratti essenziali del partenariato e cosa lo differenzi dalle diverse figure contrattuali che non ricadono entro detta fattispecie.

Il Libro Verde chiarisce che, tra i criteri inclusivi essenziali del partenariato pubblico privato, oltre alla lunga durata del rapporto tra il soggetto pubblico e quello privato, deve porsi l'attenzione alla gestione dell'opera e alla relativa allocazione dei rischi tra le parti contraenti. L'art. 3, comma 15-*ter* del Codice dei Contratti Pubblici, che ne recepisce la nozione, prevede che il finanziamento debba essere a totale o parziale carico dei privati e rinvia alle decisioni Eurostat per quanto attiene all'allocazione del rischio. L'Istituto statistico dell'Unione Europea⁷⁵, tuttavia, abbracciando un'interpretazione restrittiva del concetto di rischio di mercato, stabilisce che lo

⁷² *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., punto 22.

⁷³ LUGARESÌ, *Concessioni di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 647, il quale definisce il *project financing* quale "concessione di costruzione e gestione con promotore"; PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 2047; FIDONE, *Finanza di progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, II, 82.

⁷⁴ Gli articoli dal 37-*bis* al 37-*novies*, introdotti nella L. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici: c.d. legge Merloni) dalla L. 11 novembre 1998 n. 415 (c.d. Legge Merloni-*ter*) disciplinavano l'istituto della finanza di progetto all'interno della disciplina prevista per la concessione.

⁷⁵ Secondo la decisione Eurostat "*Treatment of public-private partnerships*", dell'11 febbraio 2004, n. 18, devono collocarsi in capo al privato i rischi di realizzazione (per essi, intendendosi i possibili incrementi dei costi di realizzazione, ritardi e inconvenienti che si possono verificare nella fase di progettazione e costruzione); i rischi di disponibilità, relativi alla capacità di erogare la quantità e la qualità dei servizi previsti nel contratto, nonché i rischi di domanda, ossia derivanti dalla possibilità di una domanda inferiore rispetto a quella ipotizzata.

stesso debba essere interamente allocato in capo al privato e che, conseguentemente, una qualsivoglia formula c.d. di *take or pay*, in base alla quale l'amministrazione eroga al privato una somma di denaro garantita, a prescindere dall'effettiva utilizzazione dell'opera o del servizio, esclude il passaggio di detto rischio in capo al privato. Ne deriva che un simile contratto non potrebbe, secondo l'Eurostat, essere ricondotto alla categoria del partenariato.

Il predetto rilievo comporterebbe, quindi, un'esclusione *tout court* dal concetto di partenariato di tutte le opere che vengono definite fredde, a prescindere dal *nomen juris* del contratto sotteso all'operazione. Le c.d. opere fredde, per definizione, sono, infatti, quelle opere in cui non si ravvisa un *cash flow* proveniente dagli utenti, in quanto si tratta di opere di per sé non suscettibili di produrre ritorni diretti, giacché la presenza di una funzione sociale assolutamente predominante non consentirebbe l'applicazione di tariffe (o, al più, di tariffe molto basse), cui consegue l'impossibilità di generare flussi di cassa idonei a rimborsare i finanziatori dei fondi impiegati per realizzarle.

Analogo problema sorgerebbe per le opere c.d. tiepide, in cui il flusso dei ricavi è presente ma non sufficiente per garantire la remuneratività del progetto; sebbene, infatti, sia prospettabile una redditività futura, questa non è tale da poter coprire, in un tempo ragionevole, l'ammontare del costo di costruzione dell'opera.

La Pubblica Amministrazione, nei predetti casi, versa al privato un canone periodico, garantendo essa stessa la sostenibilità economica del contratto, poiché altrimenti nessun privato avrebbe interesse ad investire in un progetto da cui non ricaverebbe affatto, ovvero ricaverebbe solo parzialmente dei ricavi⁷⁶.

Un simile approccio, secondo l'Eurostat, come detto, comporterebbe l'impossibilità di qualificare il rapporto come partenariale, in assenza di un sostanziale trasferimento di rischio economico in capo alla parte privata. Approfondendo l'analisi dell'impostazione, tuttavia, si comprende come la stessa non sia così insuperabile: la decisione, oltre a richiamare il rischio di costruzione, correlato alla realizzazione dell'opera, e il rischio di domanda, legato ai diversi volumi di richiesta del servizio, menziona anche il rischio di disponibilità, connesso all'effettiva erogazione dei servizi richiesti. L'Eurostat afferma che il contratto con cui il privato collabora con il

⁷⁶ BALDI, FASANO, *Il rischio d'impresa nelle operazioni di project financing*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 803.

pubblico potrà qualificarsi come di partenariato solo se il *partner* privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi, di disponibilità o di domanda⁷⁷.

Ne discende che, in presenza di opere per la cui realizzazione la Pubblica Amministrazione pattuisce il versamento di un corrispettivo periodico, il rapporto intercorrente tra pubblico e privato dovrà qualificarsi in termini di appalto, figura contrattuale in cui il rischio versa in capo al soggetto pubblico; diversamente, ove tale corresponsione di contributi sia parametrata all'effettivo grado di disponibilità di prestazioni o servizi forniti dal privato, al loro volume e secondo le qualità predeterminate⁷⁸, il rischio residuerà in capo al soggetto privato, potendosi qualificare, dunque, il rapporto quale forma di partenariato.

Una simile impostazione consentirebbe, infatti, l'affidamento in concessione anche di opere rispetto alle quali non vi è un'utenza e la cui utilizzazione, pertanto, non è soggetta a tariffe, ogni qualvolta si tratti di opere funzionali alla gestione di servizi pubblici. Ciò permetterebbe, dunque, l'operatività della concessione in relazione tanto alle opere calde quanto alle opere fredde, ovvero tiepide.

Una simile concezione del rischio risulta compatibile con la portata dell'art. 3 comma 15 *ter* Codice degli Appalti Pubblici, il quale menziona anche figure

⁷⁷ Nella Determinazione 11 Marzo 2010 n. 2, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) rende noto che le previsioni dell'articolo 3 comma 11 del Codice dei Contratti Pubblici, secondo le quali il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, possano essere lette come in «sostanziale continuità con la previgente L. 109/1994, ove all'art. 19, comma 2, era stabilito che «la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati», ammettendo la possibilità di riconoscere un prezzo, fissato in sede di gara, solo qualora necessario al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento in relazione alla qualità ed ai costi del servizio».

In breve, l'Amministrazione ha la possibilità di contribuire per contenere il corrispettivo delle prestazioni a carico degli utenti finali o di parte di essi (ad esempio, quando vengano indicati dei «prezzi sociali»), ma è necessario che il «prezzo» non si configuri come un sussidio di consistenza tale da sollevare il concessionario da «una parte significativa del rischio di gestione». Rischio che deve sempre permanere in capo al privato, anche qualora si tratti di «opere fredde».

⁷⁸ Allorquando, dunque, i pagamenti effettuati dalla Pubblica Amministrazione risultano non correlati all'aspetto qualitativo ovvero quantitativo della prestazione o del servizio erogato dal privato, non può dirsi sussistente un completo trasferimento del rischio in capo al soggetto privato: esso, diversamente, dovrà essere parametrato all'effettiva erogazione della prestazione, dovendosi prevedere anche meccanismi di riduzione del predetto corrispettivo in presenza di erogazioni di servizi non sufficienti. In tal senso, anche Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39, in *Urbanistica e app.*, 2012, 803, con nota di BALDI, FASANO, *Il rischio d'impresa nelle operazioni di project financing*, a conferma della sentenza del T.A.R. Veneto - Venezia, n. 210/2011. Sul punto, ampiamente, GERMANI, *Il PPP ed il patto di stabilità europeo. L'impatto della decisione Eurostat sulle operazioni in Public - Private Partnership*, Relazione finale della sottocommissione PPP, Patto di Stabilità ed Aspetti Contrattualistici, Roma, 7 giugno 2006, disponibile in www.utfp.it/docs/pubblicazioni/Relazione%20Finale%20sottocommissione%20PPP%20Eurostat.pdf.

contrattuali diverse dalla concessione e, in particolare, quella della locazione finanziaria, del *global service* o dell'affidamento a contraente generale, ovvero ancora, del contratto di disponibilità allorché il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto od in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

Infatti, a titolo esemplificativo, anche nel contratto di disponibilità la titolarità dell'opera realizzata dall'affidatario del contratto è del tutto privata: la progettazione, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione è totalmente a rischio del soggetto affidatario, il quale, nei confronti della Pubblica Amministrazione, è tenuto alla realizzazione dell'opera e alla garanzia che la stessa sarà in costante fruibilità, in perfetta manutenzione e senza vizio alcuno. Sostanzialmente, l'aggiudicatario dovrà realizzare l'opera e dovrà curarne la manutenzione e assicurare determinati livelli qualitativi dei servizi erogati, che saranno erogati alla collettività. Il c.d. *cash flow*, nel caso di specie, non proverrà direttamente dall'utente quanto dall'amministrazione pubblica, la quale, in seguito all'aggiudicazione, verserà, per un dato periodo di tempo stabilito in contratto, all'aggiudicatario un compenso per le prestazioni che lo stesso eseguirà. Si tratterebbe, sostanzialmente, di un'ipotesi totalmente assimilabile a quella sopra descritta relativamente alla realizzazione delle opere fredde. Il rischio, appunto, rimane pur sempre in capo al privato, in quanto l'Amministrazione potrà sempre decidere di non avvalersi ulteriormente della struttura, allorché non assolva più alle necessità richieste, ovvero qualora il livello delle prestazioni erogate non soddisfi i canoni prescritti.

Ne discende che, riprendendo le mosse dal discorso iniziale circa la qualificazione del *project financing* quale figura coincidente con il contratto di concessione, ovvero quale enucleazione di una specifica ed autonoma figura di partenariato, nessuna delle due tesi appare convincente.

La disciplina amministrativistica tratteggia il *project financing* non tanto quale tipologia di contratto, bensì quale schema di finanziamento di un'opera o di un servizio pubblico⁷⁹: esso si caratterizza per la presenza, a monte, di un contratto con la Pubblica Amministrazione e per la successiva realizzazione e/o gestione dell'opera

⁷⁹ *Ex pluribus*, SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, cit.

o del servizio. I tratti caratterizzanti sono – e devono permanere - la capacità del progetto di autoliquidarsi, l'isolamento giuridico-economico del progetto (c.d. *ring fence*) e l'allocazione del rischio in capo alla società veicolo. Dunque, il riferimento normativo degli art. 153 e ss. del Codice Appalti al modello concessorio appare il frutto di un retaggio storico in quanto, al momento dell'introduzione⁸⁰ nel nostro

⁸⁰ Storicamente, il diritto amministrativo si è occupato dell'istituto del *project financing* esclusivamente attraverso la frammentaria previsione delle forme spurie di finanze di progetto in materia di concessioni autostradali. Tra le leggi speciali del settore autostradale, in particolare, si veda L. 1137/1929. Solo la necessità dell'ordinamento italiano di non rimanere escluso dalle logiche internazionali di investimento, ha condotto il legislatore a disciplinare, negli anni successivi, non tanto il *project financing* nella sua compiutezza e nella sua declinazione civilistica – ontologicamente non ingabbiabile entro una rigida normativa - quanto a prevederne e regolamentarne i profili amministrativistici e, in particolare, tutti quegli aspetti che risultano strumentali all'adattamento del *project financing* all'area pubblica e ai principi in essa dominanti: così, per la prima volta verso la fine degli anni Novanta del secolo scorso, con la L. 11 novembre 1998 n. 415, c.d. Legge Merloni-ter, ha introdotto nella legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici: c.d. legge Merloni) gli articoli dal 37-bis al 37-novies, con l'obiettivo di contenere la spesa pubblica e fornire una modalità alternativa alla finanza d'impresa per la realizzazione di opere pubbliche.

Tale normativa si limitava, tuttavia, a dettare singole disposizioni in tema di finanza di progetto all'interno della disciplina prevista per un altro istituto del diritto amministrativo, ossia quello della concessione. Si potrebbe dire che il rapporto sostanziale tra Pubblica Amministrazione e privato assumesse la forma della concessione di costruzione e gestione, affidata all'esito di una particolare ed articolata gara: in pratica, la legge del 1998 prevedeva una concessione "speciale" per la costruzione e gestione di un'opera pubblica a favore del soggetto che la realizzava su un terreno di proprietà pubblica: il terreno veniva dato in concessione d'uso oppure in diritto di superficie e, in cambio del terreno e degli utili di gestione, il soggetto privato si accollava le spese di realizzazione.

La Legge Merloni-ter aggiungeva, dunque, all'appalto e alla concessione una particolare forma di concessione di costruzione e gestione, ma non ne dettava una disciplina *ad hoc*.

Le modifiche successive sono state innumerevoli: alla legge n. 415/1998 ha fatto seguito la legge 1 agosto 2002 n. 166 (cd. legge Merloni-quater), che ampliava il numero dei potenziali soggetti promotori (includendovi le Camere di commercio e le fondazioni bancarie) e aboliva il limite temporale di durata della concessione; le novità introdotte dalla successiva legge 18 aprile 2005 (cd. Legge comunitaria 2004) riguardavano sostanzialmente il contenuto dell'avviso pubblico che le Amministrazioni committenti erano tenute a pubblicare per indicare quali opere potessero realizzarsi con capitali privati e la sussistenza di un diritto di prelazione in capo al promotore, essendo stato, il legislatore nazionale obbligato ad adeguarsi alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nella procedura d'infrazione n. 2001/2182, con cui si contestavano all'Italia alcune difformità della legislazione nazionale con quella comunitaria in materia di appalti pubblici.

Nel 2006, il Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n. 163 del 2006, in vigore dall'1 luglio 2006) riunisce in un unico corpo le disposizioni sulla contrattazione pubblica e, negli articoli dal 153 al 160 riscriveva la disciplina nazionale del *project financing*, abrogando tutte le leggi precedenti senza, tuttavia, apportare modifiche sostanziali della disciplina, rimasta pressoché identica. La soppressione sostanziale del diritto di prelazione, introdotta con le modifiche D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (Secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici) rimane in vigore per meno di un anno, trovando nuovamente disciplina nel Terzo decreto correttivo, il D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152. Rispondendo anche alle istanze provenienti dalla dottrina e dagli operatori, detto decreto ha riscritto l'art. 153 del Codice e ha abrogato gli artt. 154 e 155, realizzando una nuova profonda modifica della disciplina del *project financing*, che ha interessato in particolare la procedura di affidamento del contratto di concessione di lavori ad iniziativa privata, con l'obiettivo di incentivare la presentazione di proposte da parte di soggetti privati, proprio anche attraverso la reintroduzione del diritto di prelazione a favore del promotore. A poco più di due anni dal Terzo Decreto Correttivo, tuttavia, la materia non risultava giunta ad una situazione di stabilità e l'art. 153 del Codice dei Contratti subiva, con l'art. 4, comma 2, lett. o) e q) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito nella L. 12 luglio 2011,

ordinamento della finanza di progetto, con la legge 109/1994, il modello di riferimento del rapporto pubblico/privato si esauriva nella sola concessione. Il legislatore ha, successivamente, introdotto figure contrattuali alternative, quali la locazione finanziaria, l'affidamento a contraente generale, il contratto di disponibilità, accomunate dalla medesima logica di allocazione del rischio in capo al privato. Ne consegue che il *project financing*, quale schema di finanziamento, risulta compatibile con tutti i predetti istituti di partenariato pubblico privato, non costituendo, dunque, né un modello di partenariato a sé stante, né una *sub specie* di rapporto concessorio.

3.3. L'ambito (residuale) interamente pubblicistico

Da ultimo, si vuole rilevare come nulla escluderebbe, sul piano normativo, la possibilità che una società *in house*⁸¹ utilizzi lo schema di finanziamento del *project financing*.

n. 106, un'ulteriore modifica, cui avrebbero fatto seguito dopo pochi mesi il D.L. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011 n. 214 (per le novità introdotte dalla suddetta legge, si v. DE NICTOLIS, *Le novità di fine anno in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 139) e, da ultimo, il D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012 n. 27. L'art. 41 dell'ultimo intervento legislativo citato ha stabilito che la società veicolo possa emanare *project bonds* anche in assenza della garanzia ipotecaria, purché destinati ad investitori qualificati, nonché ha introdotto il diritto di prelazione del promotore in caso di proposte relative a grandi opere non inserite nella programmazione. Ulteriormente, ha introdotto una specifica norma in favore del *project financing* per le opere carcerarie nonché la previsione del contratto di disponibilità.

⁸¹ L'istituto è disciplinato dal comma 3 dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, convertito in L. 6 agosto 2008 n. 133, come modificato dall'art. 15 D.L. n. 135/2009, convertito in L. n. 166/2009, che, oggi, limita il ricorso all'affidamento *in house* alle ipotesi in cui sussistano «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». L'affidamento *in house* ha creato sin dalla sua introduzione non pochi problemi applicativi, in relazione alla potenziale violazione del principio di concorrenza del mercato che esso comportava. Sul punto è intervenuta anche la Corte di Giustizia, con numerose pronunce (tra le prime, Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, *Teckal Srl e Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, C-107/98, in *Urbanistica e app.*, 2000, 227), la quale ha enucleato una serie di condizioni di compatibilità delle forme di affidamento diretto senza gara con le norme del trattato a garanzia della concorrenza: in particolare, la necessità che la relazione tra stazione appaltante e soggetto affidatario relazione assunta le forme di un rapporto essenzialmente inter-organico e che il soggetto affidatario svolga la parte più importante della propria attività con l'ente che ne detiene il capitale sociale. Per un'analisi delle problematiche, si v. Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 133, con nota di PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, nonché, più recentemente, FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario.*, 2010, 1501.

Il modello *in house providing* consiste in processo di *outsourcing*, in virtù del quale si instaura, senza gara e, cioè, sulla base di un affidamento diretto, una relazione tra il soggetto pubblico, che attribuisce il compito di gestire un determinato servizio al di fuori della propria diretta interna organizzazione, e l'ente beneficiario della predetta attribuzione, nelle ipotesi in cui quest'ultimo, a composizione integralmente pubblica, sia costituito, oltre che dal soggetto affidante, da una pluralità di altre amministrazioni che ne detengono il controllo.

La *ratio* di tale istituto risiede nel contemperamento tra l'esigenza di efficienza ed economicità dell'agire pubblico senza, tuttavia, abdicare totalmente alle funzioni pubbliche attraverso un trasferimento di competenze ai soggetti diversi dall'ente precedente.

In detto modello, in pratica, la società *in house* “*agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale*”⁸² e la necessaria presenza totalitaria⁸³ del capitale pubblico conferma come un tale rapporto tra ente pubblico e società non sarebbe configurabile in presenza di un, anche minimo, capitale privato⁸⁴.

Tra la società *in house* e il concessionario, dunque, si instaura un rapporto di c.d. “*controllo analogo*”, in cui l'interesse pubblico e il fine sociale sono strettamente

⁸² Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, in *Foro amm. C. St.*, 2010, 1884 e, in senso conforme, Con. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm. Tar.*, 2012, 295 Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214, in *Red. Amm., C. St.*, 2010, 9.

⁸³ Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, in www.curia.eu.int, ma più recentemente l'orientamento della stessa appare parzialmente modificato, seppur in modo non univoco: talvolta la Corte afferma che la semplice titolarità pubblica dell'intero capitale non rende di per sè la società *in house* ed è ulteriormente necessaria un'analisi precisa e circostanziata della sussistenza del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente affidante; talaltra si esprime in termini di necessaria prevalenza del carattere pubblico del capitale, ovvero dell'unitarietà del possesso. Si vedano, sul punto, Corte di Giustizia, sez. III, 10 settembre 2009, causa C-573/07, caso *Sea*, in *Urbanistica e app.*, 2010, 38; Corte di Giustizia, sez. II, 17 luglio 2008, C-371/05, caso *Comune di Mantova*, *ivi*, 2008, 1401. MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di «controllo analogo»*, in *Foro amm. Tar.* 2007, 2245; PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 191.

⁸⁴ DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. Tar.*, 2008, 1546; DE NICTOLIS, CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2009; GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009; RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it; LOLLI, *Le società miste*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit., 311.

connessi tra di loro, in un rapporto di strumentalità reciproca, equivalente a quello rinvenibile nella subordinazione gerarchica, seppur, nel caso di specie, non si possa parlare tecnicamente di gerarchia⁸⁵, data l'esistenza di un soggetto giuridico separato e distinto dall'amministrazione, dotato di propri organi decisionali⁸⁶.

Se, quindi, da un punto di vista strutturale *nulla queastio* circa l'astratta compatibilità tra la finanza di progetto e il modello *in house*, trattandosi pur sempre, dal punto di

⁸⁵ Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 984.

⁸⁶ L'individuazione dei requisiti che integrano un *in house providing* è frutto di elaborazione giurisprudenziale europea (così la Corte di Giustizia Europea con le sentenze Teckal, 18 novembre 1999, n. C-107/98, in *Racc.* 1999, I, 8121; Stadt Halle, 11 gennaio 2005, n. C 26/2003, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 992; Consorzio Azienda Metano-Coname, 21 luglio 2005, n. C 231/2003, in *www.curia.eu.int.*, Tragsa, 9 aprile 2007, n. C-295/05, in *www.curia.eu.int*; Carbotermo, 11 maggio 2006, causa C-340/04, in *www.curia.eu.int.*; Parking Brixen, 19 aprile 2007, n. C 295/2005, in *Foro amm. C. St.*, 2005, 2804) e nazionale. In particolare, si richiede la presenza congiunta di tre requisiti: (i) la sussistenza di una partecipazione pubblica totalitaria. Sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1120; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440, in *Foro amm. C. St.*, 2006, 2187; Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 984, nonché Corte di Giustizia, Stadt Halle, 11 gennaio 2005, cit. chiariscono che l'*in house* non è configurabile in favore di soggetti affidatari partecipati, anche in via assolutamente minoritaria, da un privato sulla scorta di una presunta incompatibilità assoluta tra interessi pubblici e privati, anche se Corte di giustizia, Asi, 17 luglio 2008, n. C-371/05 in *www.curia.eu.int.* e Sea Srl c. Comune di Ponte Nossola, 10 settembre 2009, n. C-573/07 in *www.curia.eu.int.* sembrano ammettere eccezioni a tale rigore.

(ii) La società *in house* deve essere sottoposta a "controllo analogo a quello esercitato sui servizi" dell'ente pubblico affidatario. Più propriamente, secondo la Commissione Europea (nota del 26 giugno 2002, rivolta al Governo Italiano), si dovrebbe parlare di un "assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato".

Per "controllo analogo" si deve, dunque, intendere l'influenza dominante dell'ente partecipante nella stessa gestione della società e la realizzazione della maggior parte delle attività sociali con l'ente controllante. In particolare, detto controllo presuppone sempre un controllo di tipo strutturale, ossia un effettivo potere di ingerenza dell'amministrazione controllante nell'organizzazione della produzione del prestatore *in house*, che comprende anche la titolarità in capo al soggetto pubblico del potere di nomina di un *quorum* qualificato dei componenti degli organi di direzione o vigilanza.

Inoltre, (Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, in C-29/09, Modling, in *Foro amm. C. St.*, 2005, 3151; Parking Brixen, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1049; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *Foro amm. C. St.*, 2009, 1739; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, in *Foro amm. C. St.*, 2007, 115; Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Foro amm. C. St.*, 2006, 2221; Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in *www.dirittodeiservizi-pubblici.it*; Cons. Stato, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Foro amm. C. St.*, 2009, 730; Cons. Stato, 30 aprile 2009, n. 2765, in *Urbanistica e app.*, 2009, 1104) il consiglio di amministrazione della s.p.a. *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; la società *in house* non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta il territorio nazionale e all'estero; le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

(iii) La società *in house* deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione o delle amministrazioni che lo controllano (Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8970, in *www.dirittodeiservizi-pubblici.it*; Cons. Stato, 9 marzo 2009, n. 1365, in *Foro amm. C. St.*, 2009, 730; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765, in *Urbanistica e app.*, 2009, 1104; Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *Giur. cost.*, 2008, 5009).

vista civilistico, di una società, permettendo dunque l'isolamento giuridico richiesto dal *project financing*, e non rilevando la qualifica pubblicistica dell'assetto proprietario; dall'altro si deve tenere presente l'orientamento della Corte dei Conti, con riferimento alle società a prevalente capitale pubblico. Secondo i giudici contabili, infatti, ricorrere ad uno strumento quale la società mista, mal si concilierebbe con l'esigenza di attrarre apporti economici privati e limitare, dunque, l'investimento pubblico, come accade nel PPP: «il fatto che uno strumento predisposto dal legislatore per attrarre l'apporto imprenditoriale privato nel settore pubblico venga utilizzato da una società mista a prevalente capitale pubblico [...] appare una forzatura dello spirito normativo comportando il reingresso dell'Amministrazione, sotto diverse spoglie formali, nelle iniziative che - sotto il disegno del legislatore - avrebbero dovuto essere, invece, affidate all'imprenditoria privata per mutuare da essa "creatività e risorse" e sopperire alla cronica carenza di fondi pubblici»⁸⁷.

In particolare, i giudici ravvisano uno squilibrio ingiustificato a favore del privato costituendo «una distribuzione dei rischi non conforme alle caratteristiche della concessione di lavori mediante finanza di progetto».

Secondo tale orientamento, dunque, la finanza di progetto non dovrebbe essere uno schema di finanziamento sfruttabile da parte di società miste, a prevalente partecipazione pubblica e, *a fortiori*, da parte di quella a totale partecipazione pubblica, come nel modello *in house*.

Ulteriormente, ne deriva che, anche con riferimento al modello di Partenariato Pubblico Privato di carattere istituzionale si deve effettuare un distinguo: solo le società miste a prevalente partecipazione privata rispondono alla logica espressa dalla Corte dei Conti. Il ruolo del privato diviene, quindi, in un certo senso la regola; mentre il diverso concetto dell'*in house* diviene l'eccezione. Le società totalmente pubbliche sono, dunque, destinate a diventare un modello di *governance* residuale, a vantaggio di operatori totalmente privati o misti pubblico-privato in cui la componente privata risulta maggioritaria.

⁸⁷ Corte dei Conti, giuris. Reg. Trentino Alto Adige Trento, 10 aprile 2008 n. 19, reperibile in www.cortedeiconti.it.

4. Il *project financing*: un modello unitario

La descritta adattabilità del *project financing* sia al settore pubblicistico quanto a quello privatistico dimostra l'elasticità del modello alle plurime e diverse necessità.

La sua diversa utilizzabilità comporta semplicemente un adattamento del modello di finanziamento alle esigenze specifiche del settore nel quale trova applicazione, senza tuttavia intaccare la validità di uno schema generale connotato dalla presenza dei più volte citati elementi specializzanti (il *ring fence*, la distribuzione del rischio tra i partecipanti e il carattere *self liquidating* dell'opera).

La possibilità che un'opera possa, dunque, essere realizzata in collaborazione tra il pubblico e il privato non costituisce altro che l'adattamento del *project financing* ai principi caratterizzanti il diritto amministrativo, strumentali alla fase preliminare all'avvio della realizzazione dell'opera, tra cui la scelta del contraente, e alla fase di controllo del funzionamento dell'opera stessa.

Le previsioni normative, contenute nel Codice degli Appalti Pubblici, relative al *project financing*, infatti, non dettano una disciplina dell'istituto, né regolamentano i rapporti sussistenti tra i soggetti coinvolti nell'operazione, limitandosi a prevedere un'ulteriore e preliminare fase, antecedente alla costituzione della SPV⁸⁸, in cui si

⁸⁸ Nonostante il lungo e travagliato percorso normativo, la normativa in discorso si è sempre caratterizzata per la sua frammentarietà, incentrata soprattutto sulla selezione del soggetto aggiudicatore. Nella previgente normativa prevista dalla Legge Merloni-ter, si giungeva all'incarico per la realizzazione dei lavori dopo un iter articolato in tre fasi, disciplinato dagli artt. 37 bis, ter e quater: individuazione della proposta del promotore che la P.A.; selezione dei soggetti; procedura negoziata che si concludeva con l'aggiudicazione, cui segue la realizzazione e l'operatività del progetto. A tal riguardo, la giurisprudenza individuava nella sottodivisione in tre fasi la realizzazione di un unico procedimento complesso. Così, Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *Foro amm. C. St.*, 2004, 2889; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142, in *Foro amm. C. St.*, 2005, 115. Secondo un'interpretazione più recente e confermata dalla riforma 152/2008, si tratterebbe, più propriamente, di tre - o più - procedimenti autonomi e distinti ed unificati sotto il profilo finalistico (SCIUTO, *sub. Artt. 152-155*, in BALDI, TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2009, 1242) o, meglio, di sotto-fasi, a seconda della procedura seguite e di cui si dirà a breve nel testo. Il sistema della "finanza di progetto", di fatto, deve leggersi come un procedimento di carattere unitario, in cui la normativa amministrativistica è intervenuta solo per disciplinare quegli aspetti che consentono l'applicazione di una serie di strumenti, per loro natura, di carattere privatistico all'ambito pubblico: in particolare, è risultato necessario coordinare le fasi pregresse rispetto all'avvio del contratto di *project financing* in senso stretto, le quali schematicamente e genericamente, possono essere riassunte nell'individuazione del progetto da realizzare, il quale deve connotarsi per la rispondenza ad un pubblico interesse; nella selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente il contratto di concessione, senza che risultino violati i principi di imparzialità, trasparenza e correttezza; nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 3 marzo 2005, n. 99, in *Foro amm. Tar.*, 2005, 768; v. anche Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *Foro amm. C. St.*, 2004, 2889).

inserisce la Pubblica Amministrazione, dotata, secondo il concreto schema operativo prescelto, di poteri di selezione, controllo e di riacquisto della proprietà.

Pertanto, non si tratta di uno schema contrattuale diverso rispetto a quello applicato nell'ambito privatistico: la lacuna normativa circa la disciplina del *project financing ex se* permane, così come le questioni tecniche e contrattuali⁸⁹ in senso stretto continuano a trovare unica "fonte" di regolamentazione nella *lex mercatoria* e nei singoli istituti del diritto civile.

Il carattere pubblico o privato del modello unitario di finanza di progetto dipende dall'interesse pubblico ovvero privato che connota l'opera da realizzare. Così, un'opera che realizza uno scopo pubblico comporta anche l'applicazione della normativa pubblicistica, in relazione ai predetti profili⁹⁰, rinviando alle norme codicistiche per la disciplina sostanziale di ogni singolo rapporto.

La lacuna di regolamentazione dei rapporti sottostanti al più complesso sistema di *project financing* comporta, certamente, difficoltà nella ricostruzione dell'istituto in chiave giuridica, lasciando incertezze nella risoluzione delle problematiche di vizi e sopravvenienze contrattuali ma, al contempo, attribuisce all'istituto la capacità di rendersi mutevole ed elastico alle esigenze degli operatori del settore e alla continua evoluzione della prassi del commercio internazionale.

Risultando, quindi, fondamentale un'analisi dogmatica del complessivo inquadramento del *project financing*, diversamente letto in una limitativa visione atomistica, ci si vuole ora soffermare sulle diverse relazioni contrattuali che compongono l'intera operazione.

⁸⁹ Si pensi alla disciplina degli ulteriori singoli contratti che compongono il *project financing*; alla gestione delle patologie contrattuali con riferimento all'intero progetto; alla gestione delle sopravvenienze, di cui si tratterà rispettivamente nei §§ 5 e ss. del presente Capitolo; nel § 8 del Cap. II e nel Cap. III.

⁹⁰ MISSERINI, *Project financing (lavori pubblici)*, in *Digesto pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2004, *passim*; FAVA, *Il project financing nel quadro dei P.P.P. dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (legge Merloni e legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in CASSANO (a cura di), *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, II, Padova, 2005, 682.

5. I rapporti contrattuali

5.1. Il rapporto tra Pubblica Amministrazione e promotore

L'attuale versione dell'art. 153 del Codice dei Contratti Pubblici⁹¹, introdotta dal D.Lgs. 152/2008, individua tre diverse procedure di affidamento mediante *project financing*:

- a) una procedura a iniziativa pubblica, detta "monofase", in base alla quale il concessionario viene individuato mediante un'unica gara (art. 153, commi da 1 a 14);
- b) una procedura ad iniziativa pubblica, detta "bifase", in cui ad una prima gara che consente di individuare il promotore, segue una seconda gara tesa all'affidamento definitivo dell'opera, riservando al promotore un diritto di prelazione nei confronti dell'eventuale diverso vincitore (art. 153, comma 15);
- c) una procedura ad iniziativa privata, detta anche del "promotore additivo" per le ipotesi di inerzia della Pubblica Amministrazione (art. 153, comma 16).

Preliminare e comune a tutte le forme procedimentali indicate è l'attività della Pubblica Amministrazione che individua le necessità della collettività e le opere da realizzare, redigendo un programma triennale⁹² ed indicandole, successivamente, in un apposito elenco annuale (art. 128), nei piani urbanistici, negli istituti di programmazione negoziata (art. 2 L. 662/1996), nei programmi di qualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (d.m. LL.PP. n. 1169/1998), con la finalità di evitare che siano realizzate opere inutili o non rispondenti a quelle

⁹¹ Tra i molti contributi, RICCHI, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 1375; COLETTA, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2008, 119; FIORENTINO, *Il terzo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 364; CARULLO, MACCOLINI, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 231; CACCIARI, *Finanza di progetto ed evidenza pubblica nel Codice dei contratti pubblici (ancora una volta) riformato*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 307; GENTILE, *Project financing: si torna all'antico*, *Appalti e contr.*, 2011, 40; ACCURSIO, *La disciplina della finanza di progetto dopo le modifiche al codice recate dalla legge sulle liberalizzazioni*, in *Appalti e contr.*, 2012, 25.

⁹² Ai sensi dell'art. 128, comma 2 D.Lgs. 163/2006, «Il programma triennale costituisce il momento attuativo degli studi di fattibilità e di identificazione e qualificazione dei propri bisogni che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze e, quando esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, in conformità agli obiettivi assunti come prioritari. Gli Studi di Fattibilità individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei bisogni delle amministrazioni pubbliche, indicando le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche».

esigenze sociali e interessi pubblici che le amministrazioni sono chiamate a soddisfare.

Il predetto inserimento dell'opera o del servizio da realizzarsi all'interno dell'elenco annuale resta un momento imprescindibile per la successiva aggiudicazione. Benché tale sistema, diretto in prima istanza a garantire un'adeguata copertura finanziaria per le risorse pubbliche che risultino necessarie, appaia in contrasto con la natura del *project financing*⁹³, mirante, invece, a stimolare l'interesse e la partecipazione del privato nel settore pubblico, si deve evidenziare come il rigore di tale previsione risulti temperato dalla possibilità per i soggetti privati⁹⁴ di presentare alle amministrazioni proposte di intervento che, eventualmente, potranno essere inserite nell'elenco di programmazione annuale. Sulla Pubblica Amministrazione grava, infatti, il dovere di “*valutare*” tali proposte entro l'aggiornato termine di tre mesi dal loro ricevimento, ponendo, in caso di valutazione positiva, il progetto preliminare a base di una gara per l'affidamento della concessione⁹⁵. Tutte le suddette procedure di affidamento si aprono con un bando di gara⁹⁶, pubblicato ai sensi dell'art. 66, ovvero dell'art. 122, a seconda del valore dei lavori o dei servizi da realizzarsi.

Successivamente, con riguardo alla procedura c.d. monofase, pubblicato il bando, i privati possono presentare proposte di progetto, corredate da un piano economico-

⁹³ TASSAN, MAZZOCCO, ANGELETTI, BOMBELLI, GUFFANTI, MANZI, PERULLI, ROBALDO, SCIUMÈ, ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003, spec. 973; MELE, *Sub artt. 152-155*, in BALDI, TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1273 ss.

⁹⁴ Ai sensi del comma 21, art. 153 Codice dei Contratti Pubblici possono presentare proposte di opere realizzabili attraverso *project financing* i soggetti in possesso di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali specificati dal regolamento, nonché i soggetti gli imprenditori individuali, anche artigiani; società commerciali; società cooperative; consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro; consorzi tra imprese artigiane; consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili; raggruppamenti temporanei dei precedenti soggetti; consorzi ordinari di concorrenti costituiti anch'essi dai precedenti soggetti; aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5; soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE); operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; società di ingegneria; nonché camere di commercio, industria e artigianato.

⁹⁵ Il decreto correttivo n. 152/2008 ha modificato l'art. 128 del Codice, ammettendo che le opere realizzabili mediante finanza di progetto possano oggi essere inserite nell'elenco annuale anche se prive di progettazione preliminare, sulla base del solo studio di fattibilità. Il recente D.L. 22 giugno 2012, n. 83, all'art. 3, prevede che detto studio di fattibilità sia redatto dal personale delle Amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare e, in caso di carenza di tale personale in organico, la redazione dello studio di fattibilità può essere affidato a soggetti esterni, individuati mediante procedure di gara.

⁹⁶ In precedenza, l'amministrazione procedente pubblicava un mero avviso contenente l'indicazione di tutte le opere pubbliche realizzabili attraverso il ricorso al capitale privato.

finanziario asseverato da una banca, nonché dalla specificazione del servizio e della gestione offerta. Stilata la graduatoria, l'individuazione del promotore tra i partecipanti avviene sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83). Il procedimento consiste in una gara unica, formata dalla sola fase della valutazione delle proposte, cui segue, previa approvazione del progetto *ex art. 97*, l'affidamento della concessione al promotore vincitore. Nell'ipotesi in cui l'amministrazione voglia, invece, richiedere l'introduzione di modifiche al progetto, è necessario aprire una seconda fase della gara, c.d. negoziata, in cui il promotore vincitore della prima fase risulterà aggiudicatario solo previa accettazione delle modifiche stesse; diversamente, in caso di non accettazione delle variazioni richieste, si apre una terza fase⁹⁷, in cui la Pubblica Amministrazione si rivolge al concorrente via via successivo sino all'individuazione del partecipante che le accetti. In tale ultima evenienza, il promotore originariamente prescelto ha diritto solamente al rimborso, da parte dell'aggiudicatario non promotore, delle spese sostenute nel limite del 2,5 per cento del valore dell'investimento, senza, quindi, che gli venga riconosciuto alcun diritto di prelazione.

La seconda tipologia di procedura consta di una duplice gara, con la previsione di un diritto di prelazione in capo al promotore. In particolare, la prima fase è volta all'individuazione di quest'ultimo, scelto sulla base di una selezione competitiva basata sullo studio di fattibilità; diversamente dalla procedura monofase, in questo secondo modulo procedimentale l'individuazione della migliore offerta è volta non all'immediata aggiudicazione, ma ad una prima selezione. La Pubblica Amministrazione, infatti, individuato il promotore⁹⁸, indice una seconda gara⁹⁹, in cui gli altri concorrenti sono chiamati a presentare varianti al progetto preliminare del promotore e, solo al termine di questa seconda selezione, anch'essa basata sulla

⁹⁷ Con riferimento alla scansione temporale di questa prima tipologia di procedura, si v. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 1225, secondo cui si può scandire in: scelta del promotore, negoziazione con il promotore delle modifiche al progetto preliminare, negoziazione con i successivi concorrenti in graduatoria se la prima negoziazione non va a buon fine.

⁹⁸ In giurisprudenza si dibatte se sussista l'interesse a ricorrere avverso la scelta del *promotore* da parte di una società che non abbia partecipato alla successiva fase della gara per l'aggiudicazione della concessione. Sul punto, Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7277, in *Giur. it.*, 2011, 1198, nonché Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1, in *www.giustamm.it*, 2, 2012, in cui si afferma la sussistenza di un interesse legittimo all'impugnazione in capo ai soggetti non prescelti, i quali possono dunque opporsi immediatamente all'atto di scelta del promotore di questa prima fase.

⁹⁹ Anche questa seconda gara deve espletarsi col criterio dell'offerta più vantaggiosa, e previa pubblicazione di un bando ai sensi degli artt. 66 o 122 del Codice dei Contratti Pubblici.

valutazione del progetto preliminare approvato e sulle condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, sarà individuato l'aggiudicatario dell'opera o del servizio. Ove l'offerta vincitrice risulti quella del promotore, *nulla quaestio*: egli diverrà aggiudicatario definitivo. Diversamente, ove la proposta vincitrice sia quella di un altro partecipante, la posizione di vantaggio del promotore individuato nella prima fase viene mantenuta attraverso lo strumento del diritto di prelazione¹⁰⁰ che questi potrà far valere nei confronti dell'eventuale diverso vincitore: entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione, potrà, infatti, esercitare la facoltà di adeguare la propria offerta a quella successivamente formulata

¹⁰⁰ Il diritto di prelazione era stato introdotto nel nostro ordinamento ad opera della L. 10 agosto 2002, n. 166, prevedendo altresì la necessità che lo stesso bando di gara contenesse l'indicazione dell'applicazione di detto diritto, per ovviare a quei vizi di pubblicità che si configuravano contrari al principio di parità di trattamento già oggetto della censura mossa da parte della Commissione Europea nel 2001 relativamente all'art. 37- bis della legge-quadro appalti (Commissione Europea, procedura d'infrazione n. 2001/2182). Sul punto, FIDONE, RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. "prelazione del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 949.

Nel 2008, la prelazione è stata oggetto di valutazione anche da parte della Corte di Giustizia, su istanza della Commissione Europea: la decisione giunge il 21 febbraio 2008 (Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. II, 21 febbraio 2008, *Commissione Ce c. Repubblica Italiana*, C-412-04, in www.curia.eu.int), ma l'introduzione della relativa causa risaliva ad un'epoca in cui tale diritto era normativamente previsto. Il legislatore italiano, infatti, forse conscio delle censure che la Corte avrebbe potuto muovergli, nel 2007 ne aveva abrogato la previsione con il D.Lgs. 113/2007.

La Corte di Lussemburgo, seppur chiamata a valutare la compatibilità tra il diritto di prelazione e le Direttive Comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, non decise la questione nel merito, dovendo dichiarare il ricorso proposto dalla Commissione Europea irricevibile per mancanza di specifica indicazione circa le disposizioni comunitarie asseritamente violate.

Così, non censurato, il diritto di prelazione è stato reintrodotta dal legislatore italiano con il quarto correttivo (D.Lgs. 152/2008) con specifico riferimento alla procedura bifase e, ulteriormente, nel 2011, anche in relazione alla procedura avviata dal privato proponente la realizzazione di un'opera o di un servizio non previsto in programma dalla Pubblica Amministrazione.

Per un approfondimento, si v. BALESTRERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e app.*, 2009, 525.

Non positivamente valutato da molti per la sua contrarietà ai principi di imparzialità e di concorrenza, secondo taluni il diritto di prelazione reintrodotta nell'attuale normativa comporterebbe, nuovamente, un illegittimo *favor* nell'aggiudicazione del relativo incarico. Altri, all'opposto, ritengono che l'odierna configurazione dell'istituto non sarebbe passibile delle medesime obiezioni sollevate dalla Commissione Europea e che condussero alla succitata pronuncia della Corte di Giustizia. La prelazione, infatti, sarebbe un istituto diretto a conferire nuovo slancio alla partecipazione privata, la quale potrebbe contraddistinguersi per lungimiranza tanto nella scelta della realizzazione di opera o di un servizio pubblico non previsto dai programmi di realizzo della Pubblica Amministrazione, quanto nella presentazione di progetti economicamente validi – riservando all'ente pubblico il compito di valutarne la relativa utilità e necessità. Sostanzialmente, il diritto di prelazione costituirebbe il meccanismo di garanzia attraverso cui rendere effettivo l'incentivo nei confronti del privato alla formulazione di proposte nuove, le quali si presupporrebbero dotate di particolare economicità e lungimiranza economica, in considerazione della specifica allocazione del rischio imprenditoriale in capo al privato.

Per un'analisi in chiave economica dei riflessi derivanti dal diritto di prelazione, si v. RICCHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza*, Law & Economics, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 139.

dal miglior offerente, in tal modo realizzandosi il diritto del promotore di essere preferito¹⁰¹ e di divenire aggiudicatario definitivo. Nel caso in cui, diversamente, il promotore decida di non esercitare il suo diritto di prelazione, sarà il miglior offerente della seconda gara a risultare aggiudicatario.

La terza tipologia procedurale trova applicazione con riferimento alle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione, pur avendo provveduto alla pubblicazione dell'elenco annuale delle opere incluse nell'elenco annuale, non provveda, per un periodo superiore a sei mesi, a bandire le relative gare. In tale ipotesi, decorso il semestre, il privato interessato, nei successivi quattro mesi, ha la facoltà di presentare proposte relative alle opere incluse nella programmazione annuale, contenenti il progetto preliminare, cui segue la pubblicazione da parte della Pubblica Amministrazione di un avviso con l'indicazione dei criteri valutativi delle proposte: chi ha già presentato una proposta può modificarla o perfezionarla; gli altri privati possono presentarla in quest'occasione.

Aperta la gara e individuato il promotore, la procedura ad iniziativa privata prosegue secondo tre possibili alternative: nelle forme "ordinarie" previste in tema di concessione ai sensi dell'art. 143, invitando alla gara il promotore; secondo le modalità previste per procedura bifase, invitando anche in tale ipotesi il promotore alla gara; con l'avvio del c.d. dialogo competitivo¹⁰² (art. 58) ove il progetto necessiti di alcune modifiche¹⁰³.

Mentre nelle prime due tipologie procedimentali l'amministrazione fornisce anche

¹⁰¹ In tal caso il promotore aggiudicatario dovrà rimborsare al miglior offerente le spese sostenute per la partecipazione alla gara nella misura massima del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

¹⁰² Circa la discussa compatibilità tra dialogo competitivo e *project financing*, si veda per tutti FRACCHIA, CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in www.giustamm.it.

A fondamento dell'incompatibilità tra i due istituti si muovono, da un lato le argomentazioni basate su un'osservazione sistematica, secondo cui il dialogo competitivo è previsto quale modalità di affidamento degli appalti, mentre il *project financing* mira all'instaurazione del diverso rapporto concessorio; dall'altro, su un'analisi letterale dell'art. 144, il quale, pur ammettendo l'applicabilità di procedure aperte e ristrette, non richiama il dialogo competitivo. *Contra* si v. CONTESSA, DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e app.*, 2006, 508; PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1115, secondo cui il dialogo competitivo rappresenta un principio generale del diritto comunitario, applicabile in via ordinaria fra amministrazioni aggiudicatrici e soggetti privati.

¹⁰³ Parte della dottrina osserva come rimane priva di disciplina l'ipotesi in cui il progetto necessiti di modifiche ma non ricorrono gli estremi (art. 58 comma 2) per l'utilizzo del dialogo competitivo, rilevando che la procedura si arresterà in quanto la pubblica amministrazione dovrà dichiarare che non vi sono proposte di pubblico interesse. Cfr. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, cit, 1225.

elementi di riferimento tecnici ed economici su cui le imprese possono modulare le proprie offerte, in questa terza tipologia la Pubblica Amministrazione realizza solamente lo studio di fattibilità¹⁰⁴. Ne consegue che essa dovrà verificare non solo l'ammissibilità della proposta *ex se*, ma anche la sua rispondenza all'interesse pubblico rispetto alle concrete modalità con le quali il privato intende realizzare il progetto. Il margine di discrezionalità che la Pubblica Amministrazione si riserva in tale ipotesi risulta, quindi, maggiore rispetto alle altre due tipologie nelle quali solo la non convenienza o l'inidoneità dell'opera in relazione all'oggetto della concessione possono legittimare la scelta di non procedere con l'individuazione del promotore e con il successivo affidamento dell'incarico¹⁰⁵; diversamente, in ipotesi in iniziativa privata, si ricrea una situazione assimilabile a quella *ante* 2008, quando l'amministrazione, all'esito della fase di scelta del promotore, poteva concludere nel senso che nessuna delle proposte ricevute fosse suscettibile di essere dichiarata di pubblico interesse. Similmente, si ripropone una situazione in cui le proposte dovranno superare anche il preliminare vaglio di rispondenza all'interesse pubblico, posto che, come già ricordato, in quest'ipotesi la Pubblica Amministrazione non ha provveduto all'elaborazione del progetto preliminare, con una forte riduzione dello spazio per un gravame giurisdizionale, che comporta un disincentivo per il privato, il quale non trova la protezione della responsabilità precontrattuale, essendo rimesso ad una scelta quasi insindacabile della Pubblica Amministrazione.

Infine, alle predette tre tipologie procedurali, dovrebbe, inoltre, più correttamente, affiancarsi un quarto schema procedimentale. Il comma 19 dell'art. 153, prevede la

¹⁰⁴ Il decreto correttivo n. 152/2008 ha modificato l'art. 128 del Codice, ammettendo che le opere realizzabili mediante finanza di progetto possano oggi essere inserite nell'elenco annuale anche se prive di progettazione preliminare, e sulla base del solo studio di fattibilità.

¹⁰⁵ La motivazione che la Pubblica Amministrazione addurrà a giustificazione di tale scelta potrà essere oggetto di sindacato giurisdizionale esclusivamente sotto i profili dell'incongruità o dell'irragionevolezza, generando una residuale ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c. allorché la condotta irragionevole ovvero incongrua abbia violato concretamente gli obblighi di correttezza e buona fede, su cui il privato concorrente riponeva affidamento. L'amministrazione, infatti, non potrà unilateralmente recedere adducendo generici motivi di pubblico interesse ma con ragioni giustificative serie e congrue, poiché in queste due tipologie di gare, l'*an* e il *quomodo* dell'intervento e la relativa rispondenza ai bisogni della collettività sono già state valutate dalla Pubblica Amministrazione, nella fase antecedente alla pubblicazione del bando di gara e si ritengono definitivamente compiute. *Contra*, Cons. Stato, Sez. V, 06 ottobre 2010, n. 7334, in *Foro amm. C. St.*, 2010, 2123, con nota di D'ARENZIO, *Limiti all'esercizio del potere di revoca nelle procedure di project financing*; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 835, con nota di BAIONA, *Revoca della dichiarazione di pubblico interesse in ambito di project financing: quale tutela per l'affidamento del privato?*.

facoltà per i privati di proporre alla Pubblica Amministrazione interventi di lavori pubblici non inseriti nella programmazione triennale¹⁰⁶ e, in seguito al d. l. 70/2011, cosiddetto “Decreto Sviluppo”, introduce un invito a favore del proponente a partecipare all'eventuale successiva gara, reintroducendo, dunque, anche in tale fattispecie il tanto criticato diritto di prelazione.

Si potrebbe a tal riguardo parlare di procedura a iniziativa *totalmente privata*, in quanto diversamente dalla procedura a iniziativa privata con doppia gara, a esito alternativo (art. 153, commi 16-18) - in cui l'Amministrazione ha proceduto all'approvazione dell'elenco annuale delle opere incluse nella programmazione di cui all'art. 128 - l'iniziativa del soggetto privato risulta scollegata tanto dalla programmazione triennale quanto da quella annuale.

Certamente appaiono evidenti i limiti applicativi di un simile *iter*, in quanto prevede un meccanismo di proposta di affidamento di opere e lavori per i quali la Pubblica Amministrazione non ha effettuato valutazioni circa la corrispondenza ai bisogni e la cui finanziabilità con capitale privato non è stata ancora oggetto di analisi da parte della stessa, comportando, perciò, un più elevato rischio che la proposta privata non venga approvata. Al tempo stesso, tuttavia, il meccanismo di cui al comma 19 dell'art. 153 dimostra, ancora una volta, come il soggetto pubblico appartenga alla categoria degli attori facoltativi, la cui presenza non comporta una modificazione sostanziale dello schema del *project financing*, caratterizzato in tutti i contesti analizzati dall'interesse di lucro degli *sponsor* che, in ragione dei diversi ruoli che assumeranno avranno un ritorno di utili, contratti lavorativi, contratti di acquisto del prodotto realizzato a prezzi competitivi ovvero, nel caso della Pubblica Amministrazione, beni o servizi ad appannaggio della comunità, con contestuale risparmio di fondi pubblici. Il tutto, in un contesto in cui le Amministrazioni agiscono sempre più spesso *jure privatorum*.

¹⁰⁶ DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, cit., 1227.

5.2. Il rapporto tra *sponsor* e società veicolo (c.d. *Special Purpose Vehicle*)

Analizzando il rapporto privato-Pubblica Amministrazione, si è parlato di soggetto promotore intendendosi per esso quel privato che propone alla Pubblica Amministrazione la realizzazione, con risorse totalmente o parzialmente private, di opere aventi carattere imprenditoriale. La figura del promotore, tuttavia, assume un ruolo centrale anche nelle ipotesi di *project financing* privatistico, essendo, anzi, caratterizzato da una pregnanza persino superiore, in quanto lo stesso sarà chiamato a concepire interamente il progetto, oltre che a seguirne la realizzazione e la successiva gestione.

Più correttamente, parrebbe potersi distinguere tra la figura del promotore in senso stretto e quella dello *sponsor*, a seconda del contesto pubblicistico ovvero privatistico in cui si opera. In particolare, lo *sponsor*, essendo colui che ha la c.d. *business idea*, nell'ambito pubblico, coincide con la Pubblica Amministrazione che individua l'opera da realizzarsi. Ne consegue che il privato, partecipante alla gara di aggiudicazione, svolge un ruolo di ideazione del progetto attuativo e, successivamente, di gestione, ma non risulta anche artefice dell'idea a monte che, come detto, è frutto della progettualità dell'Amministrazione. In un simile contesto, potrebbe dunque assumere un senso particolare la distinzione tra il concetto di "*sponsor*" e quello di "promotore", sebbene parte della dottrina preferisca vedere i due vocaboli come puri sinonimi per descrivere il soggetto privato.

Differentemente, in un contesto privatistico, lo *sponsor* riunisce in sé tutte le attività progettuali e di studi circa la fattibilità e la sostenibilità economica del progetto¹⁰⁷, assorbendo anche il compito che nell'ambito pubblicistico viene realizzato dalla Pubblica Amministrazione; sembra, perciò, inutile distinguere tra le due figure nel contesto privatistico.

Il ruolo dello *sponsor* appare decisamente complesso, in quanto si incardina in una fitta ed intrecciata serie di rapporti sia nei confronti della SPV sia, indirettamente, nei confronti dei finanziatori. Per comprendere tali rapporti, risulta, dunque, preliminarmente necessario analizzare quali possano essere i soggetti potenzialmente interessati a ricoprire tale ruolo.

¹⁰⁷ BALESTRIERI, *Il soggetto promotore*, in *Contr. e impr.*, 1996, 253.

Le logiche sottese possono ricondursi a due filoni: uno più strettamente connesso ad un contesto di creazione di lavoro o di un bene; l'altro, caratterizzato da un approccio di carattere finanziario-speculativo.

La prima ipotesi è riscontrabile in tutte quelle circostanze in cui lo *sponsor* altro non sia che un'impresa interessata a svolgere più o meno indirettamente i suoi servizi all'interno della fase di progettazione o di realizzazione/gestione dell'opera o del servizio¹⁰⁸. Si pensi, ad esempio, alle imprese il cui *core business*¹⁰⁹ coincida con quello che sarà oggetto di realizzazione da parte della SPV: trattandosi di progetti caratterizzati da altissimi livelli di conoscenze tecniche, facilmente, tali *sponsor* potranno ricoprire il ruolo di appaltatori dell'opera; di gestori o manutentori della stessa; ovvero ancora di fornitori di materie prime o di *know how* specifici. Ruoli che, complessivamente, possono essere racchiusi entro l'etichetta di "*sponsor industriali*". Analogamente, lo *sponsor* potrà essere costituito da soggetti dotati di alte competenze intellettuali, che potrebbero rivelarsi fondamentali con riferimento alle consulenze necessarie durante l'attuazione del progetto, siano esse di carattere tecnico, economico, fiscale o legale. Si può, quindi, parlare di *sponsor "operanti"*, interessati alla prospettiva del guadagno derivante dai contratti di lavoro che li

¹⁰⁸ Per un'analisi dettagliata, *ex pluribus*, PRESILLA, *Il project financing in Italia*, Milano, 2006, 34; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., 49; SAMBI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in PICOZZA, GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, III, Padova, 2013, 12.

¹⁰⁹ È stato correttamente osservato (F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., spec. 52-53) come il *core business* dell'impresa e quello del progetto non debbano necessariamente coincidere, ben potendo rilevarsi margini di operatività per aziende che svolgono attività in settori produttivi differenti ma che possono, ad ogni modo, trovare indiretta applicazione nel progetto. Così, l'esempio prospettato dall'A. in tema di *project financing* carcerario: secondo la sua opinione, tra i soggetti *sponsor* si potrebbe ipotizzare un'impresa manifatturiera, interessata alla manodopera fornita dai carcerati.

L'analisi trae spunto dall'esperienza inglese nel settore e potrebbe risultare quanto mai di interesse storico, in considerazione della recentissima attenzione posta dal D.L. 1/2012 (cd. decreto liberalizzazioni), all'art. 43, con il quale si è individuata una specifica applicabilità del project financing proprio al settore carcerario. Giova ricordare che la finanza di progetto potrebbe trovare attuazione sia per la realizzazione dell'intera opera, sia sotto diverso profilo, anche in relazione ai servizi di riscaldamento della struttura, di lavanderia, di mensa ed, ancora, ai servizi ambulatoriali e ricreativi. Sulle ragioni che hanno indotto l'attenzione del Governo al sistema delle carceri, si veda il primo caso trattato nei confronti dell'Italia, (Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, 4927 ss., con nota di PLASTINA, *L'Italia condannata dalla corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia, ma assolta per la gestione...*), nonché la più recente condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti umani di Strasburgo dell'8 gennaio 2013 per trattamento inumano e degradante di sette carcerati detenuti nel carcere di Busto Arsizio e in quello di Piacenza (Corte EDU, 08 gennaio 2013, n. 43517, *Torreggiani e a. c. Italia*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in <http://www.giurcost.org>).

vedranno protagonisti ovvero ad un incremento della propria posizione competitiva sul mercato.

Al contempo, tra gli *sponsor* potranno annoverarsi quei soggetti, sempre appartenenti al mondo imprenditoriale, che ricaveranno un'utilità dal progetto in termini di riduzione di costi e che saranno, dunque, i futuri acquirenti del bene o del servizio prodotto dalla SPV, riducendo un fattore critico del proprio processo produttivo¹¹⁰.

I suddetti *sponsor* avranno poi interesse a divenire soci finanziatori della costituenda SPV, il soggetto giuridico che concluderà i successivi contratti di appalto, fornitura, vendita, manutenzione, consulenza proprio con le stesse imprese socie. Lo *sponsor*, dunque, è un soggetto presente sia nelle fasi pregresse all'avvio della realizzazione dell'opera sia nel corso di realizzazione delle medesima, continuando a mantenere contatti molto stretti con la *project company* per tutta la durata del progetto, nominando propri dirigenti nel consiglio di amministrazione della SPV¹¹¹ e fornendo prestazioni e servizi nella fase di realizzazione e gestione.

Accanto a questa prima ipotesi, caratterizzata da un interesse di carattere "lavorativo", si affianca la diversa ipotesi di *sponsor* il cui interesse è di natura finanziaria: così, vi potranno essere investitori finanziari interessati non certo a nuove opportunità lavorative, quanto a creare nuovi impieghi di fondi o a una diversificazione del portafoglio¹¹².

A prescindere dalla tipologia di soggetto che rivestirà tale ruolo, lo *sponsor* sarà chiamato a promuovere l'operazione, studiandone la fattibilità ed ipotizzandone la struttura finanziaria ed organizzativa, senza tuttavia risultare legato da nessun vincolo negoziale, posto che la SPV nella fase progettuale, non è ancora costituita.

¹¹⁰ Si pensi, per esempio, a quelle realtà industriali che necessitano di particolari beni strumentali che non sono in grado di realizzare esse stesse, e che devono acquistare da terzi, magari ad elevati costi legati a collocazioni geografiche, di difficoltà di trasporto, di impedimenti, rallentamenti o complicanze dovute a politiche internazionali. Così, a titolo esemplificativo, si immagini una società situata in un Paese del Terzo Mondo, che vuole costruire beni per i quali è necessario l'utilizzo di corrente elettrica che attivi i macchinari. L'assenza di centrali elettriche nella zona di ubicazione dell'attività ovvero l'assenza di idonee strutture nel Paese che possano garantire in modo continuativo ed efficiente l'utilizzo della corrente elettrica potrebbe indurre l'ipotetica società a divenire *sponsor* di un *project financing* per la realizzazione di una diga idroelettrica, con l'obiettivo di divenire poi acquirente della SPV per l'acquisto proprio dell'energia elettrica.

¹¹¹ FONTANA, BARBERIS, CANALE, DELFINO, ROSSI, *Il finanziamento degli investimenti*, Milano, 2003, *passim*; FONTANA, ROSSI, *Il project financing, il ruolo del promotore*, in *Guida Enti Loc.*, 2006, 59.

¹¹² Si pensi, a titolo di esempio, alle realtà bancarie che intraprendono operazioni con cui investire le somme raccolte attraverso le operazioni di provvista dei correntisti e, in senso analogo, anche a *holding* finanziarie, società assicurative, società di gestione del risparmio, istituti di credito, organismi di investimento collettivo, enti pubblici territoriali.

Tuttavia, l'assenza di un vincolo giuridico in senso stretto tra detti soggetti permane durante tutto l'arco di esistenza dell'operazione di *project financing*: così anche durante la fase realizzativa, nonché durante quella gestoria, in cui la figura dello *sponsor* verrà meno per assumere i connotati di socio della SPV, di gestore, fornitore, cliente. Ciò che lega idealmente i due soggetti, quando la SPV verrà ad esistenza, potrebbe definirsi come un rapporto di "strumentalità necessaria", in cui ciascuno dei due soggetti trova nell'altro l'attuazione dei propri interessi, altrimenti non perseguibili: gli *sponsor* non potranno realizzare un'operazione di *project financing* senza la costituzione della società veicolo, e, al contempo, quest'ultima non potrà vedere la sua nascita e la sua operatività concreta e sostenibile senza l'intervento degli *sponsor*¹¹³.

La necessaria presenza della società veicolo, nonostante alcune posizioni dottrinali dissonanti¹¹⁴, emerge intrinsecamente dallo schema del *project financing* e, in particolare, dall'elemento caratterizzante tale istituto: l'isolamento giuridico del progetto, il c.d. *ring fence*¹¹⁵, che consiste nella separazione giuridica, finanziaria ed economica del progetto rispetto alle diverse ed ulteriori attività dei singoli *sponsor*¹¹⁶.

Infatti, la logica caratterizzante il *project financing* è il finanziamento dell'idea progettuale stessa e non della società che la realizza, giacché nessuna società sarebbe in grado di fornire sufficienti garanzie di solvibilità in ragione dell'elevato livello di indebitamento di cui gli imprenditori necessiterebbero e che risulterebbe, ad ogni modo, antieconomico¹¹⁷.

¹¹³ ORIANI, *Il project financing come architettura reticolare*, in FONTANA, CAROLI, SANDRI (a cura di), *Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio*, Roma, 2001.

¹¹⁴ PICCIRILLI, *Il project financing nello scenario giuridico italiano*, in *Impresa comm. e ind.*, 2002, 1571.

¹¹⁵ CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., 91 definisce il *ring fence* come situazione di isolamento reciproco tra i rischi e le responsabilità che fanno capo al progetto e quelli che fanno capo ai suoi *sponsor*.

¹¹⁶ SCANO, *Project financing. Società e impresa*, Milano, 2006, 49; MANGIALARDI, *La società progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, cit., 237; TOFFOLETTO, *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, cit., 71.

¹¹⁷ «Nel project financing l'impresa è il progetto nel senso che i due elementi coincidono»: così, CAPPELLINI, GATTI, *Il settore del project financing in Italia. Situazione attuale e prospettive future*, in *Economia e Management*, 1997, 70. Si v., inoltre, DABIZZI, *Il trust e il project financing*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 733; LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, cit., 88; LO CICERO, *Impresa, incertezza e investimenti. Dal Corporate al Project Financing*, cit., 44; CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, in *Riv. società*, 2003, 1043; PICCHI, *Il nuovo economics & business*, Milano, 1995, 1048; CASELLI,

La garanzia di questo schema di finanziamento è insita nell'idea, nella sua realizzabilità e nella sua potenziale produzione di *cash flows*: ne consegue che non vi sia miglior tutela per i finanziatori se non la possibilità di controllare e verificare la corretta gestione dell'affare, i costi dei contratti conclusi, il rispetto degli stessi, l'andamento delle entrate e la distribuzione degli utili. A tal fine, è necessario che non vi sia interferenza alcuna tra gli *sponsor*, i loro patrimoni privati e quelli delle eventuali loro attività imprenditoriali rispetto al progetto, in quanto la presenza di logiche debitorie in capo agli stessi altererebbe la fiducia che gli investitori possono riporre nel progetto da finanziare¹¹⁸. Il capitale finanziato da quest'ultimi, ovvero gli utili generati dal progetto potrebbero, infatti, essere aggrediti da eventuali creditori degli *sponsor*, inficiando la realizzabilità del progetto stesso ovvero le previsioni di rientro dell'esborso nella prima fase del progetto e di guadagno nelle fasi successive. Simili rischi costituirebbero, quindi, un disincentivo per gli investitori.

Del pari, gli elevati rischi connessi al progetto potrebbero disincentivare gli operatori commerciali ad assumere il ruolo di *sponsor* posto che il possibile fallimento del progetto potrebbe comportare il rischio che i creditori della SPV si soddisfino sui loro beni personali.

In sostanza, il *project financing*¹¹⁹ consente il seguente duplice risultato: in caso di fallimento del progetto, il finanziatore non potrà rivalersi su beni diversi da quelli di proprietà della società di progetto; simmetricamente, in caso di fallimento dello *sponsor* la società di progetto continuerà ad esistere perseguendo le proprie finalità.

Per raggiungere questa duplice tutela, lo schema del *project financing* prevede che sia, appunto, costituita una società *ad hoc*, la SPV, caratterizzata dal suo isolamento

GATTI, *Structured finance*, Springer, 2005, spec. 37 ss; CASTENASI, *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*, Firenze, 2008, spec. 9-11.

¹¹⁸ Si parla, al riguardo, di un'assimilazione al finanziamento destinato *ex art. 2447 decies*: sul punto, BARTELANA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 86; CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, cit., 995; ANDREANI, *Alcune note sul rapporto tra patrimoni destinati (art. 2447-bis e seguenti) e scelte di finanziamento delle imprese*, in *Impresa*, 2004, 3; SALAMONE, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.p.a. riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2005, 1; SALVO, *La destinazione del patrimonio ad uno specifico affare e la partecipazione a procedure di project financing: le ragioni del no*, in *Temi romana*, 2005, 84; NOCERA, *Fallimento e patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2007, 873; CAVALLARO, *Finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, *ivi*, 2009, 501; CUCCURU, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, in *Contr. e impr.*, 2009, 2.

¹¹⁹ RICCHI, *Project financing e Floating Charge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni e consistenza variabile e spossamento cooperativo*, in *Economia e dir. terziario*, 2005, 303.

giuridico (c.d. *ring fence*) in conseguenza del quale detta società veicolo risponde dei proprio debiti solo ed esclusivamente con il suo patrimonio, preservando, sotto diversi profili, sia gli *sponsor* sia gli investitori.

Tale isolamento trova concretamente attuazione attraverso il sistema dell'*off sheet balance*, in conseguenza del quale il bilancio della società veicolo si presenta come autonomo ed indipendente¹²⁰ da quello degli *sponsor*, permettendo, quindi, un pieno controllo dei *cash flow* e la possibilità per i finanziatori, attraverso meccanismi di conto corrente direttamente intestati alla SPV e vincolati a favore dei finanziatori (*escrow account*), di controllare e percepire tali flussi. Essi, come più volte ricordato, rappresentano l'oggetto valutativo dei finanziatori nelle fasi preliminari e, successivamente, la fonte primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio. La costituzione di una SPV consente, quindi, agli enti finanziatori l'applicazione di formule di controllo molto stringenti e l'imposizione di vincoli contrattuali e societari necessari alla strutturazione di un'operazione di *project financing* e al controllo qualitativo della gestione.

Non solo, dunque, la creazione di una società veicolo dotata di un'autonomia patrimoniale perfetta¹²¹ permette evitare commistioni tra i bilanci dei singoli *sponsor* e quelli del progetto; essa permette, altresì, una più chiara ed immediata individuazione degli utili derivanti dal progetto; e, ulteriormente, consente un controllo¹²² diretto da parte dei soci e degli investitori circa la correttezza della gestione del progetto, al buon esito del quale tutti i soggetti partecipanti hanno un interesse particolare, data la ripartizione tra gli stessi dei rischi ivi connessi.

In ragione di tali peculiari caratteristiche, simile schema di finanziamento, incentrato su ruolo atipico della società veicolo, può essere attuato esclusivamente attraverso il *non recourse* - o, al più il *limited recourse* - compatibile solo con le figure delle società di capitali¹²³ e non anche quelle di persone, caratterizzate dalla logica di *full*

¹²⁰ RUSSO, MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, cit., 33; SCANO, *Il finanziamento della società di progetto*, cit., 261; ZACCHEO, *La società di progetto*, cit., 125.

¹²¹ SARTORI, *Il project financing e la segregazione patrimoniale: profili economico-aziendali*, Roma, 2008, 74.

¹²² CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, cit., 995.

¹²³ RUSSO, *Il project financing*, cit., 33; TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., 233; TOFFOLETTO, *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, cit., 71.

recourse propria dei progetti di *corporate finance*¹²⁴.

Accertata la strumentalità necessaria tra *sponsor* e società veicolo, si pone, dunque, la questione del rapporto sussistente tra questi due soggetti posto che, come visto, gli *sponsor* rilevano solo nella fase di individuazione del progetto, in un momento, dunque, anteriore alla costituzione della SPV, per poi assumere nella stessa o in relazione ad essa ruoli diversi (soci, costruttori, gestori, consulenti...), così perdendo la primaria connotazione di *sponsor*. In senso tecnico, dunque, tra *sponsor* e società veicolo non sussiste un vincolo giuridico-contrattuale che li leghi.

Una volta raccolti i dati ed elaborati gli studi di fattibilità tecnica ed economico-finanziaria sulla base delle attività di consulenza, gli *sponsor* dovranno individuare dei soggetti finanziatori, cui sottoporre un *term sheet* dei lavori, un *information memorandum*¹²⁵ ed il progetto, al fine di ricevere il relativo capitale di *debt*, cioè proveniente da finanziatori esterni. Solo a ridosso del *financial close* troverà costituzione la società veicolo, ossia quando le condizioni sospensive previste nel *credit agreement* si saranno concretizzate, annoverandosi tra le stesse la predisposizione di tutta la documentazione necessaria per l'avvio del progetto (permessi ed autorizzazioni, contratti assicurativi, contratti di fornitura, di appalto, di gestione e manutenzione).

¹²⁴ LO CICERO, *Project vs Corporate Financing*, in *Rass. econ.*, 1996, 825; WYNANT, *Essential Elements of Project Financing*, cit., 166; PONTOLILLO, *Aspetti economico-istituzionali del project financing. Problematiche ed esperienze in Italia*, in FAZIO, ARCUTI, BIANCHI, KANEKO, PONTOLILLO, PONZELLINI, SAVONA, *Lezioni di finanza*, Milano, 2000, 73.

¹²⁵ Lo scopo dell'*information memorandum*, documento riepilogativo nel quale sono enumerate tutte le caratteristiche del progetto, è quello di rappresentare il progetto stesso nel suo complesso, descrivendo dunque accuratamente tutte le relazioni esistenti fra i diversi partecipanti all'operazione e il piano di fattibilità del progetto. Esso è volto a elaborare in modo analitico e coordinato il progetto in tutte le sue parti, definendo tutti i relativi aspetti economici, giuridici e finanziari al fine di promuovere il finanziamento del progetto ed ottenere fondi ai costi più bassi, nonché minimizzare la partecipazione al capitale di debito degli *sponsors*. L'*information memorandum*, dunque, deve indicare l'identità degli *sponsors* e la descrizione del progetto, così come ogni relativo dettaglio tecnico-operativo, ma soprattutto deve fornire un'analisi del mercato e un'analisi di fattibilità del progetto e di sensitività (quest'ultima diretta ad individuare le variabili critiche al progetto, assegnando alle stesse valori di massima e di minima, al fine di verificare quale potrebbe essere lo scostamento dei risultati economici a seconda dei cambiamenti che si potrebbero verificare). Dalla predetta documentazione emergono le prospettive di guadagno generate dai *cash flows* (modello di simulazione dell'andamento) e i connessi rischi (rischi generici, tra cui quelli politici, ambientali, tecnologici; rischi connessi alla fase di costruzione dell'opera; industriali, derivanti dalla fase operativa, quali: rischi di approvvigionamento o di fornitura derivanti dalla volatilità del prezzo dell'*input* necessario alla produzione ovvero della quantità e disponibile sul mercato inappropriate a soddisfare le esigenze dello SPV, ovvero il rischio di mercato derivante dalla volatilità della domanda dell'*output* in termini quantitativi e di prezzo ovvero ancora il rischio derivante dai livelli di produzione a regime dell'impianto; infine i rischi finanziari, quali il rischio di cambio e il rischio di tasso).

Ad ogni modo, posta la necessità della costituzione della SPV per la realizzazione dello schema di *project financing*, è di vitale importanza la redazione, ancor prima della presentazione del progetto ai potenziali finanziatori, dei cd. *shareholders agreements* (o *joint development agreements*), accordi tra i vari *sponsor* circa la successiva costituzione della società veicolo.

Detti accordi risulteranno essere l'unica fonte giuridica che lega gli *sponsor* alla SPV. Più correttamente, si tratta di previsioni attinenti al futuro sviluppo dell'operazione di *project financing* e, in particolare, disciplinanti la nascita della società veicolo, il conferimento di capitale nella stessa e la gestione, i requisiti necessari per esprimere l'esercizio del diritto di voto, la futura politica di distribuzione dei dividendi.

In ragione del loro contenuto articolato, si potrebbe, in un certo qual senso, parlare di una duplice valenza degli accordi in discorso.

Sotto un primo profilo, essi vincolano gli *sponsor* a quanto in essi previsto e cioè, *in primis*, alla costituzione della società veicolo. Detta previsione ben potrebbe qualificarsi come contratto preliminare di società. Già da tempo la giurisprudenza ne ammette pienamente la legittimità¹²⁶, prevedendo quale unico limite l'obbligo che il preliminare sia stipulato con atto pubblico *ad substantiam* ai sensi dell'art. 1351 c.c. comportando, diversamente, la nullità del contratto preliminare; forma che avrà, poi, anche l'atto di costituzione della società ai sensi dell'art. 2463 c.c., in ipotesi di società a responsabilità limitata; e ai sensi dell'art. 2328 c.c., in ipotesi di società per azioni. Ulteriormente, la Suprema Corte ha rilevato come, oltre all'obbligo di conclusione del definitivo, *il pactum de ineunda societate* debba altresì contenere una specifica predeterminazione degli elementi essenziali inerenti il tipo societario, a

¹²⁶ In giurisprudenza, vedi, per tutte, Cass., 20 aprile 1943, n. 937, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce «Obbl. e contr.», n. 39; App. Brescia, 3 giugno 1948, in *Foro pad.*, 1949, II, 1; Cass., 2 agosto 1950, n. 2310, in *Dir. falL.*, 1951, II, 195; in *Foro it.*, 1951, I, c. 451; in *Temi*, 1950, 521; in *Foro pad.* 1950, I, 1227; App. Napoli, 11 settembre 1951, in *Monitore tribunali*, 1952, 116; App. Milano, 20 luglio 1951, in *Foro it.*, 1951, I, c. 1153; Cass., 5 ottobre 1953, n. 3177, in *Foro it.*, 1954, I, c. 459; Cass., 28 novembre 1969, n. 3839, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1222; in *Dir. falL.*, 1970, II, 434; Trib. Cuneo, 15 dicembre 1970, in *Foro pad.*, 1951, I, 417; Cass., 11 aprile 1975, n. 1365, in *Foro it.*, 1976, I, c. 175; in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1598; Cass., 6 gennaio 1981, n. 47, in *Riv. notariato*, 1981, 680; Cass., 30 marzo 1982, n. 1990, in *Giur. comm.*, 1982, II, 575; Cass., 28 gennaio 1986, n. 550, in *Foro pad.*, 1987, I, 57; in *Soc.*, 1986, 511; Cass. 18 gennaio 1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1214. In dottrina si v., *ex pluribus*, GALGANO, *Le società di persone: società in genere, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 1972, spec. 144; BORGIOLO, *Il contenuto del preliminare di società*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 544.

pena di nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto¹²⁷.

Mentre, infatti, residuano, ad oggi, alcuni contrasti dottrinali circa l'ammissibilità del preliminare di contratti reali¹²⁸, ogni dubbio è, invece, stato superato in relazione al riconoscimento del preliminare di società.

Permane, invece, una discussione sulla possibilità di agire ai sensi dell'art. 2932 c.c. ai fini di ottenere una pronuncia costitutiva¹²⁹, ovvero, secondo una parte minoritaria della dottrina, una pronuncia avente carattere di esecuzione forzata in forma specifica¹³⁰ dell'obbligazione da parte del giudice nell'ipotesi in cui uno o più soci siano inadempienti rispetto all'obbligo di costituzione della società stessa.

Da chi nega l'esperibilità di tale rimedio, è stato osservato come due appaiano essere gli argomenti insuperabili: da un lato, l'assenza di *affectio societatis*, elemento costitutivo del contratto di società e non sostituibile con una pronuncia giudiziale¹³¹; dall'altro, l'impossibilità di ricorrere all'art. 2932 c.c.¹³² in assenza, come nel caso di specie, di un contratto a prestazioni corrispettive.

Per contro, è stato rilevato come nessuno dei predetti argomenti appaia dirimente, in

¹²⁷ Cass., 18 giugno 2008, n. 16597, in *Riv. notariato*, 2009, 225. Un orientamento più datato ed ormai superato ammetteva, invece, che, pur richiedendo il contratto "*de ineunda societate*", un contenuto minimo, dato dall'obbligo di stipulare il contratto definitivo di società e dalla predeterminazione degli elementi essenziali caratterizzanti il tipo di società prescelto, questi fossero integrabili alla stregua del principio ermeneutico per cui, in mancanza di precisi dati di identificazione del tipo di società, si potesse fare riferimento all'organizzazione societaria più elementare e, quindi, ove l'oggetto fosse commerciale, alla società in nome collettivo. Così Cass., 6 gennaio 1981, n. 47, *Riv. notariato*, 1981, 680 e Cass., 1 giugno 1985, n. 3389, *ivi*, 1986, 940, nonché Trib. Roma, 18 maggio 1979, in *Giur. comm.*, 1982, II, 544 secondo cui: «il contratto preliminare di società che impegni genericamente i contraenti a costituire una società commerciale, senza indicarne il tipo, mancando della specificazione di un elemento essenziale del contratto definitivo, ha un oggetto indeterminato ed indeterminabile ed è quindi affetto da una nullità radicale rilevabile d'ufficio».

Per un approfondimento, in dottrina, si v. SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 662; ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 321; SPATAZZA, *Preliminare di società irregolare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, 258.

¹²⁸ L'argomentazione su cui si basano le perplessità è legata all'impossibilità di ottenere la sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., non in grado, intrinsecamente, di sostituirsi alla consegna del bene in caso di inadempimento da parte del soggetto onerato. Si v. PIAGGIO, *Condizioni di validità del pactum de ineunda societate*, in *Soc.*, 2002, 340.

¹²⁹ CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in ID, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 101.

¹³⁰ CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1931, spec. 213-240; MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, XX, Tutela dei diritti*, II, Torino, 1998, 189.

¹³¹ GRECO, *La società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, 89; RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 74; BORGIOLO, *Il contratto preliminare di società*, cit., 445.

¹³² ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, XVI, Impresa e lavoro*, II, Torino, 1985, 277; ID., *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, cit., 321.

quanto in ogni applicazione dell'art. 2932 c.c. vi è una "sostituzione" della volontà delle parti contrattuali con la sentenza emessa dal giudice, ed il dato letterale della portata normativa in discussione non pone alcun limite alla sua applicabilità ai contratti che non siano sinallagmatici¹³³, risultando dunque pienamente applicabile tanto ai preliminari di contratto ad effetti obbligatori quanto ad effetti reali¹³⁴. Sebbene in dottrina taluno si sia espresso nel senso di ritenere ammissibile l'esecuzione in forma specifica per i soli contratti preliminari ad effetti traslativi¹³⁵, tuttavia la giurisprudenza ne ha ritenuto l'applicabilità in modo estensivo¹³⁶.

Sotto altro profilo, lo *shareholders agreement*, prevedendo che gli *sponsor* versino una precisa quota di quel capitale che costituirà l'*equity* della società veicolo (o che, con riferimento agli *sponsor* che rivestiranno la qualifica di fornitore, costruttore, gestore, acquirente, concludano i successivi contratti), potrebbe essere dogmaticamente qualificato come patto parasociale¹³⁷ o, meglio, pre-sociale¹³⁸, riconducibile entro le maglie del contratto a favore di terzi.

Sebbene non specificatamente sul punto, la Cassazione¹³⁹ si è pronunciata più volte in favore di una simile ricostruzione dogmatica, sia nelle ipotesi più generali di patti parasociali in senso stretto, sia con riferimento a contratti preliminare di società, che prevedevano in capo ai futuri soci l'obbligo del successivo trasferimento immobiliare o di capitali a favore del costituendo soggetto giuridico.

Configurandosi l'accordo quale contratto a favore del terzo *ex art.* 1411 c.c., i soci sarebbero, ciascuno con riferimento al rispettivo conferimento, promittenti nonché stipulanti rispetto ai conferimenti degli altri soci conferenti, ove terzo sarebbe la

¹³³ GABRIELLI, FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 10; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1988, 156; RAGAZZINI, *Contratto preliminare di società ed esecuzione in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 61; DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2008, 196. In giurisprudenza, si veda Cass., 2 agosto 1950, n. 2310, in *Foro it.*, 1951, I, c. 451 e Cass., 3 gennaio 1970, n. 8, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1223.

¹³⁴ BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, FERRUCCI (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, VI, Torino, 1980, 197-387; MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953.

¹³⁵ GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 64; SATTA, *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, Torino, 1963, 4.

¹³⁶ Cass., 3 gennaio 1970, n. 8, cit.; Cass., 15 dicembre 1975, n. 4113, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2684.

¹³⁷ Per tutti, RORDOFF, *I patti parasociali*, in GIACOBBE (a cura di), *Scritti in onore di Vittorio SgROI*, Milano, 2008, 499.

¹³⁸ SCUCCIMARRA, *Gli elementi essenziali del contratto preliminare*, in *Imm. e proprietà*, 2010, 243.

¹³⁹ Cass., 13 giugno 1984, n. 3534, in *Dir. Fall.*, 1984, II, 694; Trib. Roma, 11 febbraio 1995, in *Soc.*, 1995, 964.

società conferitaria.

Partendo dagli approdi giurisprudenziali che ammettono la designazione del terzo anche tramite identificazione successiva purché non generica, il principio per cui il contratto a favore di terzo può essere stipulato anche a beneficio di un soggetto futuro è stato applicato proprio alle ipotesi di società da costituirsi¹⁴⁰. Il terzo, infatti, non deve essere necessariamente determinato al momento della conclusione del contratto né già esistente, essendo sufficiente che lo stesso sia determinabile, come nelle ipotesi del nascituro o della persona giuridica *in fieri*¹⁴¹.

Calando tale riflessione nell'ipotesi di *project financing*, la SPV, soggetto terzo nello schema proposto, sarebbe beneficiaria delle prestazioni pattuite da parte degli *sponsor* e, in virtù del particolare schema contrattuale di cui si discorre, sarebbe legittimata ad agire direttamente nei confronti dello *sponsor* promittente ed inadempiente al fine di ottenere la prestazione prevista e disciplinata dall'*agreement*. L'applicazione di detto schema all'ipotesi in esame legittimerebbe, dunque, una volta costituita, la sussistenza di un diritto autonomo della SPV rispetto a quello degli stipulanti, esercitabile anche in via diretta contro i promittenti inadempienti rispetto all'obbligo di conferimento del capitale.

La validità della stipulazione troverebbe fondamento nella sussistenza dell'interesse in capo agli stipulanti alla realizzazione dell'opera di *project financing* e, quindi, al corretto funzionamento della SPV, ivi inclusa l'erogazione dell'*equity* nella percentuale pattuita dagli *sponsor*: un minore conferimento di *equity* comporterebbe alterazioni nell'equilibrio *equity/debt*, oggetto di valutazione da parte dei

¹⁴⁰ TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992, 1132; GALGANO, *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza, 2008, 1318.

¹⁴¹ Cass., 28 novembre 1958, n. 3808, in *Giur. it.* 1959, I, 1, 1338; in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, 162, con nota di WEILLER, *Riferibilità alla società degli atti compiuti dagli amministratori prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*; Cass., 30 marzo 1982, n. 1990, cit.; Cass., 6 luglio 1983, n. 4562, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2589; Cass. 21 novembre 2008, n. 27624, in *Corriere trib.*, 2009, 333, con nota di CENTORE, *Soggettività passiva e detrazione dell'IVA per società neocostituite*. Con specifico riferimento alla società costituenda si veda Cass., 28 aprile 1989, n. 1993, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce «Contratto in genere», n. 325, in cui si legge che «stante il carattere generale del contratto a favore del terzo ex art. 1411 c.c., è ammissibile la stipulazione di un contratto preliminare a favore di un terzo, non ostandovi né la mancata corrispondenza tra il soggetto che si impegna e quello che ha diritto di avvalersi dell'esecuzione ex art. 2932 c.c., né la circostanza che il terzo non sia determinato, purché determinabile, talché la prestazione può essere prevista anche a beneficio di un soggetto non ancora giuridicamente esistente, quale una società da costituirsi su iniziativa degli stessi contraenti, che viene ad acquisire i diritti derivanti dal contratto medesimo solo al momento della costituzione». In dottrina, dettagliatamente, si v. FUSARO, *Contratto e terzi*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, III, in COSTANZA (a cura di), *Effetti*, Milano, 2006, 180, nonché, FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, spec. 1631 ss.

finanziatori, compromettendo il buon esito dell'intera operazione.

L'interesse dello stipulante, elemento richiesto dall'art. 1411 c.c., sia esso patrimoniale, ovvero morale (*causa solvendi* ovvero *causa donandi*)¹⁴² costituisce la giustificazione causale *ex* 1322 c.c. del trasferimento del diritto in capo al terzo.

Tale giustificazione patrimoniale, generalmente rinvenuta in un precedente rapporto tra il soggetto stipulante e soggetto promittente, ovvero in un puro spirito di liberalità dello stipulante, nel caso di specie dovrebbe rinvenirsi in un rapporto *in fieri* che si innesta nella più ampia operazione economica che gli *sponsor* si apprestano ad avviare. Detto rapporto deve leggersi, dunque, nel complesso del quadro economico-finanziario in cui si inserisce, non legittimando quindi una lettura dell'attribuzione in favore del terzo come "autonoma" rispetto al rapporto stipulante/terzo. La stipulazione in favore della società veicolo trova, infatti, giustificazione nell'interesse dello *sponsor* stipulante¹⁴³ alla realizzazione e all'operatività della SPV, scopo per il quale il conferimento di *equity* da parte del promittente risulta essere necessario. E, a conferma dell'articolato interesse degli *sponsor* stipulanti, deve rilevarsi come gli stessi vogliano specificatamente attribuire alla società il diritto di esigere una determinata prestazione prevista a loro carico, ciascuno per il proprio importo, e non disciplinare meramente regole comportamentali con valenza esclusivamente *inter partes*, in cui si ammetta la possibilità di modificare o revocare gli accordi previsti. Proprio per il particolare reticolato contrattuale che compone il *project financing*, ipotizzare la possibilità per gli *sponsor* di modificare le relative partecipazioni ed i relativi impegni nei confronti della SPV, vorrebbe dire mettere in discussione la realizzabilità ed il buon esito dell'intero progetto, in quanto anche l'accordo tra gli *sponsor* relativo al finanziamento del capitale di *equity* risulta essere tra i contratti che gli istituti di credito valutano ai fini della valutazione circa l'affidabilità del progetto. Così, il venir meno di uno *sponsor* e la relativa alterazione del rapporto percentuale tra *debt* ed *equity*, come si avrà meglio modo di illustrare a breve analizzando il contratto di finanziamento intercorrente tra i finanziatori e la SPV,

¹⁴² FUSARO, op. ult. cit., 185 ss.

¹⁴³ IANNI, *Effetti verso i terzi*, in VIOLA (a cura di), *Il contratto*, I, Padova, 2009, 652 ss e, per un approfondimento sulla causa del contratto a favore di terzo, ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 2004, 41; FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, 119; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 582.

potrebbe indurre gli istituti di credito a non finanziare l'operazione.

Proprio in un simile quadro ricostruttivo emerge, dunque, ancora con maggior evidenza, come si debba superare la restrittiva concezione di *causa solvendi* o *causa donandi* del contratto a favore di terzi, risultando evidente come una concezione ampia e flessibile di entrambe le cause attributive possa risultare compatibile con il contesto societario¹⁴⁴. La flessibilità del contratto a favore di terzo, infatti, non consente di individuare una rigida categoria di interessi da porre a giustificazione dell'attribuzione al terzo e, anzi, consente di porre a fondamento del contratto stesso un interesse anche di carattere patrimoniale più generico ed intrinseco nell'ampia operazione di *project financing*.

5.3. Il rapporto tra società veicolo e Pubblica Amministrazione

Sebbene non si previsto un preciso momento di costituzione della SPV, essa generalmente viene ad esistenza dopo l'aggiudicazione del contratto di concessione con la Pubblica Amministrazione e subentra nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione¹⁴⁵.

Per effetto di tale subentro, che per espressa previsione normativa non costituisce cessione del contratto, la società di progetto sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente.

Il contratto di concessione stabilisce, inoltre, le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, prevenendo, ad ogni modo, che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla

¹⁴⁴ FUSARO, op. ult. cit., 185 ss.

¹⁴⁵ Così, l'art. 156 Codice dei Contratti Pubblici, il quale afferma che l'aggiudicatario ha la facoltà (si noti che non dovrebbe parlarsi di mera facoltà stante la necessaria presenza della società veicolo ai fini della sussistenza di uno schema di *project financing*, configurandosi, in sua assenza, un mero rapporto contrattuale governato dalle ordinarie regole di *corporate finance*), dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile e che la società così costituita diventa concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione senza che, tuttavia, si configuri cessione di contratto.

L'articolo in questione conclude precisando che il bando di gara può prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario ma, come poco sopra sottolineato, tale "obbligo" dovrebbe costituire la regola nelle operazioni di finanza di progetto.

data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

A seconda delle specifiche esigenze, il rapporto tra la società progetto e la Pubblica Amministrazione assume dei connotati specifici¹⁴⁶.

L'accordo più frequente viene denominato *Build-Operate-Transfer* (BOT)¹⁴⁷: esso prevede l'affidamento della realizzazione dell'opera alla società progetto, che provvederà a sfruttare economicamente quanto realizzato per tutto l'arco temporale della concessione, termine entro il quale la stessa dovrà rientrare dei costi sopportati e rimborsare i finanziamenti ricevuti¹⁴⁸. Al termine di tale periodo, la proprietà dell'opera viene normalmente trasferita all'ente pubblico, che potrà poi direttamente gestire la struttura o il servizio realizzato; affidare l'incarico ad un'impresa specializzata e individuata tramite bando di gara; rinnovare il contratto di concessione con la SPV; o, infine, decidere di alienare il tutto.

Il diverso schema *Build-Operate-Own* (BOO)¹⁴⁹ prevede, invece, una durata del rapporto concessorio pari a quello della vita economica dell'opera, ovvero un preciso termine, decorso il quale è possibile che il contratto di concessione venga rinnovato. In tale ultima ipotesi, il titolo legale acquisitivo della proprietà rimane in capo alla SPV e non è previsto alcun obbligo per il settore pubblico di acquistare la titolarità dell'opera.

Sostanzialmente, nello schema BOO il concessionario realizza l'opera che poi gestirà per conto della Pubblica Amministrazione e, decorso il periodo pattuito contrattualmente necessario per il rientro dei costi sostenuti dalla SPV, la stessa mantiene la titolarità del progetto e il rischio operativo, salvo che la Pubblica Amministrazione, attraverso l'esercizio del diritto di opzione previsto contrattualmente, non decida un'estensione del contratto di concessione,

¹⁴⁶ Per una panoramica si v. TOTARO, *Il project financing*, in CUFFARO (diretto da), in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005, 396; SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, cit., 40.

¹⁴⁷ SAPTE, *Project Finance: The Guide to Financing Build-Operate-Transfer Projects*, Euromoney Institutional Investor PLC, London, 1997; TERRIBILE, *L'azione dell'UNCITRAL in materia di Build-Operate-Transfer project financing*, in *Dir. commercio internaz.*, 1995, 361; COHEN, *Concessioni in BOT e strutture disaggregate (undbunded) nel Project Financing per infrastrutture*, in *Economia e dir. terziario.*, 2005, 232; MISCALI, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, cit., 88; ROBINSON, *The Build, Own, and Transfer Model for International Projects in Emerging Markets*, in *Int. Law Quat.*, 1996, 126.

¹⁴⁸ WALKER, *Privatized Infrastructure: the Build Operate Transfer Approach*, Thomas Telford, 1995, 258; MISHRA, SOOTA, *Modern Project Management*, New Delhi, 2006, 234.

¹⁴⁹ BULJEVICH, PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, cit., spec. 215; CAROLI, *Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio*, Roma, 2001, 27.

La sottocategoria degli accordi *Build-Operate-Own-Transfer* (BOOT)¹⁵⁰ differisce dai precedenti due modelli, rappresentando una commistione degli stessi: il periodo di concessione è considerevolmente lungo e al termine la proprietà viene trasferita in capo all'ente pubblico. Tale strumento consente agli Stati di riunire insieme progettazione e costruzione, finanziamento, gestione e manutenzione e, potenzialmente, marketing e gestione della clientela/utenza, affidandoli ad un unico "fornitore di servizi" privato. Decorso il periodo di concessione, il bene diverrà poi di proprietà della Pubblica Amministrazione, a fronte di un costo irrisorio.

Lo schema *Build Transfer Operate* (BTO) è un modello simile al modello BOT ma, a differenza di quest'ultimo, il trasferimento della proprietà dell'opera al soggetto pubblico avviene nel momento in cui la costruzione è stata completata (e non al termine del periodo di concessione). Il concessionario costruisce un impianto che diviene immediatamente di proprietà del soggetto pubblico, ma continua a gestirlo per conto di quest'ultimo sulla base di un contratto di gestione. Si tratta, quindi, genericamente di schemi in cui il *partner* privato progetta e costruisce una struttura e provvede poi a renderla funzionale con l'impegno di trasferirne la relativa proprietà alla Pubblica Amministrazione, salvo gli adattamenti contrattuali del caso di specie.

A fianco di queste tipologie contrattuali, incentrate sul contratto di concessione e sul trasferimento dell'opera, vi sono altri schemi contrattuali, nei quali appaiano centrali i contratti di *leasing* o di locazione, a conferma della descritta compatibilità del *project financing* con altre forme contrattuali¹⁵¹. Oltre a progetti di finanza che vedono quale obiettivo dell'operazione la progettazione e la costruzione *ex novo* di un'opera o di un servizio, sussistono, infatti, anche schemi operativi volti al ripristino o alla valorizzazione di opere o servizi già esistenti, che ben si attagliano alle diverse forme contrattuali menzionate. Ad esempio, il *Buy Build Operate* (BBO) è uno schema operativo compatibile tanto con la vendita di attività quanto con il contratto di *leasing*, volto ad una riabilitazione o ad un ampliamento di un impianto già esistente. L'amministrazione pubblica, quindi, vende il bene o lo concede *in leasing* al privato, che realizza i miglioramenti necessari per far funzionare l'impianto in

¹⁵⁰ CARIOLA, *I progetti di investimento per lo sviluppo dei sistemi locali di imprese*, Padova, 2001, 82, il quale offre una completa ricostruzione dei modelli contrattuali in oggetto.

¹⁵¹ BELLANTE, *La logica del project financing nella gestione dei servizi di pubblica utilità*, in *Sinergie*, 2003, 300.

maniera redditizia; il *Lease Own Operate* (LOO)¹⁵², simile al modello BOO, presuppone l'esistenza di un bene che necessiti di lavori di ristrutturazione o di ampliamento e che viene, al tal fine, concesso in locazione da parte della PA per un periodo di tempo specificato. Si tratta, quindi, di ipotesi in cui, a fronte dell'acquisto o della concessione in *leasing* di una struttura esistente, l'intervento del privato è volto all'ammodernamento, al rinnovamento e alla resa funzionale.

Analogamente, anche gli accordi *Rehabilitate-Operate-Leaseback* (ROL) implicano la ristrutturazione di opere di proprietà pubblica già esistenti, nonché la loro gestione per un periodo di tempo determinato, con l'obbligo di restituzione all'ente pubblico con una procedura di *leaseback*.

Inoltre, uno schema quasi completamente assente nel panorama italiano, ma utilizzato all'estero per incentivare il *project financing* nelle opere c.d. fredde, è il *Build Lease Transfer* (BLT)¹⁵³, in cui il concessionario costruisce un impianto e successivamente loca la parte operativa del contratto alla Pubblica Amministrazione, trasferendo alla stessa il diritto di proprietà al termine del contratto, ovvero, nella variante *Build Own Lease Transfer* (BOLT), il concessionario provvede anche alla gestione.

Il *Build Lease Operate Transfer* (BLOT) prevede, invece, che il privato finanzi e costruisca un'opera sul suolo pubblico nell'ambito di un contratto di locazione a lungo termine e che gestisca la struttura per tutta la durata del contratto di locazione, con successivo trasferimento della nuova struttura per il settore pubblico al termine del periodo di locazione.

E ancora, gli accordi *Build-Lease-Transfer* (BLT) implicano un contratto di *leasing* per cui l'ente pubblico resta proprietario dell'opera, ma ne concede una locazione associata ad un diritto di gestione e sfruttamento a fronte di un canone periodico. Il contratto ha tempo determinato e al termine dello stesso l'opera può essere anche acquistata definitivamente dal locatario sotto pagamento di un prezzo di riscatto predeterminato.

A fianco dei molteplici modelli in cui il privato fornisce sia la progettazione sia la costruzione di un progetto, si possono inoltre menzionare ipotesi in cui lo stesso è

¹⁵² CUZZOLA, PETRULLI, *Le fonti di finanziamento degli enti locali*, Macerata, 2005, 124.

¹⁵³ TAMAROWSKI, *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, Milano, 2001, 21.

chiamato ad occuparsi anche della manutenzione della struttura per un dato periodo di tempo, ovvero ancora a gestire progettazione, costruzione ed anche gestione, ben potendosi, quindi, come già sostenuto, ritenere applicabile gli schema contrattuali di *global service*, disponibilità e affidamento a contraente generale, ovvero ancora di *leasing* al *project financing*.

5.4. Il rapporto tra società veicolo e finanziatori

Si è visto come il *project financing* si basi sulla sua capacità di attrarre capitale proveniente da soggetti esterni che finanziano l'idea di progetto (c.d. capitale di *debt*), non essendo il capitale proveniente dai futuri soci (c.d. capitale di *equity*), sufficiente per sostenere la realizzazione dell'opera.

Il rapporto tra l'*equity* e il *debt* rappresenta un gioco di equilibri fra gli interessi dei finanziatori e quelli dei promotori del progetto¹⁵⁴: mentre i primi vorrebbero il conferimento di un'elevata quota di *equity*, i promotori vorrebbero usufruire maggiormente del ricorso al *debt*.

Il conferimento di *equity* risulta, peraltro, di fondamentale importanza: utilizzato per finanziare la progettazione dell'operazione nelle fasi iniziali, esso determina la parte di rischio supportata dai soci della SPV, costituendo, quindi, un indicatore di fiducia riposta dai soci medesimi nel progetto anche agli occhi dei finanziatori esterni.

In una posizione intermedia tra capitale di debito e di rischio si collocano altre forme di finanziamento, definite strumenti ibridi, quali il debito subordinato e il debito mezzanino.

Il primo¹⁵⁵ consiste in una forma di debito assimilabile al capitale versato dagli *sponsor*, il cui rimborso è postergato a tutte le tipologie di finanziamento non *equity* e, dunque, privilegiato solo rispetto all'*equity* stesso; il secondo¹⁵⁶ consiste in una forma di debito anch'essa subordinata, ma generalmente proveniente da una cerchia

¹⁵⁴ CAPASSO, *Finanza di progetto. Risorse pubbliche e private per la realizzazione delle opere di pubblica utilità*, Milano, 2002, 54 ss.

¹⁵⁵ CAPRIGLIONE, MEZZACAPO, *Evoluzione del sistema finanziario italiano e attività di merchant banking*, in *Bancaria*, 1985, 419; CAPUTO NASSETTI, *Del debito subordinato delle banche*, in *Dir. commercio internaz.*, 2003, 237.

¹⁵⁶ WILLIS, CLARK, *An Introduction to Mezzanine Finance and Private Equity*, in *Jour. Applied Corp. Finance*, 1989, 77.

di investitori professionali esterni alla compagine sociale della SPV e caratterizzato da una postergazione limitata a determinate tipologie di debito.

Sebbene la redditività di tali strumenti finanziari sia proporzionale al grado di postergazione e, quindi, al grado di rischio assunto, essi possono essere preferiti¹⁵⁷ dagli investitori con un alto profilo di rischio rispetto all'*equity* in quanto, a differenza dei dividendi, il pagamento degli interessi è prestabilito e segue un piano specifico legato alla capacità dei *cash flows*.

Il capitale di debito è la fonte di finanziamento contrattualmente pattuita nel *credit agreement*, ovvero nel contratto principale che disciplina i rapporti fra banche finanziatrici e SPV.

Le banche, in particolare, possono offrire servizi di consulenza legati all'attività di *advisoring*, ovvero servizi di finanziamento: entrambe le funzioni svolte dagli istituti di credito risultano necessarie ai fini del perfezionamento del contratto di finanziamento in favore della SPV. In prima battuta, l'*advisor* esegue un'analisi tecnica del progetto, volta allo studio della tecnologia utilizzata, del mercato di riferimento, dei potenziali *competitors*, dei costi connessi alla realizzazione del progetto e tutti quei fattori che possono influenzare l'esito dell'operazione, redigendo quindi la *due diligence*, il modello economico-finanziario dell'operazione e la loro *sensitivity analysis*¹⁵⁸. Il predetto studio, unitamente ad un'analisi degli aspetti tecnici e giuridici, consente di stabilire il rapporto ottimale tra capitale di *equity* e di *debt*, indicando anche le tipologie di strumenti finanziari più opportuni tra quelli di provenienza esterna (prestito c.d. *senior*; obbligazioni, *futures*, *options*, *forward*..) e le modalità di reperimento del capitale sul mercato. Stabilito il *bet to equity ratio*, l'istituto procede dunque con la stesura dell'*information memorandum*, ovvero sia del documento che rappresenta il progetto verso gli altri partecipanti all'operazione¹⁵⁹ e alla predisposizione di un *term sheet*, in cui vengono indicate le condizioni del prestito.

Al concreto reperimento dei finanziamenti provvedono gli istituti bancari che ricoprono il c.d. ruolo di *arranger* e che non dovrebbero coincidere con gli istituti

¹⁵⁷ DE ANGELI, *Il mezzanine finance: profili tecnici e giuridici*, Milano, 2008.

¹⁵⁸ ROSSI, *I criteri di valutazione finanziaria del Project*, in *Finanza loc.*, 2005, 13.

¹⁵⁹ MASERA, *Il ruolo e gli attuali orientamenti delle banche italiane: il project financing come nuova area di business: aspetti normativi del project financing*, in AA. VV., *Il rilancio degli investimenti pubblici attraverso l'utilizzo dei capitali privati. Il project financing*, Milano, 1998.

aventi ruolo di *advisor* nel progetto o con controllate o partecipate degli stessi. L'attività di *arranging* è volta all'ottenimento del mandato del prestatore di fondi (la società di progetto) a strutturare e gestire il contratto di finanziamento e consiste nella successiva contrattazione con *sponsors* e *advisors* relativamente a costi e condizioni contrattuali del finanziamento, per poi rivolgersi al mercato nella ricerca di operatori interessati al finanziamento del progetto.

Ricevuto il mandato da parte degli *sponsor* all'emissione vera e propria del prestito, l'*arranger* provvede ad organizzare un prestito sindacato, c.d. *syndicated loan*¹⁶⁰. Individuate una serie di banche potenzialmente interessate a partecipare all'operazione, sottopone alle stesse l'*information memorandum*, negoziando gli aspetti legali in vista della sottoscrizione del *credit agreement*.

Solitamente, l'*arranger*, tramite la sottoscrizione di un'apposita clausola *fully underwritten*¹⁶¹, assume su di sé l'impegno di erogare le quote del prestito non collocate sul mercato. Una simile pattuizione offre una doppia tutela: da un lato il mercato sarà assicurato circa la fattibilità del progetto e più propenso all'investimento, rappresentando una simile clausola il livello di fiducia da parte dell'*arranger* nel progetto; al contempo, la SPV si vede garantita nell'erogazione del capitale necessario per la bancabilità del progetto. Una simile pattuizione potrebbe costituire una promessa per il fatto del terzo¹⁶²: l'*arranger*, ovvero il promittente, assume l'impegno nei confronti della SPV, il promissario, circa il compimento da parte di un altro soggetto o di altri soggetti, le banche e più genericamente gli investitori, di una determinata condotta, consistente nell'erogazione del capitale di *debt* a favore della SPV¹⁶³. Ai sensi dell'art. 1381 c.c., in forza del quale il

¹⁶⁰ RUSSO, *Le vicende negoziali nella finanza di progetto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 418.

¹⁶¹ CORRADO, *L'Appalto pubblico di lavori, forniture e servizi: rassegna e analisi di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Milano, 2004, 342; FALINI, *Project financing. Vincoli e opportunità nel settore sanitario*, Milano, 2009, 78; SAMBRI, *Project financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2013, 484.

¹⁶² MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 333.

¹⁶³ Circa la ricostruzione della promessa del fatto del terzo in termini di garanzia, si v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI, (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, 2, Torino, 1950, 563 ss.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 44; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in genere*, in GROSSO, SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 1966, 200; GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 276; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1975, 437.

Tale promessa, infatti, comporterebbe l'assunzione del rischio da parte del promittente, che si obbliga ad una prestazione di "sicurezza" nei confronti del promissario, sopportando il rischio che il terzo non tenga il comportamento indicato.

promittente è tenuto ad indennizzare l'altro contraente se il terzo rifiuta di obbligarsi ovvero non compie il fatto promesso, nell'ipotesi in cui il terzo non pone in essere la condotta oggetto della promessa, deriva, secondo la dottrina prevalente, l'obbligo del promittente di rivalere il promissario.

Restando del tutto irrilevanti le ragioni del mancato raggiungimento del risultato promesso, l'*arranger* deve, dunque, indennizzare la SPV¹⁶⁴.

Tale figura dogmatica si comporrebbe di due profili¹⁶⁵: l'uno relativo alla garanzia del promittente circa l'ottenimento del risultato promesso, il cui mancato raggiungimento produrrebbe un diritto all'indennizzo da parte del promissario; l'altro relativo all'obbligazione di *facere*, consistente in una idonea condotta attiva affinché il terzo ponga in essere la condotta promessa.

Tuttavia, mentre per quanto attiene il profilo dell'obbligazione del promittente in senso stretto, un suo inadempimento legittima il promissario al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c., trattandosi del contenuto obbligatorio del rapporto contrattuale; diversamente la mancata adesione del terzo ad intrattenere la condotta sperata e promessa, non potendo costituire un contenuto obbligatorio in senso stretto tra promittente e promissario¹⁶⁶, posto che *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*, genererebbe un più generico diritto all'indennizzo¹⁶⁷, da commisurarsi all'utilità non conseguita dal promissario.

Poiché, dunque, il promissario non potrebbe agire nei confronti del promittente per ottenere l'esecuzione in forma specifica¹⁶⁸, residuerebbe un profilo di non facile soluzione circa il dovere dell'*arranger* di fornire proprio l'esatta prestazione che i

¹⁶⁴ Cass., 11 novembre 1992, n.12118, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2179; in *Giur. it.*, 1993, I, 1463.

¹⁶⁵ MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Digesto civ.*, Torino, 1997, 386; SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano, 1955, *passim*; CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 563 ss.; ALCARO, *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 70.

¹⁶⁶ *Contra* DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1970, 224; FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, 123, secondo i quali si tratta di inadempimento contrattuale vero e proprio, legittimando quindi il risarcimento del danno.

In giurisprudenza, v. Cass., 16 novembre 1981, n. 6071, in *Arch. civ.*, 1982, 476; Cass., 10 febbraio 1984, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3383.

¹⁶⁷ PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1248; ONOFRI, *Indennizzo da promessa del fatto del terzo*, in *Corr. giur.*, 1992, 563; FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1062; LEO, *La promessa del fatto del terzo tra indennizzo e risarcimento*, in *Contr.*, 2003, 977. In giurisprudenza, *ex pluribus*, v. Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Contratto in genere», n. 182, nonché Cass. 5 settembre 1997, n. 8614, in *Studium iuris*, 1998, 190.

¹⁶⁸ Cass., 25 febbraio 1987, n. 1991, in *Giust. civ. mass.*, 1987, 552. In dottrina, si v. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, II, Milano, 2013, 509.

terzi non hanno compiuto.

Più correttamente, dunque, secondo il profilo ricostruttivo in analisi, la SPV non avrebbe diritto ad ottenere da parte dell'*arranger* l'erogazione dell'intero importo di finanziamento pattuito, ma non versato dai terzi, quanto un mero indennizzo, con le connesse difficoltà probatorie in capo alla SPV stessa ed il relativo dispendio di tempo, che potrebbe anche compromettere il buon esito del progetto.

L'apposizione, nella prassi commerciale, di apposite clausole che quantifichino a monte l'importo dell'indennizzo dovuto da parte dell'*arranger*¹⁶⁹, corrispondente alla quota di finanziamento non erogata dalle banche terze, appare sintomatico della non perfetta coincidenza dello schema contrattuale attuato rispetto alla categoria dogmatica della promessa del fatto del terzo.

Più correttamente, dovrebbe allora discorrersi di contratto per persona da nominare¹⁷⁰.

Ai sensi dell'art. 1401 c.c., al momento della conclusione di un contratto, una parte, l'*arranger*, può riservarsi la facoltà di nominare la persona nella cui sfera giuridica il negozio deve produrre effetti.

In mancanza dell'individuazione di qualsivoglia banca investitrice, il soggetto obbligato all'erogazione del finanziamento sarà l'*arranger*, in quanto soggetto che ha stipulato il contratto riservandosi di fare la dichiarazione di comando senza poi darvi seguito; ove, invece, individuerà una serie di finanziatori, saranno essi stessi quell'*incertam personam* che verrà nominata, non comparando affatto l'*arranger*; ovvero ancora, tra i soggetti nominati potranno figurarvi contestualmente *arranger* e nuovi finanziatori, ciascuno per la rispettiva quota.

Un simile schema contrattuale conferisce all'*arranger* la facoltà di nominare un soggetto al quale imputare direttamente gli effetti della stipulazione, ma al contempo,

¹⁶⁹ F. MONTANI, Project financing. *Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., 158.

¹⁷⁰ STOLFI, *La conclusione del contratto per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, I, 537 ss.; CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 591; GIACOBBE, *Appunti e spunti in tema di contratto per persona da nominare*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1477 ss.; VISALLI, *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1388; LAZZARA, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1965; ENRIETTI, *Contratto per persona da nominare*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1968, 254; GAZZONI, *Profili di riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 229 ss; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, 135 ss.; COSTANZA, *Le clausole contrattuali per sé o per persona da nominare*, in *Vita Notarile*, 1990, 98; PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, *passim*; CARAVAGLIO, *Il contratto per persona da nominare*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1998; DE NOVA, *Il contratto*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, X, II, Torino, 2002, 448 ss.

in caso di mancato reperimento di sufficienti finanziatori, entro il termine contrattualmente stabilito, mantiene fermi gli effetti della negoziazione rispettivamente a favore ed a carico del soggetto che ha preso fin dall'origine parte all'atto.

Una simile ricostruzione dogmatica ben si attaglia alla specifica e più frequente ipotesi in cui l'*arranger* conclude con la SPV un contratto preliminare di finanziamento con contestuale riserva per persona da nominare. Il contratto definitivo sarà, quindi, sottoscritto contestualmente da tutte le banche che, alla scadenza pattuita nel preliminare, avranno deciso finanziare il progetto. Si configurerà dunque un *credit agreement* unico¹⁷¹, dal quale deriveranno una serie di obbligazioni in capo a ciascun finanziatore, ciascuno per la propria quota, secondo il noto schema delle obbligazioni parziarie.

Diversa ipotesi potrebbe, invece, configurarsi nel caso in cui l'*arranger* concluda direttamente con la SPV un vero e proprio contratto di finanziamento, operando successivamente in termini di cessione del credito¹⁷² nei confronti degli operatori bancari che prendono parte al finanziamento o, meglio, secondo parte della dottrina, seppur fortemente controverso, in termini di cessione parziale del contratto¹⁷³. Oltre all'*arranger*, che assumerà il ruolo di *lead manager*¹⁷⁴, parteciperanno al sindacato anche le *manager banks*, ovvero quelle banche che assumeranno una quota di partecipazione nel prestito minore, pur partecipando alla vita del sindacato in termini di decisione relative alla gestione dell'ordinaria amministrazione dello stesso. Infine, le altre banche aderenti al sindacato, ma che sottoscrivono quote inferiori al *lending commitment* e che non partecipano alla vita del sindacato, sono denominate *participants*.

L'erogazione del finanziamento da parte delle banche alla SPV, secondo quanto previsto del suddetto *credit agreement*, è subordinata al verificarsi delle *conditions*

¹⁷¹ Così F. MONTANI, Project financing. *Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., 180 ricostruisce il rapporto in termini di mutuo; diversamente, NOVO, *Gli aspetti legali del project financing*, in GATTI, *Manuale del project finance. Come disegnare, strutturare e finanziare un'operazione di successo*, cit., 378, propende per la riconducibilità della messa a disposizione dei fondi nell'ambito dell'apertura di credito.

¹⁷² BIANCHI, *I prestiti in pool*, in AA. VV., *L'integrazione tra le imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, 240.

¹⁷³ F. MONTANI, Project financing. *Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, cit., spec. 174, 175.

¹⁷⁴ SCANO, Project financing. *Società e impresa*, cit., 100; SAMBRI, Project financing, cit., 486; PRESILLA, *Il project financing in Italia*, cit., 40; YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, cit., 55.

*precedent*¹⁷⁵, ossia all'ottenimento delle necessarie autorizzazioni amministrative e all'espletamento di tutti gli adempimenti documentali, all'effettiva costituzione della SPV e al conferimento dell'*equity* previsto, nonché alla produzione dei contratti assicurativi stipulati, dei contratti di fornitura, di vendita, di manutenzione e gestione. Nel *credit agreement*, inoltre, oltre alla regolamentazione dei rapporti finanziari e degli aspetti relativi al rimborso di capitale e interessi a favore dei finanziatori, sono, altresì, previsti una serie di obblighi in capo alla SPV.

In prima battuta, obblighi dichiarativi¹⁷⁶: alla SPV può essere, infatti, richiesto di rilasciare dichiarazioni circa la sussistenza di alcune condizioni (c.d. *representations e warranties*)¹⁷⁷, con l'impegno a mantenerle veritiere per tutta la durata per contratto di finanziamento. Esse, in particolare possono attenersi allo stato di avanzamento lavori, ai costi sostenuti, ma anche e soprattutto allo stato di redditività del progetto, con un contestuale obbligo di trasmissione periodica dei documenti contabili.

Inoltre,¹⁷⁸ possono derivare anche obblighi di fare (*positive covenants*) ovvero di non fare (*negative covenants*), consistenti in forme di garanzia, quali l'obbligo di utilizzare le linee di credito secondo gli accordi contrattuali; l'obbligo di mantenere nel tempo attive le polizze assicurative richieste dal *credit agreement*; ovvero l'obbligo di non aprire altre linee di credito, se non preventivamente approvate dai *lenders*; l'obbligo di non alienazione degli *assets*; di non concedere ulteriori garanzie reali sui beni posti a garanzia del finanziamento ovvero concedere garanzie personali.

Emerge come il contratto sussistente tra la SPV e gli istituti di credito sia un rapporto complesso, ricco di obblighi accessori rispetto a quello di erogazione del finanziamento da parte dei finanziatori e di rimborso dello stesso da parte della società veicolo.

Ulteriormente¹⁷⁹, accanto al debito ordinario¹⁷⁹, formato dal debito principale e dal

¹⁷⁵ DELMON, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risks*, The Hague, 2009, 79; VINTER, PIERCE, *Project Finance: A Legal Guide*, cit., 215; BULJEVICH, PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, cit., 214 ss.

¹⁷⁶ Sul punto, ampiamente, SAMBRI, *Project financing*, cit., spec. 418 ss.

¹⁷⁷ HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*, cit., 121 ss; TENNEKOON, *The Law and Regulation of International Project Finance*, London, Butterworths, 1991, 71.

¹⁷⁸ CAPASSO, *Finanza di progetto. Risorse pubbliche e private per la realizzazione delle opere di pubblica utilità*, cit., 61.

¹⁷⁹ Per esso intendendosi il finanziamento bancario a medio-lungo termine, le emissioni

debito privilegiato (i quali differiscono tra loro solo in ordine alla precedenza dell'uno rispetto all'altro circa il rimborso), la SPV può ricorrere all'emissione obbligazionaria¹⁸⁰ (c.d. *project bond*). A tal fine risulterà, tuttavia, necessario il coinvolgimento delle agenzie di *rating* al fine di emettere un giudizio di *rating* circa le obbligazioni emesse, quali *eurobonds*¹⁸¹, *foreign bonds*¹⁸² e *global bond*¹⁸³ così da permettere agli investitori di conoscere il livello di rischio dell'investimento.

5.5. Il rapporto tra la società veicolo e gli altri soggetti

Nella struttura del *project financing* rilevano, infine, un'ulteriore serie di contratti, anch'essi necessari per ottenere l'erogazione del finanziamento a favore della SPV: in particolare, si possono menzionare i contratti di assicurazione che offrono normalmente garanzie collaterali alla società di progetto e ai finanziatori; i contratti di acquisto, stipulati con i futuri acquirenti del servizio; i contratti di fornitura; i contratti di gestione dell'opera che sarà realizzata. L'individuazione di tali soggetti varia a seconda della concreta caratterizzazione del progetto, potendo in alcuni casi essere identificati *ab origine* e sarà possibile concludere con gli stessi contratti di *take or pay* che assicurano alla SPV un *cash flow* sicuro e certo nel suo ammontare sin da subito; in altri casi, potranno essere costituiti da taluni dei soggetti che avevano precedentemente assunto il ruolo di *sponsor* nell'elaborazione dell'idea progettuale, proprio con il fine di ottenere un ruolo professionale nella realizzazione

obbligazionarie, il finanziamento all'esportazione, i crediti di firma.

¹⁸⁰ BOMPANI, CATELANI, *Project bond & commercial paper. Obbligazioni garantite, subordinate, partecipative e cambiali finanziarie alla ricerca di investitori qualificati*, Milano, 2013, spec. 23; DAILAMI, *The Emerging Project Bond Market: Covenant Provisions and Credit Spreads*, World Bank Publications, 2003, 4; DEWAR, *International Project Finance: Law and Practice*, Oxford, 2011, 241 ss.

Con riferimento all'ambito pubblicistico, si segnala che l'art. 41 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito dalla L. 24 marzo 2012 n. 27 ha modificato l'art. 157 del Codice dei Contratti Pubblici, prevedendo, per la specifica ipotesi di sottoscrizione da parte degli investitori qualificati, il venir meno della regola connessa all'emissione di *project bond*, secondo cui le obbligazioni devono essere garantite da ipoteca quando superano il doppio del capitale. QUARANTA, *Project bond: un nuovo strumento per il rilancio delle infrastrutture?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 339.

¹⁸¹ Il termine raggruppa tutti i titoli obbligazionari, strutturati in un ambiente completamente deregolamentato, emessi in valuta sui mercati finanziari europei: la relativa collocazione è consentita solamente se essi sono quotati nei listini delle borse di Londra o di Lussemburgo.

¹⁸² Si tratta di obbligazioni emesse da soggetti non residenti sul mercato interno di un paese straniero, nella valuta di tale Paese e soggetti alla relativa regolamentazione del mercato mobiliare ivi vigente.

¹⁸³ Consistono in una sorta di prodotto risultante dall'unione dei *foreign bond* e degli *eurobond*.

concreta del progetto; in altri casi ancora, gli acquirenti del servizio saranno identificabili sono al momento dell'erogazione dello stesso (es. costruzione di un ospedale, di uno stadio..), salvo l'eventuale possibile margine costituito dalla controprestazione economica erogata dagli enti pubblici ove si versi in un'ipotesi di *project financing* nell'ambito pubblico.

Ulteriormente, saranno essenziali anche i contratti stipulati con i fornitori di materie prime o di un *know how* specifico, necessari per la costruzione dell'opera o per il suo successivo funzionamento: anche in questo caso la SPV potrebbe stipulare un contratto *put or pay* (POP), volto ad assicurarsi la prestazione del fornitore (determinati servizi o una data quantità di prodotti per un certo periodo di tempo). Del tutto simile il meccanismo che lega la società veicolo a quegli eventuali soggetti che si occuperanno della gestione o della manutenzione dell'opera, della struttura o del servizio. I rapporti *supra* identificati possono definirsi tipici ma, ovviamente, ogni operazione di *project financing* può assumere connotati e peculiarità tali da comportare l'assenza di una delle relazioni menzionate, ovvero la presenza di un soggetto professionale particolare in aggiunta a quelli *standard*. L'elemento che, ad ogni modo, si vuole sottolineare è che un'operazione può essere sussunta sotto l'etichetta di *project financing* solo ove sia caratterizzata dalla ragnatela di vincoli contrattuali che si sono cercati di descrivere nelle pagine che precedono. L'esistenza della società veicolo è, infatti, condizione necessaria per l'esistenza della finanza di progetto: una diversa strutturazione dei rapporti ricondurrebbe il progetto entro gli schemi della tradizionale *project corporate*. A sua volta, l'esistenza della SPV è condizionata dagli accordi sussistenti tra gli *sponsor* e dall'individuazione di soggetti finanziatori che credono nella buona riuscita del progetto e nella sua capacità di generare flussi di cassa idonei a garantire non solo il rimborso del capitale dagli stessi erogato ma anche un margine di profitto. Al contempo i finanziatori subordineranno il loro conferimento economico all'effettivo verificarsi della costituzione della società veicolo, che consentirà una limitazione del rischio, come già spiegato, e alla stipulazione di tutta quella contrattistica strumentale al successo dell'operazione, tra cui proprio le concessioni amministrative e ulteriormente i contratti di vendita, fornitura e gestione, anch'essi necessari nell'ottica di allocazione dei rischi del progetto.

CAPITOLO II

IL PROJECT FINANCING: UN TENTATIVO DI INQUADRAMENTO TEORICO

1. L'inquadramento del *project financing* quale mutuo di scopo - 2. Il collegamento negoziale: profili ricostruttivi - 2.1. (Segue): profili critici - 3. I contratti collegati nell'esperienza francese: alla ricerca di una causa unitaria - 4. La causa nel collegamento negoziale: primi passi verso un diverso inquadramento dogmatico - 5. L'operazione economica: una possibile alternativa ricostruttiva? - 6. Verso il riconoscimento del contratto unitario: l'evoluzione del concetto di causa - 7. Un tentativo di ricostruzione unitaria del *project financing* - 7.1. Il profilo causale unitario della finanza di progetto: il frazionamento del rischio - 7.1.1. Le garanzie nel *project financing*: realizzazione dell'opera e *performance bonds* nella fase di costruzione - 7.1.2. Il profilo gestionale - 7.1.3. Il profilo di carattere finanziario - 7.2. Il contratto plurilaterale con ovvero senza comunione di scopo - 7.2.1. Lo scopo comune nel *project financing* - 7.2.2. Ancora sulla comunione di scopo: dai contratti agrari ai *relational contracts* - 7.3. Il contratto di rete: verso la compatibilità tra contratto plurilaterale con comunione di scopo e contratto di scambio - 7.4. L'*iter* formativo del contratto unitario di *project financing* - 8. La disciplina applicabile: le patologie e la nozione di parte contrattuale - 9. Il superamento della nozione di relatività contrattuale (c.d. *privity of contract*): uno sguardo verso i Paesi di *common law*

1. L'inquadramento del *project financing* quale mutuo di scopo

Analizzata la trama dei rapporti contrattuali sussistenti tra gli innumerevoli soggetti che prendono parte all'operazione di *project financing*, si vuole ora procedere esaminando il possibile inquadramento dogmatico nel quale l'operazione può essere sussunta. Numerose sono state le ipotesi prospettate dalla dottrina, senza, tuttavia, giungere ad un risultato unanimemente condiviso.

Tale analisi è di fondamentale importanza sia da un punto di vista strettamente teorico – venendo in rilievo le figure, oggetto di approfondimento nel prosieguo, di mutuo di scopo, di collegamento negoziale, di contratto plurilaterale con o senza

comunione di scopo – sia da un punto di vista operativo, in ragione della diversa disciplina che, a seconda dell'inquadramento giuridico prescelto, può derivare, con particolare riferimento al profilo delle patologie contrattuali.

Come già descritto, la finanza di progetto consiste in una tecnica di finanziamento mirante ad incentivare la destinazione di capitale in singoli progetti, il cui rimborso è totalmente, o per la maggior parte, costituito dai redditi derivanti dalla gestione dell'opera realizzata, con isolamento economico e giuridico del progetto rispetto agli *sponsor*. Muovendo da tale definizione, parte della dottrina ha, quindi, sottolineato come il *project financing* altro non sia che un mero metodo di finanziamento, alternativo al tradizionale *corporate finance*, qualificandolo come mutuo di scopo.

Giova preliminarmente richiamare alla mente lo schema previsto dall'art. 1813 c.c., secondo il quale il contratto di mutuo si perfeziona per mezzo della *traditio* della somma di denaro concordata, in ragione della natura reale di tale figura negoziale.

Il contratto di mutuo di scopo¹, che trae la sua origine dalla suddetta previsione normativa per poi distaccarsene mediante l'inserimento di una clausola di

¹ Sul mutuo di scopo, v. FRAGALI, *Del mutuo. Sub artt. 1813-1822*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1952, 627; ID., *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 483; ID., *Note introduttive sul mutuo di scopo*, in PETTITI (a cura di), *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965, II, 531; ID., *Finanziamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 605; FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro padano*, 1972, I, 274; NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972; ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in IRTI (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, I, *Diritto civile*, Milano, 1980, 601; ID., *Il mutuo di scopo: problemi generali*, Padova, 1985; CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 614; ID., *Finanziamenti*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 754 ss.; NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1688; ID., *Il mutuo di scopo come contratto condizionato*, in *Temi*, 1972, 437; MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento al pubblico delle imprese*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1983, 619; ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984; MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1; RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1994, 568; ID., *Mutuo di scopo: identificazione della fattispecie, innovazioni legislative e prospettive concorsuali*, in BONFATTI, FALCONE (a cura di), *Procedure concorsuali e problemi della prassi*, Milano, 1997, 3; CAPECCHI, *La natura giuridica del mutuo di scopo*, in *Contr. e impr.*, 1997, 539; GOLTARA, *Mutuo di scopo e consegna*, in *Contr.*, 1999, 373; TURIS, *La disciplina del c.d. "mutuo di scopo": fra tipo contrattuale e figura negoziale autonoma*, in *Riv. notariato*, 2001, 1455; SANTA MARIA, *La valutazione dell'intenzione delle parti nella qualificazione del contratto quale mutuo di scopo*, in *Contr.*, 2001, 470; GUCCIONE, *La "fattispecie" del mutuo di scopo nella giurisprudenza*, in *Giur.it.*, 2002, 783; GIORGI, *Il mutuo di scopo. In tema di trasferimento del rischio di cambio inerente ad una somma di denaro oggetto di mutuo di scopo*, in *Contr.*, 2003, 1139; VITELLI, *Mutuo di scopo e clausola di destinazione*, in *Giur. it.*, 2005, 1407; TETI, *I mutui di scopo*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XII, 2, Torino, 2007, 649; RUGGERI, *Il mutuo di scopo: una conferma dalla Cassazione*, in *Vita notarile*, 2008, 161; MARTONE, *Mutuo di scopo ed apertura di credito*, in *Contr.*, 2008, 564; AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Riv. notariato*, 2009, 445; ATTANASIO, *Natura giuridica del mutuo di scopo e momento perfezionativo del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 180; FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 163; RISPOLI SCOTTI, *In tema di mutuo di scopo*, in *Dir. e giur.*, 2010, 319.

destinazione, pone non pochi problemi interpretativi. Esso può, infatti, definirsi come un contratto di finanziamento nel quale, tra gli obblighi rinvenibili in capo al mutuatario, non vi è solo quello di restituzione delle somme percepite ma, altresì, l'obbligo di rispettare la specifica destinazione del denaro ricevuto per il perseguimento della finalità determinata², sia essa di natura legale ovvero convenzionale.

L'apposizione di simile clausola comporta, *ex se*, un mutamento dello schema contrattuale considerato: *in primis*, la *traditio* avviene in un momento diverso e successivo rispetto a quello della manifestazione della volontà, comportando una scissione tra esternazione della volontà e consegna del bene poiché la consegna del denaro costituisce oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento perfezionativo del contratto³. E, anzi, non di rado il mutuatario non acquisisce la disponibilità fisica della somma economica, ma solamente la disponibilità giuridica⁴:

² Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687, con nota di NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*: «I contratti di mutuo di scopo o destinazione, preordinati dalla legge (o per volontà delle parti) al perseguimento di una determinata finalità, si diversificano dallo schema tipico dei negozi di mutuo – oltre che per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale e non reale – altresì sotto il profilo strutturale perché il sovvenuto non si obbliga soltanto a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo le attività in concreto programmate; e sotto il profilo causale, giacché nel sinallagma contrattuale quest'ultima prestazione, ancor più di quella degli interessi, assume rilievo di corrispettivo dell'attribuzione della somma, con la conseguenza che la funzione economico-sociale del negozio non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire al sovvenuto il godimento del denaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all'interesse (pubblico del mutuo di scopo legale) di conseguire la finalità stabilita». In senso conforme anche, *ex pluribus*, Cass., 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2376, con nota di ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*; Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796, in *Foro padano*, 1973, I, 201; Cass., 15 giugno 1994, n. 5805, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 837.

³ Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, cit.; Cass., 15 giugno 1994, n. 5805, cit.; Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contr.*, 1999, 373, con commento di GOLTARA, *Mutuo di scopo e consegna*; Cass., 9 maggio 2003 n. 7773, cit., con note di MOTICELLI, *Contratto di finanziamento e rischio di cambio: il difficile equilibrio degli interessi contrapposti* e GIORGI, *In tema di trasferimento del rischio di cambio inerente ad una somma di denaro oggetto di mutuo di scopo*, in cui si legge: «Il c.d. contratto di finanziamento, o mutuo di scopo, legale o convenzionale che sia, è una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia; in particolare, il finanziamento legale, in cui sono già individuati i soggetti erogatori e i soggetti che possono beneficiare del finanziamento, è un contratto obbligatorio e consensuale, all'interno del quale la consegna della somma da corrispondere rappresenta non un elemento costitutivo del contratto, ma l'esecuzione dell'obbligazione a carico del finanziatore. Tuttavia, la proprietà della somma oggetto del finanziamento si trasferisce dal finanziatore al finanziato solo con la consegna della somma stessa, in quanto solo da quel momento egli può disporne da solo, senza l'intermediazione del mutuante o anche contro la volontà di questi; ne consegue che solo dal momento della consegna si trasferiscono sul mutuatario anche i rischi derivanti dall'acquisita proprietà del denaro, compreso quello conseguente alle oscillazioni del cambio».

⁴ GARDELLA TEDESCHI, *Mutuo* (contratto di), in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 556, nonché NIVARRA, ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, 428.

si pensi, alle frequenti applicazioni del mutuo di scopo nell'ambito delle operazioni di *leasing* traslativo di consumo ovvero di compravendita con patto di riservato dominio - che sotto l'evoluzione degli ultimi anni verranno qualificate come contratto di credito al consumo – in cui il soggetto mutuante, per mezzo di un accordo con il mutuatario, contestuale alla nascita del contratto, trasferisce il dovuto non alla controparte, bensì al terzo venditore; previsione pattizia che, si noti, costituisce una caratteristica intrinseca del contratto e non derivante da un patto di disposizione del bene, parallelo ed accessorio a questo.

Il contratto di mutuo di scopo si perfeziona, quindi, con il semplice consenso⁵, attenendo la consegna della somma esclusivamente alla fase esecutiva del rapporto, con trasmigrazione dal *genus* del contratto reale a quello consensuale⁶.

Ulteriormente e sotto un diverso profilo, come accennato, tra gli obblighi previsti in capo al mutuatario vi è quello di impiegare effettivamente la somma percepita per il fine contrattualizzato.

Nel caso di specie, infatti, il godimento del capitale da parte del mutuatario non può che rappresentare un momento strumentale rispetto alla più ampia programmazione negoziale concordata tra le parti, volta a garantire il corretto adempimento della clausola di destinazione.

Tale figura, nata come strumento di incentivazione economica nel secondo dopoguerra⁷, si presentava originariamente come intervento statale sotto forma di sovvenzione ovvero di finanziamento⁸ condizionato nella finalità per la quale doveva

⁵ Così, tra le più recenti, Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, cit. secondo cui «la figura del contratto di mutuo di scopo, del tutto autonoma e distinta da quella del mutuo in senso proprio, è un contratto consensuale, oneroso ed atipico che assolve, in modo analogo all'apertura di credito, una funzione creditizia. La caratteristica del contratto di mutuo di scopo va ravvisata nel fatto che, con l'incontro dei consensi delle parti, si perfeziona il contratto consensuale di finanziamento, ma non si trasferisce in capo al soggetto finanziato la proprietà delle somme oggetto del finanziamento stesso, occorrendo per tale trasferimento l'elemento ulteriore della "traditio" delle somme medesime. A differenza di quanto si verifica nel contratto di mutuo regolato dal codice civile, si rileva che in quello di finanziamento la consegna di una determinata quantità di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento costitutivo del contratto». In senso conforme, Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, cit.; Cass., 9 maggio 2003, n. 7773, cit.; Cass., 9 maggio 2007, n. 10569, in *Contr.*, 2007, 793; Sul punto, si v. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in SACCO, (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999, 597.

⁶ CLARIZIA, *Finanziamenti*, cit., 757.

⁷ FRATTAROLO, IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, 263.

⁸ Circa la natura del mutuo di scopo, la giurisprudenza, anche più datata, è concorde nel qualificarlo come finanziamento: così, già App. Firenze, 28 gennaio 1953, in *Giur. it.*, 1953, 429; App. Firenze, 23 aprile 1955, *Giur. tosc.*, 1955, 324, nonché più recentemente Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, cit.; Cass., 9 maggio 2003, n. 7773, cit.; Cass., 3 dicembre 2007, 25180, cit. Tuttavia, per una critica

essere utilizzato, così da permettere un controllo più agevole da parte dello Stato circa l'effettivo impiego delle somme percepite da parte dei privati⁹.

Il mutuatario non può, infatti, disporre liberamente della somma oggetto del mutuo poiché il suo potere di disposizione è vincolato, in virtù di un'obbligazione di destinazione¹⁰, ad uno scopo prefissato: oltre alla restituzione del *tantundem* e degli eventuali interessi, il soggetto finanziato ha, altresì, l'obbligo di perseguire il fine per il quale tale mutuo è stato concluso¹¹, così arricchendo, con un *facere in rem propriam*¹², il contenuto della prestazione del mutuatario rispetto alla diversa ipotesi del mutuo *ex art. 1813 c.c.*

Non può non osservarsi, tuttavia, come simile clausola appaia conferire rilievo giuridico a ciò che, salvo alcune eccezioni, dovrebbe rimanerne privo: i motivi¹³ che inducono una parte alla richiesta del finanziamento. Benché, come noto, l'ordinamento preveda l'irrelevanza degli stessi, salvo che siano illeciti e comuni alle parti, essi potrebbero assumere, invece, valore abbracciando la teoria della presupposizione¹⁴, allorquando «una determinata situazione di diritto o di fatto costituisce il presupposto comune ad entrambi i contraenti, per modo che la considerazione di quella situazione forma parte della dichiarazione di volontà»¹⁵.

avverso la qualificazione del contratto di mutuo di scopo quale contratto di finanziamento, in quanto eccessivamente generica, si v. FRAGALI, *Del mutuo. Sub artt. 1813-1822*, cit., 75, nonché ID., *Finanziamento*, cit., 605.

In dottrina è stata altresì proposta una sua ricostruzione quale apertura di credito. Tuttavia, mentre la funzione di tale ultimo schema operativo è incentrata sul godimento di una disponibilità di credito, il cui utilizzo è solo eventuale, nel mutuo di scopo l'utilizzo della somma percepita non solo è certo, ma altresì vincolato ad una data finalità, emergendo dunque la funzione di finanziamento. Sul punto, si v. FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 601; PORZIO, *Apertura di credito*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1. Sebbene, così, Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, cit.: per una profonda critica si v. MARTONE, *Mutuo di scopo ed apertura di credito*, cit., 561.

⁹ CAPECCHI, *La natura giuridica del mutuo di scopo*, cit., 540.

¹⁰ FRAGALI, *Del mutuo. Sub artt. 1813-1822*, cit., 73. In tal senso anche GIUSTO, *Il mutuo di scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 471; NIVARRA, ROMAGNO, *Il mutuo*, cit., 429.

¹¹ VITELLI, *Mutuo di scopo e clausola di destinazione*, cit., 1407.

¹² FRATTAROLO, IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, cit., 266; RABITTI BEDOGNI, *Patrimoni dedicati*, in *Riv. notariato*, 2002, 1128.

¹³ COLAGROSSO, MOLLE, *Diritto bancario*, Roma, 1960, 341; MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Operazioni di borsa e di banca*, Milano, 1966, 560; ZIMATORE, *Il mutuo di scopo: problemi generali*, cit.

¹⁴ Isolate sono le pronunce di accoglimento dell'istituto della presupposizione: recentemente App. Genova, 3 febbraio 2011, in *Foro padano*, 2012, I, 210. Sul punto si rimanda alla dottrina e alla giurisprudenza di cui al Cap. III, § 2.

¹⁵ Cass., 12 marzo 2005, n. 544, in *Foro it.*, 2005, I, c. 233.

Tuttavia, sin dalle prime pronunce¹⁶, la giurisprudenza ha colto come, nel mutuo di scopo, il motivo che induce alla conclusione del contratto sarebbe «una specificazione della funzione del mutuo in rapporto agli interessi concreti dei contraenti, un adeguamento della causa del mutuo al risultato pratico cui si indirizzano le parti». Uscendo dal piano del motivo soggettivo, la finalità penetra, dunque, nella struttura negoziale per divenire elemento costitutivo della stessa e concorrere all'individuazione della causa tipica della fattispecie¹⁷. Lo scopo previsto, infatti, divenendo oggetto di una vera e propria obbligazione (l'obbligazione di destinazione), interviene nel sinallagma contrattuale, assumendo rilievo causale nell'economia del contratto¹⁸.

Risulta, allora, necessario indagare quale sia la causa in concreto del contratto¹⁹ e, dunque, quali siano gli interessi effettivi che le parti hanno inteso realizzare per mezzo della figura contrattuale utilizzata.

In tale prospettiva appare quanto mai condivisibile quella posizione sostenuta da una parte della dottrina, che distingue le ipotesi di mutuo di scopo nell'esclusivo interesse del mutuatario, da un lato, e di mutuo di scopo nell'interesse tanto del mutuatario quanto del mutuante, dall'altro.

Nel primo caso, in assenza di un interesse del mutuante all'effettivo utilizzo della somma pattuita per il fine voluto dal mutuatario, si configurerebbe una mera «*esternazione dei motivi del negozio*»²⁰. Essendo del tutto irrilevante per il creditore-mutuante la finalità per la quale il soggetto debitore riceve la somma di denaro,

¹⁶ Cass., 3 aprile 1970, n. 896, cit.; Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796, cit.; Cass., 12 aprile 1988, n. 2876, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 281; Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, in *Vita Notarile*, 1991, 198; Cass., 17 luglio 1997, n. 6572, in *Foro it.*, 1998, I, c. 170.

¹⁷ FRAGALI, *Del mutuo. Sub artt. 1813-1822*, cit., 71 e ID., *Il mutuo di scopo*, cit., 477 sottolinea come la clausola di destinazione rappresenti un elemento tipizzante il contratto di mutuo, a tal punto da penetrare nello schema causale dell'istituto. In senso analogo anche GIAMPICCOLO, *Mutuo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 456.

¹⁸ Trib. Brindisi, 22 marzo 2013, inedita.

¹⁹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contr.*, 2007, 621, con commento di RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 299, con commento di CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*; in *Corr. giur.*, 2006, 1718 con commento di ROLFI, *La causa come "funzione economico sociale": tramonto di un idolum tribus?*; in *Contr. e impr.*, 2007, 416, con commento di ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 569, con commento di ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte* e, successivamente, in senso analogo, Cass., 13 febbraio 2009, n. 3646, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce «*Contratto in genere*», n. 343; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, in *Giur. it.*, 2011, 556, con commento di LONGO, *Mutuo di scopo e credito al consumo*. Si v. altresì, Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 248; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Arch. civ.*, 2004, 236.

²⁰ AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, cit., 445.

sussistendo per il primo un mero interesse alla restituzione del capitale prestato e dei relativi interessi, le parti non realizzerebbero né strutturerebbero alcun programma contrattuale comune: l'essenza del contratto di mutuo sarebbe, dunque, inalterata e, al più, il contratto dovrebbe intendersi quale mutuo di natura consensuale, la cui causa creditizia coincide con quella tipizzata dall'art. 1813 c.c., ma non certo di scopo. Ne deriverebbe che, mancando un interesse del mutuante, non graverebbe sul mutuatario alcuno specifico obbligo di destinazione delle somme erogate.

Diversamente, nella seconda ipotesi sussiste un interesse di entrambe le parti a che la somma concessa sia effettivamente utilizzata per il fine contrattualmente pattuito. Nelle ipotesi di mutuo di scopo tipizzate dalla legge²¹, tale interesse è di natura pubblica: sebbene la legislazione sia varia e disomogenea, la finalità comune connotante è sempre quella della realizzazione di finanziamenti agevolati per il tramite degli istituti di credito privati, cui conseguono anche poteri di verifica circa tale effettivo impiego. Nel mutuo di scopo di natura convenzionale, l'interesse del mutuante, diversamente, potrà assumere natura economica (come nell'ipotesi di *project financing*) ma anche morale²². In un simile contesto, risultano, altresì, pienamente legittimi i poteri di ingerenza del mutuante nella gestione dei mezzi economici forniti per garantire il corretto adempimento del mutuatario²³.

Condivisibilmente, dunque, solo in presenza di un congiunto interesse del mutuante e del mutuatario, la destinazione di scopo integra la consistenza del nesso sinallagmatico. Ne consegue che, ove le somme siano utilizzate per finalità diverse da quelle pattuite, ovvero lo scopo non sia più realizzabile, il contratto potrà essere, rispettivamente, risolto²⁴ per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta; e, ancora, potrà essere dichiarato nullo²⁵ ogniquale volta l'intento originario delle parti

²¹ Si pensi al D.P.R. 9 novembre 1976, n. 902, in tema di credito agevolato per il settore industriale; alla L. 16 ottobre 1975, n. 492 e al D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, circa le agevolazioni connesse ai crediti fondiari, edilizi e per la realizzazione di opere di pubblica utilità; ovvero alla L. 12 agosto 1977, n. 675 relativa alla ristrutturazione e riconversione industriale; al Testo Unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno (D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218). Sul punto si v. SCHLESINGER, *Credito agevolato e mutuo di scopo*, in COSTI, LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, 275.

²² Si pensi all'ipotesi del padre che conclude un contratto di mutuo con il figlio affinché il denaro sia impiegato per finalità di studio, ovvero per l'acquisto di un particolare bene (per es. un immobile abitativo).

²³ Cass., 21 dicembre 1990, n. 12123, cit.

²⁴ Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Giur. it.*, 2002, 783 nota di GUCCIONE.

²⁵ Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, cit.; Cass., 9 ottobre 1996, n. 8835, in *Foro it.*, 1997, I, c. 858; Cass., 17 luglio 1997, n. 6572, cit.; Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, cit. Per una più ampia

fosse quello di impiegare concretamente le somme in modo differente rispetto a quello legalmente previsto, per difetto della causa *ab origine*, con obbligo restitutorio delle somme percepite dal mutuatario in virtù delle regole dell'indebito oggettivo.

Sulla base di tali rilievi, parte delle dottrina²⁶, valorizzando l'autonomia privata prevista dall'art. 1322, comma 2 c.c., ha valutato la possibilità di qualificare il *project financing* come contratto di mutuo di scopo concluso tra i soggetti finanziatori (mutuanti) e la SVP (mutuataria): il contratto di finanziamento si configura quale contratto di mutuo, non convincendo l'ipotesi alternativa che vorrebbe vederlo quale apertura di credito; l'esborso economico dei finanziatori è strettamente finalizzato alla realizzazione o gestione dell'opera oggetto del *project financing* (scopo del mutuo); e, ancora, è riscontrabile un "interesse particolare" dei finanziatori-mutuanti a che il denaro sia investito per le finalità pattuite. Diversamente dalla logica del finanziamento "tradizionale", in cui gli istituti di credito sono tutelati dalla presenza di garanzie reali o personali, infatti, nella finanza di progetto, incentrata su una particolare allocazione dei rischi, che permea anche il sistema delle garanzie (di cui più in dettaglio a breve), è solo la generazione dei *cash flows* derivanti dalla buona riuscita del progetto che consente a tali soggetti di ottenere il rimborso del finanziamento erogato. Si tratterebbe, dunque, non tanto di un interesse *ulteriore* rispetto a quello della logica del mutuo *ex art. 1813 c.c.* (che sarà pur sempre quello di vedersi restituiti i capitali erogati), quanto di un interesse più pregnante - un "*colorable interest*" - giacché il rispetto della finalità per cui la somma viene erogata costituisce esso stesso condizione necessaria di garanzia restitutoria per gli istituti di credito.

Se, dunque, per tali ragioni, una ricostruzione del *project financing* in termini di mutuo di scopo appare convincente, un'analisi a tutto tondo della finanza di progetto non permette, tuttavia, di considerarla come la più calzante.

In particolare, tale inquadramento non persuade per due ordini di motivi.

Deve, in primo luogo, rilevarsi come il rapporto sussistente tra finanziatori e SPV sia eccessivamente sbilanciato in favore dei primi. È stato, infatti, osservato come, in un'ottica di autotutela, gli istituti di credito possono, in caso di utilizzo del

ricostruzione sul punto, si v. POLLICE, *Mutuo di scopo e credito agevolato*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese*, Milano, 1987, 471.

²⁶ RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1996, 237; PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 310-312.

finanziamento non conforme a quanto pattuito, esperire l'azione generale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., nonché, ai sensi dell'art. 1186 c.c., far decadere la SPV dal beneficio del termine: ciò comporta ampi margini di sindacabilità discrezionale circa la conformità dell'utilizzo del denaro²⁷. Questa argomentazione, ritenuta da molti insuperabile, parrebbe, in realtà, non esserlo fino in fondo: come dimostrato dalla prassi e dalla contrattualistica, anglo-americana in particolare, sono le parti stesse a prevedere pattiziamente poteri di ingerenza da parte dei finanziatori, con spazi di giudizio sulla gestione del programma contrattuale, essendo tale facoltà di controllo una forma di garanzia per i medesimi.

Più problematica parrebbe essere, invece, l'incapacità di tale ricostruzione di cogliere il complesso dell'operazione, focalizzandosi esclusivamente su una frazione di essa²⁸. Infatti, concentrandosi solo sul contratto di finanziamento, non viene colto l'aspetto di dinamicità del *project financing*: il contratto di finanziamento è certamente fondamentale nella logica dell'istituto in oggetto ma, come si è cercato di evidenziare, la finanza di progetto non si esaurisce con esso o in esso, necessitando, per contro, di una pluralità di ulteriori rapporti negoziali, di non minore importanza, che non possono essere trascurati nell'ottica di una ricostruzione dogmatica dell'istituto.

2. Il collegamento negoziale: profili ricostruttivi

A coloro che, valorizzando la portata unitaria dell'istituto solo sotto il profilo economico ma non anche giuridico, descrivono il *project financing* quale "sommatoria di singoli contratti"²⁹ che producono effetti *uti singuli*, è stata opposta la critica di non saper cogliere l'interrelazione sussistente tra le diverse figure negoziali coinvolte.

²⁷ MESSINA, *I contratti bancari e finanziari*, Torino, 2013, 117.

²⁸ PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, cit., 311-312.

²⁹ DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 499; MISCALI, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in DRAETTA, VACCÀ, (a cura di), *Il project financing*, Milano, 1994, 84; ID., *Il project financing*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, 729.

Larga parte della dottrina³⁰, cogliendo il profilo dinamico e funzionale dell'istituto, ha ritenuto opportuno evidenziare l'aspetto unitario del fenomeno anche da un punto di vista giuridico, ricorrendo alla teoria del collegamento negoziale³¹.

In difetto di un contratto unitario nominato, è stata sottolineata da alcuni autori³² la presenza di contratti funzionalmente collegati in modo unilaterale al contratto di finanziamento; da altri³³, una pluralità di contratti reciprocamente collegati biunivocamente.

³⁰ LOBUONO, Project financing, *garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, 103; MAINO, *Il project financing nella realizzazione di opere e di interventi pubblici*, in *Economia Pubblica*, 1993, 431; VISCO, *Il project finance e le convenzioni arbitrali*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 146; APPIO, DONATIVI, Project financing, in AA.VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, 213; BIANCONI, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *Contr.*, 1995, 339; CAMARDA, Project financing. *La finanza di progetto nella programmazione dei lavori pubblici e nella prospettiva della Legge obiettivo 21 dicembre 2001*, Trento, 2002, 36; PEZZI, *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, 51; COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. e impr.*, 2003, 424; PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, cit., spec. 293-312; IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in FERRARI, FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 7; F. MONTANI, *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009, 345.

³¹ GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275; OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, 71; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375; MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279; CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi di collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 329; CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982, 11; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 133; CASCIO, ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1; SCODITTI, *Collegamento negoziale come fattispecie autonoma*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094; FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 233; IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 69; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, 23; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, 31; ID., *Contratti collegati*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento., XVII, Roma, 2008; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 1; MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999; FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, 127; MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, 13; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, I, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 84; BUONOCORE, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale*, in AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 12; BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. I*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 791; ID., *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. II*, *ivi*, 2008, 1167; PIRONTI, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *Contr.*, 2008, 1093; ROPPO, *Il contratto*, cit., 368; SACCO, *Contratto collegato*, in *Digesto civ.*, Torino, 2011, 238.

³² APPIO, DONATIVI, Project financing, cit., 213; RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., 237; VISCO, *Il project finance e le convenzioni arbitrali*, cit., 146; BIANCONI, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, cit., 339.

³³ F. MONTANI, Project financing, cit., 347; COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, cit., 242.

Il collegamento negoziale consiste, infatti, in un'operazione economica realizzata attraverso una pluralità di negozi strutturalmente autonomi ma collegati, in cui le sorti dell'uno influenzano le sorti dell'altro in termini di validità ed efficacia poiché, seppur l'autonomia privata si esplica attraverso una pluralità di contratti, ognuno dotato di un'autonoma causa giuridica, l'intera operazione sottesa e voluta dalle parti è preordinata a un unico scopo³⁴.

Così, oltre alla presenza di distinti negozi, è necessario che essi siano obiettivamente unificati da un nesso di interdipendenza, non potendosi in difetto discorrere di collegamento negoziale³⁵.

Anche ai fini delle ricostruzioni che verranno di seguito proposte, giova preliminarmente ricordare come il collegamento negoziale differisca dal contratto misto³⁶. Quest'ultimo consiste, infatti, in una nuova e diversa fattispecie negoziale di carattere unitario, cui le parti danno origine mediante il ricorso a schemi negoziali

³⁴ Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1093. In dottrina si v., tra i molti, DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412; CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1096.

³⁵ GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit. 333; DI SABATO, ult. op. cit., 428, sottolineano come: «occorre escludere dalla nozione generica di collegamento tutti quei casi in cui le parti abbiano espressamente disciplinato il modo di operare di un rapporto sull'altro, dal momento che in tali casi sarà solo questione di interpretazione della clausola che opera il collegamento: caso tipico è quello in cui le parti considerano una vicenda di un negozio come condizione per l'efficacia dell'altro».

³⁶ Sui contratti misti e collegati si v. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; in giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Contr.*, 2006, 329: «il contratto misto, costituito da elementi di tipi contrattuali diversi, non solo è unico, ma ha causa unica ed inscindibile, nella quale si combinano gli elementi dei diversi tipi che lo costituiscono»; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884, in *Notariato*, 2008, 617: «Le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto, dar vita a più negozi distinti ed indipendenti, ovvero a più negozi tra loro collegati; le varie fattispecie in cui può configurarsi un negozio giuridico composto possono così distinguersi in contratti collegati, contratti misti (quando la fusione delle cause fa sì che gli elementi distintivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi di un negozio unico, soggetto alla regola della causa prevalente) e contratti complessi (contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico). Il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi». In dottrina, si v. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, 78 ss.; MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 251; CASCIO, ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, cit., 3; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995; SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti - contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 551 ss.; FERRI, *Operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 2008, 317; BIANCA, *Il contratto*, III, in *ID.*, *Diritto civile*, Milano, 2013, 524;.

tipici, generando così, a livello funzionale e sostanziale, una fusione dei modelli contrattuali conosciuti; diversamente il piano di intervento nell'ambito del collegamento negoziale si arresta ad un livello funzionale, in quanto i singoli contratti mantengono autonomia e distinzione. Tuttavia, tale linearità teorica non corrisponde sempre ad altrettanta chiarezza nella pratica, presentandosi spesso situazioni di incerta qualificazione in cui, accanto agli elementi formali, considerati peraltro non decisivi per l'una o per l'altra ricostruzione³⁷ (unità o pluralità dei documenti contrattuali e contestualità delle stipulazioni), risulta necessario vagliare anche ulteriori profili.

L'analisi deve, quindi, essere condotta, secondo i sostenitori della teoria soggettiva³⁸, avendo riguardo alla volontà delle parti; diversamente, secondo la dottrina maggioritaria³⁹, l'inconsapevolezza ontologica delle parti nell'utilizzo degli strumenti del diritto, la cui valutazione circa gli effetti compete unicamente all'ordinamento⁴⁰, conduce ad una necessaria valorizzazione del profilo causale⁴¹. Vi sarà un contratto misto nel caso di unità della causa⁴², giacché le cause dei singoli

³⁷ Nel senso della irrilevanza degli elementi formali e dell'importanza dell'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti, ai fini dell'individuazione del collegamento negoziale, si v. Cass., 30 dicembre 1959, n. 3588, in *Mass. Foro it.*, 1959, 748; Cass., 6 marzo 1962, n. 424, in *Foro it.*, 1962, I, c. 663; Cass., 24 novembre 1969, n. 3811, in *Mass. Giur. it.*, 1969, 1504; Cass., 25 maggio 1983, n. 3622, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1360; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, cit.; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, 1618; Cass. 18 luglio 2003 n. 11240, in *Giur. it.*, 2004, 739, con commento di REDI, *Contratto di leasing e opzione di riscatto anticipato: un'altra figura di collegamento negoziale*; Cass. 28 luglio 2004, n. 14244, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 345; Cass., 12 gennaio 2006, n. 415, in *Riv. notariato*, 2006, 250.

³⁸ ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Vivante*, I, Roma, 1931, 37.

³⁹ GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 281; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 376; BIANCA, *Il contratto*, cit., 481.

⁴⁰ Cass., 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1142. Si v. SCOGNAMIGLIO, ult. op. cit., 377.

⁴¹ MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., 49; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 376; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., 259; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357; BUONFRATE, *Contratti collegati*, in *Digesto civ.*, *Aggiornamento*, III, I, 2007, 291; Sul punto, inoltre, si v. ampiamente NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, in *Giur. it.*, 2002, 1619, che in nota 8, ripercorre il dibattito dottrinale sorto sul punto.

In giurisprudenza, Cass., 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro padano*, 2000, I, 334; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, cit.; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, cit..

⁴² In senso critico GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 10, 283-284, secondo cui l'accertamento circa l'esistenza di una pluralità ovvero unicità di cause non può essere criterio idoneo per stabilire se ricorre un'ipotesi di contratto unitario ovvero di collegamento negoziale, giacché la causa è elemento essenziale del contratto ma non si identifica con essa e in essa. L'indagine relativa all'elemento causale deve, infatti, porsi tanto logicamente quanto cronologicamente in un momento successivo rispetto all'analisi della struttura negoziale volta a qualificare la fattispecie come collegamento negoziale ovvero contratto misto. L'A. propone a tal fine un criterio basato sul rapporto tra le diverse prestazioni e sulle conseguenze economiche che da queste derivano: in presenza di più

contratti tipici dell'operazione perdono la loro individualità, fondendosi in una unica; viceversa, vi sarà un collegamento negoziale nel caso di utilizzo di una pluralità di negozi, che mantengano ciascuno una propria autonomia strutturale e una propria causa, ancorchè tutti finalizzati ad un comune regolamento di reciproci interessi. Nel primo caso, dunque, un unico, nuovo e autonomo contratto, soggetto alla regola della causa prevalente⁴³; nel secondo, «una pluralità coordinata di contratti che, seppur rimangono distinti, risultano interdipendenti, soggettivamente o funzionalmente, per il raggiungimento di un fine ulteriore, che supera i singoli effetti tipici di ciascun atto collegato, per dar luogo ad un unico regolamento di interessi, che assume una propria diversa rilevanza causale»⁴⁴.

Accanto ai negozi c.d. funzionali⁴⁵, in cui sussiste un negozio accessorio che succede a quello principale sul piano logico e cronologico (si pensi, al contratto di

conseguenze economiche, si avrà, ad ogni modo, un negozio unitario solo quando una di tali conseguenze risulta prevalente rispetto alle altre e queste risultano, al contempo, subordinate, tanto da un punto di vista economico quanto giuridico, all'esistenza della prima cosicché lo scopo finale perseguito dalla parti non può essere raggiunto senza l'attività subordinata. Così, in presenza di un rapporto di subordinazione funzionale avrà origine un contratto unico; in presenza di un rapporto di equiordinazione, ricorrerà il fenomeno del collegamento negoziale.

⁴³ Con riferimento ai criteri teorizzati per individuare la disciplina applicabile, si ricordino il criterio della combinazione (al contratto misto si applica la disciplina prevista per ciascuno dei singoli schemi tipici che compongono il contratto); il criterio dell'applicazione analogica (al contratto misto si applicano le norme previste per istituti affini), oltre al criterio dell'assorbimento o della prevalenza, secondo cui al contratto misto si applica la disciplina dello schema tipico prevalente nella combinazione dei vari contratti. Quest'ultimo risulta, infatti, essere quello che ha trovato maggior accoglimento: Cass., 5 maggio 1961, n. 1041, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1704; Cass., 8 febbraio 1963, n. 221, in *Foro padano*, 1964, I, 174; Cass., 10 marzo 1979, n. 1494, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1759; Cass., Sez. un., 15 marzo 1989, n. 1283, in *Impresa*, 1989, 2312; Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199, in *Giur. it.*, 1998, 1808; Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, cit.; Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2139.

Sul punto, si v. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 59, 63; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 12; CASCIO, ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, cit., 4-5, i quali osservano come detto criterio adombri l'effettiva volontà delle parti in quanto impone che la prestazione ritenuta secondaria sia, ad ogni modo, governata dalle regole sussistenti per la prestazione principale, tralasciandone una regolamentare più specifica.

⁴⁴ Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 4. In senso analogo, *ex pluribus*, Cass. 16 maggio 2003, n. 7640, cit.; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, in *Giur. it.*, 2006, 925; Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, cit.

⁴⁵ Numerose sono state le classificazioni proposte dalla dottrina, soprattutto da parte di coloro che per primi si sono approcciati allo studio del collegamento negoziale. Così, per esempio, SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 375, suggeriva di distinguere tra negozi collegati per volontà delle parti e negozi necessariamente collegati, ulteriormente scindendo, all'interno di questi ultimi, tra i casi in cui un negozio influisce sull'altro (sulla nascita o sul contenuto del rapporto (contratto preliminare rispetto al definitivo), sulle modificazioni (figure dell'accertamento, rinnovazione, sostituzione), sull'estinzione (revoca, mutuo dissenso, recesso unilaterale)) ovvero i casi in cui un negozio esplica la sua funzione e la sua efficacia in relazione ad un altro negozio (negozi accessori e ausiliari, quali i contratti di garanzia; negozi astratti; negozi indiretti e fiduciari; subcontratti); VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., 265 (e in senso analogo, GASPARONI, *Collegamento e*

fideiussione, di pegno e ipoteca rispetto al contratto di credito) e ai negozi che trovano la propria causa in un altro (così il contratto di sublocazione, di subappalto...) ⁴⁶, si rinviene, poi, la categoria dei contratti collegati in senso stretto ⁴⁷. La ricostruzione del fenomeno, di nascita interamente dottrinale, ha a lungo fatto - e continua tutt'oggi a far - disquisire in merito agli elementi necessari per la sua integrazione.

Così, mentre i primi studi ⁴⁸ propendevano per la duplice necessità tanto dell'elemento oggettivo (il nesso teleologico ed economico tra la pluralità di contratti) quanto di quello soggettivo (da intendersi quale intenzione di coordinare i vari negozi verso uno scopo comune), successivamente la dottrina si è divisa tra quanti evidenziano la sola necessità ora del primo ora del secondo elemento.

Vi è chi ⁴⁹ ha sostenuto la sufficienza dell'elemento volitivo per la corretta configurabilità del collegamento negoziale: l'autonomia contrattuale consentirebbe alle parti di imprimere al negozio uno scopo ulteriore rispetto a quello tipicamente riferibile al suo tipo contrattuale. Ciò emergerebbe in modo evidente nell'emblematica ipotesi di negozio in frode alla legge ⁵⁰, in cui il collegamento,

connessione tra negozi, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357) distingueva tra collegamento necessario (di derivazione legale) e volontario (se derivante dalla volontà della parti); legame di concorso (se i negozi convergono cronologicamente verso uno stesso risultato) e legame di sequenza (se i negozi si succedono l'uno all'altro); collegamento genetico (se il nesso si esplica nella fase formativa dei contratti) e funzionale (se il nesso si esplica durante la vita dei contratti); collegamento giuridico e meramente occasionale, (a seconda che derivino effetti giuridici o che il nesso sia meramente materiale).

⁴⁶ Così, secondo la ricostruzione proposta da GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 275.

⁴⁷ L'attenzione della dottrina degli ultimi anni si è concentrata sul collegamento genetico e funzionale volontario, basato cioè sulla volontà delle parti che articola secondo la propria volontà una pluralità di negozi in vista del perseguimento di uno scopo economico unitario. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., 279; FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, cit., 233; SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 465; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit.; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit.; RONDELLI, *I contratti collegati: profili dell'interpretazione*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 133; FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, cit., 127; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 99; ROPPO, *Il contratto*, cit., 387.

⁴⁸ GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 55.

⁴⁹ ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, cit., 37; MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., 48; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, cit., 372; NICOLÒ, *Sulla promessa di pagare il debito altrui*, in *Foro it.*, 1936, I, c. 466; ID., *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476.

In giurisprudenza, si v. Cass., 31 luglio 1936, n. 2895, in *Foro it.*, 1936, I, c. 1466; Cass., 15 gennaio 1937, n. 123, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1470; Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, in *Giust. civ.*, 1971, I, 536; Cass., 5 agosto 1982, n. 4401, in *Giust. civ. mass.*, 1982, 1601.

⁵⁰ NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, 77; CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contr.*, 2011, 1044.

voluto dalle parti, tra due o più contratti rende illecito il fine perseguito, nonostante ogni negozio che compone la struttura economica, singolarmente considerato, sia pienamente lecito e ammissibile. La volontà consiste, in questo caso, nella rappresentazione del risultato pratico da perseguire e sarebbe essa stessa l'elemento che crea la relazione tra i contratti, di per sé dotati di autonomia e causa propria. Come a dire che ciascun contratto gode di vita autonoma, con elementi e finalità specifici ed è la sola volontà delle parti nel porre un particolare legame tra gli stessi che crea una nuova ed ulteriore funzione giuridico-economica: solo l'elemento volitivo è fonte del legame negoziale che soddisfa ulteriori e diversi interessi economici della parti. La *ratio* di una simile posizione dottrinale, per verità rimasta sempre minoritaria, è da ricercarsi, forse, più in una "reazione" al concetto di causa recepito dal codice civile del 1942⁵¹. Una rivincita del ruolo dell'autonomia privata e dell'elemento volontaristico, limitati e compressi da una nozione di causa quale funzione economico-sociale che voleva garantire all'ordinamento un mezzo di controllo sull'agire, anche economico, dei privati.

Per converso, altri⁵² propendono per un ridimensionamento del ruolo dell'elemento volitivo, in favore di quello oggettivo: le argomentazioni sono plurime ma si articolano, fondamentalmente, sul rilievo che le parti negoziali sarebbero attente esclusivamente allo scopo pratico ed economico da perseguire, non possedendo una consapevolezza circa la volontà di collegare una pluralità di negozi. La difficoltà di ponderare intrinsecamente tale aspetto volitivo sarebbe ulteriormente complicata dal rischio di conferire rilevanza e di confondere l'intento con quelli che, in realtà, sono meri motivi negoziali, in quanto tali confinati nell'area dell'irrilevanza.

Tali studiosi, dunque, ritengono più opportuno individuare la sussistenza di un collegamento tra negozi solo ove detta connessione sia oggettivamente individuabile, ponendo l'attenzione esclusivamente alla struttura degli stessi.

E non è mancato chi⁵³ ha osservato come i due requisiti - oggettivo e soggettivo - siano, invece, entrambi necessari.

⁵¹ BUONFRATE, *Contratti collegati*, cit., 287; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit.

⁵² SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 375; TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999, 29; BIANCA, *Il contratto*, cit., 483, che sottolinea come il collegamento funzionale risponda al significato oggettivo dell'operazione, unico interesse unitario delle parti. In giurisprudenza, si v. Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, in *Giust. civ. mass.*, 1981, 543.

⁵³ BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, cit., 1167; COLOMBO, *Operazioni*

Secondo tale orientamento, oggi accolto quasi unanimemente anche in giurisprudenza⁵⁴, si deve vagliare la sussistenza di un rapporto funzionale tra i contratti, ovverosia lo scopo economico finale e complessivo cui sono volti, non altrimenti perseguibile attraverso i singoli contratti, indagandone l'esistenza sia sotto il profilo soggettivo (*animus colligandi*) sia sotto il profilo oggettivo (nesso teleologico-funzionale tra negozi), mediante riscontro di una "volontà obiettivata nell'atto"⁵⁵.

È, infatti, fondamentale che le parti diano vita ad una serie di contratti ciascuno dei quali autonomo e dotato di una propria causa ma, al contempo, concepito e voluto come teleologicamente collegato agli altri ovverosia funzionalmente finalizzato alla realizzazione di un disegno globale, condiviso dai contraenti, così da perseguirsi un risultato economico unitario e complesso attraverso il coordinamento dei negozi. Tra di essi, almeno uno deve trovare la propria causa nell'altro, risultando, così, tra loro coordinati per l'adempimento della funzione unitaria⁵⁶.

Accanto alle ipotesi di collegamento negoziale necessario⁵⁷, sempre più nelle operazioni economiche si registrano collegamenti negoziali di natura "volontaria" o

economiche e collegamento negoziale, cit., 253; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 18; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 41; FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, cit., 237.

⁵⁴ Cass., 18 gennaio 1988, n. 321, in *Giust. civ.*, 1988, I, 174, con nota di MARICONDA; Cass., 20 novembre 1992, n. 1241, in *Corr. giur.*, 1993, 174; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506; Cass., 6 ottobre 1994, n. 8188, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 768; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, 566, con nota di CARBONE; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, cit.; Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, in *Contr.*, 1997, 26; Cass., 27 gennaio 1997, n. 827, cit.; Cass., 23 aprile 2001, n. 5966, in *Contr.*, 2001, 1126; Cass., 23 giugno 2003, n. 9970, in *Arch. civ.*, 2004, 512; Cass., 16 maggio 2003, n. 7640, in *Foro padano*, 2004, I, 257; Cass., Sez. Un., 21 luglio 2004, n. 13580, cit.; Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, in *Contr.*, 2006, 1099; Cass. 17 maggio 2010, n. 11974, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Contratto in genere», n. 333.

⁵⁵ LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 21-22. In termini simili, Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, cit.: «Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale»; Cass., 17 dicembre 2004, n. 23470, in *Rep. Foro It.*, 2004, voce «Contratto atto e negozio in genere», n. 287.

⁵⁶ Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce «Contratto in genere», n. 240; Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, cit.

⁵⁷ Sulla distinzione tra collegamento negoziale volontario e legale si v. Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, cit. Si v. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, cit., 1093 che critica la distinzione tra collegamento tipico ed atipico.

“atipica”⁵⁸, nei quali la giurisprudenza ha colto la non necessarietà tanto di stipulazioni contestuali, quanto della coincidenza soggettiva di tutte le parti⁵⁹, definendosi soggetti del collegamento negoziale coloro che hanno preso parte ad almeno uno dei distinti negozi⁶⁰.

Tale osservazione permette una riconduzione a detto meccanismo di diverse operazioni economiche quali, per quanto qui di interesse, il contratto di *leasing*, di credito al consumo e di *project financing*, di cui si analizzeranno i profili di comunanza al fine di verificare il corretto inquadramento, anche di quest’ultimo, entro i confini del collegamento negoziale.

È stato, infatti, osservato come i singoli contratti di cui si compone la finanza di progetto mantengano una propria autonomia, ma al contempo realizzino una forma volontaria di dipendenza reciproca: in particolare, il contratto di finanziamento risulterebbe subordinato, nel suo perfezionamento e al suo permanere in vita, all’esistenza degli altri contratti di concessione, di costruzione e gestione, di fornitura, di garanzia, di assicurazione, di costituzione della SPV; e, al contempo, detti contratti dipenderebbero dall’esistenza del contratto di finanziamento⁶¹. Ciascuno dei singoli contratti, pur rimanendo autonomo, parteciperebbe alla realizzazione di un’opera capace di produrre *cash flows* e, dunque, rimborso per i finanziatori, utili per i soci della SPV, remunerazione per i fornitori e i gestori, guadagno per i garanti.

Come visto, peraltro, la mancata coincidenza dei soggetti partecipanti ad ogni contratto non risulta impeditiva alla configurabilità del collegamento negoziale in

⁵⁸ Con riferimento alle ipotesi di collegamento occasionale, nel senso dell’irrelevanza dello stesso, RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 1998, 23; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, cit., 428. *Contra* BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, cit., 791 secondo cui questa ipotesi di collegamento assumerebbe un’ipotesi di interpretazione della volontà per quei casi di pluralità di contratti contenuti in un unico atto: si potrebbe, infatti, dedurre un comportamento utile per determinare la comune intenzione delle parti in relazione ad un certo assetto di interessi.

⁵⁹ Cass., 30 ottobre 1991, n. 11638, in *Rep. Giust. civ.*, 1991, voce «*Obbligazioni e contratti*», n. 51; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2162; Cass., 16 settembre 2004, n. 18655, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1251; Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in *Giur. it.*, 2013, 2.

⁶⁰ Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, cit. (sentenza Banco Ambrosiano v. De Benedetti), in cui si legge che «l’esistenza di un collegamento funzionale tra più negozi (...) ne impone una considerazione unitaria anche quando (...) non vi sia coincidenza soggettiva di tutte le parti: essenziale è, infatti, l’unitarietà dell’interesse da esse globalmente perseguito e non anche che i soggetti siano i medesimi in ciascuno dei negozi attraverso i quali l’operazione complessiva si articola».

⁶¹ F. MONTANI, *Project financing*, cit., 350.

quanto ciò che risulta essenziale è la considerazione organica del progetto, in ragione dell'unitarietà dell'interesse globalmente perseguito.

Ognuno dei contratti sarebbe connotato, ulteriormente, da un profilo di essenzialità in relazione all'operazione complessiva giacchè l'intera architettura del *project financing* verrebbe meno in caso di caducazione anche di uno solo dei negozi che lo compongono in quanto, seppur autonomi, funzionalmente finalizzati alla realizzazione di quel disegno unitario condiviso da tutti i contraenti attraverso il coordinamento dei negozi.

Le ricostruzioni circa quale sia il contratto cardine, attorno al quale si sviluppa la dipendenza degli altri, sono state plurime, ponendo l'attenzione ora al contratto di finanziamento⁶², ora al contratto di concessione⁶³. Tuttavia, più correttamente, dovrebbe osservarsi come sussistano plurimi rapporti di interdipendenza, caratterizzati da diverse intensità, e non un contratto preponderante sugli altri.

Così, il contratto di concessione è indispensabile perché possa concludersi il contratto di finanziamento e i contratti di appalto, di fornitura, di garanzia; l'esistenza del contratto di finanziamento costituisce altresì presupposto per l'esistenza dei citati contratti di appalto, fornitura, garanzia, i quali, a loro volta, costituiscono condizione per il perfezionamento del contratto di finanziamento.

Tali interrelazioni caratterizzano non solo il momento formativo dei singoli contratti, ma anche la fase esecutiva, durante la quale il venir meno di uno di essi può comportare un'alterazione degli equilibri dei rapporti contrattuali, sino alla patologica conseguenza dell'abbandono del progetto.

Verrebbe, dunque, ad escludersi la configurabilità, da taluno proposta, di un mero collegamento genetico⁶⁴ nonché la mera riconducibilità dell'istituto in esame ad un'ipotesi di collegamento funzionale. Le particolari interrelazioni riscontrabili - *conditions precedent*⁶⁵ nella fase genetica e strumenti di garanzia dirette al mantenimento in vita del progetto nella fase esecutiva⁶⁶ - porterebbero, infatti, ad

⁶² RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., 241.

⁶³ ROBLES, *Project financing pubblico e formazione del "consenso negoziale"*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 791.

⁶⁴ LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 15; CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, cit., 1097; GASPARONI, *Collegamento e concessione tra negozi*, cit., 367; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., 378.

⁶⁵ Sul punto si rimanda al Cap. I, § 5.4.

⁶⁶ Si v., più dettagliatamente, i §§ 7.1.1., 7.1.2. e 7.1.3. del presente Capitolo.

affermare la sussistenza di un collegamento negoziale di duplice natura: genetico e funzionale. E, al contempo, l'intricata rete dei descritti rapporti permetterebbe di escludere una connessione unilaterale⁶⁷, in favore di una connessione reciproca⁶⁸: la causa dell'un contratto si riflette in quella dell'altro, producendo, così, un coordinamento complessivo volto all'adempimento della funzione unitaria.

La ricostruzione della finanza di progetto in termini di collegamento unilaterale voleva rappresentare una soluzione alla problematica degli aspetti patologici del collegamento negoziale stesso.

Risulta, infatti, necessario un passaggio da un aspetto speculativo-dogmatico ad un approccio di carattere pratico, per comprendere, in assenza di dettato normativo, quale sia la disciplina concretamente applicabile in ipotesi di collegamento negoziale. Secondo il principio *simul stabunt simul cadent*⁶⁹, utilizzato anche per superare il principio di relatività degli effetti del contratto, si realizza un meccanismo di riversione⁷⁰ degli effetti patologici di un contratto sull'altro, tanto genetici quanto funzionali⁷¹. Così, le cause di invalidità, risoluzione o rescissione si propagano da un

⁶⁷ In favore della ricostruzione del *project financing* quale collegamento unilaterale, si v. RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit.

⁶⁸ COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, cit., 428; F. MONTANI, *Project financing*, cit., 347.

⁶⁹ CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, cit., 401; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., 333; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 191. In giurisprudenza, si v. Cass., 25 febbraio 1958 n. 629, in *Foro it.*, 1958, I, c. 550; Cass., 27 giugno 1968, n. 2174, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1599; Cass., 22 luglio 1971, n. 2404, cit.

⁷⁰ SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annali di diritto comparato e studi legislativi*, XXVII, 1951, 54 ss.; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 402; TOMMASINI, *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 596. In giurisprudenza, Trib. Pisa, 20 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 645, con commento di VICIANI; Cass., 21 giugno 1955, n. 1912, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1823; Cass., 26 settembre 1977, n. 4081, in *Rep. Foro it.*, 1977, voce «*Contratto in genere*», n. 181; Cass., 19 aprile 1979, n. 2204, in *Rep. Giur. it.*, 1979, voce «*Obbligazioni e contratti*», 492; Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, cit.; Cass., 21 ottobre 1983, n. 6193, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1310; Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1460, con commento di CIRILLO; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, cit.; Cass., 17 ottobre 1995, n. 10820, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3123; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, cit.; Cass., 24 maggio 2003, n. 8253, in *Riv. notariato*, 2004, 201; Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, in *Giur. it.*, 2006, 2064, con nota di BATTELLI; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «*Contratto in genere*», n. 175; Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Contr.*, 2007, 900.

⁷¹ Si trasmettono, pertanto, le cause di invalidità, così come di recesso, rescissione e risoluzione. Dottrina e giurisprudenza ammettono oggi anche la possibilità di opporre l'*exceptio inadimpleti contractus* ai sensi e per gli effetti dell'art. 1460 c.c. Superando, infatti, le obiezioni di chi (PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 128; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 438 e in senso analogo, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 1 dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it.* 1963, I, c. 1475) riteneva non opponibile l'eccezione in oggetto per mancanza del requisito dell'unicità della fonte da cui traggono origine le diverse obbligazioni se ne è, invece, affermata la piena operatività con il semplice accorgimento che risulta necessario accertare il vincolo di corrispettività tra tutte le prestazioni caratterizzanti l'operazione economica unitaria. L'eccezione risulta, dunque, opponibile in

negozio all'altro in quanto seppur «il collegamento impresso dalle parti ai negozi non incide sull'autonomia strutturale dei contratti, (...) ne determina la medesima sorte, legata a quella funzionalità economica unitaria data dai contraenti in vista del raggiungimento di un unico interesse economico»⁷².

Dunque, mentre in presenza di un collegamento bilaterale, i vizi inficianti l'un contratto si propagano anche al secondo e viceversa, nel collegamento unilaterale le vicende del contratto si comunicano solo dal contratto "principale" al contratto subordinato ma non anche il contrario⁷³.

Configurare, quindi, *il project financing* quale collegamento unilaterale, caratterizzato dalla centralità del contratto di finanziamento rispetto a tutti gli altri rapporti⁷⁴, consentirebbe di affermare che solo i vizi relativi al contratto di finanziamento si ripercuotono sugli altri, conferendo, quindi, una particolare posizione di tutela per i *lenders*: questi ultimi potrebbero far valer i vizi del contratto di finanziamento, determinando la trasmissione degli effetti a tutti gli altri contratti, così compromettendo l'operazione di *project financing*; al contempo, sarebbero preservati dal rischio che i vizi degli altri negozi si possano ripercuotere su quello di finanziamento, evitando così che l'operazione economica possa essere compromessa in presenza di vizi connessi a contratti "ancillari".

Se da un punto di vista pratico una simile ricostruzione può apparire utile nella prospettiva di tutelare i *lenders* e di incentivare così il ricorso a tale strumento negoziale, essa non può, tuttavia, essere condivisa per la visione limitata che fornisce dell'intera operazione economica, nella quale le relazioni tra contratti sono, in realtà, ben più articolare e complesse, irriducibili all'idea della dipendenza dell'intera

quanto le reciproche inadempienze, seppure riferibili a diversi contratti, sono reciprocamente condizionate ad una valutazione unitaria o complessiva dell'operazione economica finale, ponendosi in un rapporto di reciproca interdipendenza. Così, la giurisprudenza (Cass., 28 maggio 2003, n. 8467, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n.578; Cass., 19 dicembre 2003, n. 19556, in *Foro it.*, 2004, I, c. 718, con nota di FAELLA; Cass., 17 marzo 2006, n. 5938, in *Impresa*, 2006, 1355) e, altresì, la dottrina: GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 350; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, 327; SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. merito*, 1972, 149; CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento in Giur. it.*, 1982, I, 1, 380; RAPPAZZO., *I contratti collegati*, cit., 71; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 297; D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 725.

⁷² Trib. Rovigo, 25 gennaio 2011, inedita.

⁷³ RAPPAZZO A., RAPPAZZO G., *Il collegamento negoziale nella società per azioni. La delibera collegata*, Milano, 2008, 70.

⁷⁴ RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, cit., 241.

operazione dal solo rapporto di finanziamento.

Si impone, dunque, di volgere lo sguardo verso la teoria del collegamento negoziale bilaterale, in cui una pluralità di contratti si configura come essenziale ai fini del conseguimento del risultato unitario, esaminando le ripercussioni delle patologie di un contratto sull'altro.

Parte della dottrina⁷⁵ e della giurisprudenza⁷⁶ ha evidenziato come il principio *simul stabunt simul cadent* connesso all'unitarietà funzionale dell'operazione economica sottesa non debba trovare un'applicazione automatica ma alla luce di un'analisi caso per caso. Infatti, vi è chi⁷⁷ sostiene come l'esistenza del concetto di "collegamento negoziale" non debba essere fatta coincidere con l'individuazione degli effetti che da questo discendono, ponendosi i due profili su due diversi piani. Dunque, il collegamento negoziale non porta con sé necessariamente la regola del *simul stabunt, simul cadent*, nata, in tale contesto, per consentire ad un soggetto, partecipe dell'operazione complessiva ma tecnicamente estraneo rispetto ad un singolo contratto, di opporre eccezioni legate a tale rapporto. Secondo un simile approccio, infatti, al fine di verificare la riversione di un vizio di un negozio sugli altri contratti si deve valutare la sussistenza o meno di una residua utilità dei negozi non viziati nell'ottica dell'originario obiettivo economico unitario.

Il contratto o i contratti non affetti da patologie, infatti, non potrebbero essere *ex se* dichiarati invalidi, quale automatica ricaduta di un'altra posizione contrattuale, dovendosi dimostrare come non più utile al raggiungimento dell'originario programma negoziale, secondo il principio dell'*utile per inutile vitiatur*⁷⁸. Anche se,

⁷⁵ CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 176; ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 705; GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 1049; FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, cit., 324; SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 301; CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, cit., 397; TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 596; NARDI, *Causa del contratti, collegamento negoziale e presupposizione*, in *Giur. merito*, 2006, 567; ID., *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, cit.

⁷⁶ Cass., 5 aprile 2011, n. 7780, inedita; Cass., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 5; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, cit.; Cass., 18 gennaio 1988, n. 321, cit.; Cass., 30 maggio 1987, n. 4822, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2883; Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1537; Cass., 18 marzo 1975, n. 1042, in *Giur. it.*, 1976, I, 3, 1190; Cass., 5 luglio 1971, n. 2091, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2190.

⁷⁷ FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, cit., 275.

⁷⁸ Abbracciano la logica dell'*utile per inutile vitiatur*, senza, tuttavia, porre in discussione l'automatismo con cui opera la riversione delle patologie da un contratto all'altro: DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., 412, secondo cui la causa della ripercussione delle vicende di un contratto

forse, a giudizio di chi scrive, dovrebbe discorrersi più propriamente di incapacità del residuo negozio di conseguire il programma negoziale originariamente previsto, giacché il collegamento negoziale muove proprio dalla logica di raggiungere un determinato risultato non diversamente perseguibile dai singoli contratti isolatamente considerati.

La valutazione circa le sorti del residuo contratto si sposterebbero, quindi, in un'ottica differente: non più quella della caducazione automatica per il sol fatto che uno dei rapporti negoziali sia viziato bensì quello dell'utilità (o della capacità) di perseguire, anche in assenza del contratto invalido, l'obiettivo economico complessivo. Seguendo tale *iter* logico, si deve, quindi, pervenire ad una valutazione⁷⁹ circa la necessarietà ed imprescindibilità del contratto affetto da patologia nel contesto dell'operazione e, solo ove il giudizio sia positivo, ne conseguirebbe una ripercussione sulle sorti degli ulteriori contratti, analogamente alla previsione dell'art. 1419 c.c.⁸⁰ in tema di nullità parziale⁸¹.

sugli altri è da rintracciarsi nel criterio dell'impossibilità sopravvenuta: si tratta, infatti, di un'impossibilità per il contratto collegato di perseguire il fine economico unitario, giacché, venuto meno un altro contratto, risulta ontologicamente impossibile per i negozi residui realizzare a detto scopo; BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, cit., spec. 791, 1182, il quale argomenta come alla categoria della validità-invalidità si sostituirebbe quella della utilità-inutilità, giacché l'invalidità di uno dei contratti collegati rende inutili tutti gli altri che, di conseguenza, vengono meno; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., 279, secondo cui «l'unica interpretazione da accettare è che il venir meno di un negozio per qualsiasi causa (...) non reagisce direttamente sull'altro ma rende impossibile in via primaria la realizzazione della funzione perseguita attraverso il loro coordinamento ed impedisce di individuare ancora l'attività di collegamento per la mancanza di pluralità di atti; in conseguenza diviene inutile anche il negozio collegato al primo, non più qualificato dalla destinazione del risultato unitario, che lo manteneva avvinto nella serie di atti costituenti quell'attività»; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., 196; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., spec. 234; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., 350. Si v., inoltre, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 332; TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 510.

⁷⁹ NARDI, *Causa del contratti, collegamento negoziale e presupposizione*, cit., 567: «ancorché uno dei negozi collegati sia colpito da invalidità, non si vede perché anche gli altri, strutturalmente validi, ove si dimostrino comunque idonei a perseguire il fine prefisso, si dovrebbero considerare invalidi. Stante lo scopo pratico che con la complessiva operazione si voleva raggiungere, non dovrebbe cioè esso ritenersi a priori irraggiungibile ove tra tutti i contratti originariamente stipulati, uno o più di essi si riveli inefficace». Analogamente, D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, in BIGAVI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, Torino, 1999, 11; AZZARO, *Sub artt. 1469bis-1469sexies*, in ALPA, PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, 825. Sulla portata dell'art. 1419 c.c., si rimanda a ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., 705; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., 176.

⁸⁰ Così, TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, cit., 224, secondo cui l'art. 1419 c.c. in materia di collegamento negoziale trova applicazione non già in via diretta bensì in via analogica; secondo altri, invece, troverebbe un'applicazione diretta, dovendosi qualificare i contratti collegati

Solo tramite una simile logica potrebbe condividersi lo schema ricostruttivo della finanza di progetto quale collegamento negoziale volontario bilaterale: permetterebbe, infatti, di valutare caso per caso l'applicazione della regola della caducazione dell'operazione economica, distinguendo tra ipotesi in cui i contratti risultano essenziali (si pensi al contratto di finanziamento ovvero al contratto di appalto ovvero al contratto di concessione) dalle diverse ipotesi in cui la presenza del singolo negozio non appare altrettanto manifesta o, ad ogni modo, appare attenuata e tale da permettere, ciò nonostante, di raggiungere il fine prestabilito o una parte significativa di esso.

Ben confacente parrebbe, quindi, la logica sottesa alla portata applicativa dell'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale, per cui nel caso di contratti collegati, l'invalidità di uno dei contratti del progetto potrebbe determinare l'invalidità di tutti gli altri, solo qualora risultasse che senza il contratto viziato le parti non avrebbero concluso gli altri contratti. Una valutazione che sarà certamente rimessa all'apprezzamento del giudice, emergendo, quindi, quanto sia fondamentale che dagli assetti contrattuali risulti con particolare evidenza lo scopo economico del contratto.

2.1 (Segue): profili critici

La logica dell'*utile per inutile vitiatur* non sembrerebbe, tuttavia, trovare riscontro in due significative ipotesi applicative di collegamento negoziale. Sintomatiche, a tal fine, sono le vicende del contratto di credito al consumo, da un lato e di locazione finanziaria, dall'altro, accomunate, seppur sotto diversi profili, da un'applicazione automatica del principio di riversione dei vizi di un contratto sugli altri.

In particolare, l'operazione di credito al consumo⁸² è composta da un contratto di

come unico contratto atipico, definito da una parte della dottrina e della giurisprudenza meno recenti come "negozio di collegamento" o "negozio atipico collegato": SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. e giur.*, 1968, 847.

⁸¹ In giurisprudenza, Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, cit.; Cass., 30 maggio 1987, n. 4822, cit.

⁸² CARVALE, *Credito al consumo*, in *Enc. Banca e Borsa*, V, Milano, 1971, 695; ALPA, BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di "credito al consumo"*, in *Riv. società*, 1975, 1362; SINESIO, *Il credito al consumo. Problemi e prospettive nella realtà italiana*, in MAZZONI, NIGRO (a cura di), *Credito e moneta*, Milano, 1982, 318; OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 542; FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 597; DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle*

acquisto di un bene o di un servizio a cui, ancillarmente, si affianca un contratto di finanziamento per l'acquisto medesimo, oggi disciplinata dal Testo Unico Bancario (D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385) agli artt. 121 e seguenti.

Ante riforma⁸³, l'art. 42 del Codice del Consumo⁸⁴ prevedeva che, a fronte di un inadempimento del venditore, l'acquirente potesse eccepire tale evento risolutivo nei confronti del finanziatore esclusivamente nell'ipotesi in cui tra venditore e finanziatore sussistesse un patto di esclusiva per la concessione del credito. In assenza di tale accordo, l'acquirente era obbligato ad adempiere il contratto di finanziamento, indipendentemente dalle sorti del contratto di compravendita.

La previsione di una così limitata area di operatività del principio di *simul stabunt simul cadent* sembra potersi leggere nel senso che il legislatore volesse escludere

direttive comunitarie sul credito al consumo, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 905; ALPA, *Credito al consumo*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1992, 23; TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (L. 19.2.1992, n. 142, artt. 18-24)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, 403; ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, 6; GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, 187; GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1996, 622; DE NOVA, *Il credito al consumo. Disposizioni varie*, in FERRO-LUZZI, CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, 1882; CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002, XXXI, 114; MACARIO, *Il credito al consumo*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, IV, 96; AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, Milano, 2003, 181; LOBUONO, LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007; MAZZAMUTO, *Il credito al consumo*, in ID., *Il contratto di diritto europeo*, Milano, 2012, 357; CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 590; MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ventennale?*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009, 22; PIGNATARO, *Il credito al consumo*, in STANZIONE, MUSIO (a cura di), in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XXX, *La tutela del consumatore*, Torino, 2009, 211; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t. u. bancario*, in *Contr.*, 2010, 1053; COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 262.

⁸³ Il riconoscimento formale del credito al consumo in Italia è avvenuto con la L. 19 febbraio 1992, n. 142, che ha recepito la Direttiva 87/102/CEE, poi modificata dalle direttive nn. 90/88/CEE e 98/7/CEE. Successivamente, la materia è confluita, dapprima nel D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, c.d. TUB (artt. 121-126) e successivamente nel D.Lgs. 206/2005, c.d. Codice del Consumo (artt. 40-43). In seguito all'entrata in vigore della Direttiva 2008/48/CE, che abrogava la precedente, il D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (recentemente modificato ed integrato dal D.Lgs. n. 169/2012), che ne ha recepito il contenuto, ha modificato gli artt. 121-126 del T.U. B., nel quale è ora disciplinata la materia, abrogando contestualmente gli artt. 40-42 Cod. Cons.

⁸⁴ Così l'art. 42 Codice Consumo: «Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. La responsabilità si estende anche al terzo, al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito».

l'esistenza di un collegamento negoziale quale regola del contratto di credito al consumo, giacchè, diversamente, il principio di riversione delle vicende patologiche del contratto di compravendita su quello di finanziamento avrebbe dovuto operare come criterio generale⁸⁵ e non, quale eccezione, in un'ipotesi residuale⁸⁶.

E, infatti, durante la vigenza del suddetto articolo 42, solamente in pochissime occasioni⁸⁷ la giurisprudenza italiana ha valutato il contratto di credito al consumo quale collegamento negoziale anche in assenza di patto di esclusiva tra finanziatore e

⁸⁵ Trib. Torino, 11 dicembre 2007, n. 7797, in *Giur. merito*, 2008, 2476.

Nel senso di qualificare le ipotesi di credito al consumo quale collegamento negoziale, già prima della Direttiva del 2008, si v. MAIMERI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca impr. soc.*, 1985, 437; FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 256; FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, cit., 591; OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, cit., 542; LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, 1992, 138; SINESIO, *Il credito al consumo. Problemi e prospettive nella realtà italiana*, cit., 315; MACARIO, *Il credito al consumo*, cit., 496; CHINÈ, *Contratti di finanziamento e tutela del consumatore*, in CUFFARO (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Torino, 2005, 455.

⁸⁶ L'art. 42 Cod. Cons. rispecchiava la logica di tutela degli istituti di credito, che, fino ad allora, era stata abbracciata nei contratti di finanziamento (es. materia di mutuo). Diversamente, la successiva Direttiva 2008/48/CE, volta al perseguimento di un'armonizzazione massima, si caratterizza per una logica di protezione del consumatore. Sul punto la dottrina osserva, tuttavia, come il motivo che abbia mosso il legislatore comunitario non sia effettivamente quello di tutela della parte contrattuale debole *ex se*, quanto la preoccupazione per il buon funzionamento del mercato, nel quale le transazioni economiche e commerciali sarebbero state incentivate ove il consumatore avesse avuto la percezione di essere protetto. Sul punto si rimanda a TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, I, 727; OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, cit., 540; MAIMERI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva comunitaria sul credito al consumo*, cit., 444; AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, cit., 229; ID., *Rapport italien, Le contrat du consommateur*, in AA. VV., *Le consommateur, Travaux de l'Association Henry Capitant, Journées colombiennes*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 131; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 257.

La Direttiva oggi fa riferimento, più propriamente, ai "contratti di credito ai consumatori" e non più ai contratti di credito al consumo, ma il relativo ambito applicativo non appare variato rispetto a quello della precedente normativa comunitaria (art. 2).

⁸⁷ Cass., 19 aprile 1979, n. 2204, cit.; Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, cit.; Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Giur. it.*, 2005, 1406; in *Contr.*, 2005, 28; Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 302, con commento di FERRANDO, *Contratti collegati: il caso del credito al consumo*; in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094, con commento di MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1480, con commento di MASUCCI; in *Soc. e dir.*, 1994, 708, con commento di RODDI; Trib. Firenze, 30 maggio 2007, in *Contr.*, 2008, 261; Trib. Milano, 24 ottobre 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 346, con commento di RONCHESE, *Credito al consumo e diritti del consumatore nel rapporto con il finanziatore. Contra*, per tutte, si v. la storica pronuncia del Trib. S. Maria Capua Vetere, 17 giugno 1989, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, 670, con commento di FERRANDO, secondo cui l'assenza di un legame contrattuale tra venditore e finanziatore e, al contempo la validità di clausole volte ad escludere l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative al contratto di vendita, dimostrano la totale autonomia dei rapporti che si instaurano tra consumatore, fornitore e finanziatore: il riconoscimento di una connessione tra i contratti veniva limitato all'aspetto economico e non esteso anche a quello giuridico.

venditore. La sussistenza della natura volontaria del collegamento veniva indagata attraverso l'applicazione dei sopra descritti criteri oggettivi e soggettivi, accertando la sussistenza di un'operazione economica unitaria di cui i contratti di compravendita e di finanziamento facevano parte, dando origine a rapporti bilaterali (acquirente/venditore; finanziatore/finanziato; finanziatore/venditore) in cui "gli interessi dei tre soggetti coinvolti sono geneticamente intrecciati, in una connessione teleologica per così dire circolare".⁸⁸

Riconosciuta la sussistenza di un collegamento negoziale legale nella circoscritta ipotesi di cui all'art. 42 Cod. Cons., e volontario in presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi, il consumatore poteva opporre al finanziatore le eccezioni di invalidità, risoluzione e rescissione derivanti dal rapporto di compravendita.

Solo a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia⁸⁹, conformemente alla *ratio* di tutela del consumatore espressa senza riserve anche nei considerando⁹⁰ della Direttiva 87/102/CEE⁹¹, si è giunti a qualificare il credito al consumo quale collegamento negoziale anche fuori dalle ipotesi del patto di esclusiva, riconoscendosi nell'art. 42 Cod. Cons. la previsione di un diritto ulteriore rispetto a quello dell'automatica riversione delle patologie contrattuali, quale la richiesta di

⁸⁸ Trib. Milano, 24 ottobre 2008, cit.

⁸⁹ Corte di Giust. CE, 23 aprile 2009, causa c-509/07, Scapelli c. Neos Banca S.p.a., in *Contr.*, 2009, 653, con commento di MACARIO, *Inadempimento del fornitore e tutela del debitore nel credito al consumo*; in *Giur. it.*, 2010, 50, con commento di BATTELLI, *Credito al consumo: fornitore inadempiente e accordo tra creditore e fornitore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 1091. Si v. BATTILORO, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 779.

⁹⁰ Così, il considerando 21, secondo cui «considerando che, per quanto riguarda i beni e servizi che il consumatore ha sottoscritto per contratto di acquistare a credito, il consumatore, almeno nelle circostanze sotto definite, deve godere, nei confronti del creditore, di diritti che si aggiungono ai suoi normali diritti contrattuali nei riguardi di questo e del fornitore di beni o servizi; che le circostanze di cui sopra sussistono quando tra il creditore e il fornitore di beni o servizi esiste un precedente accordo in base al quale il credito è messo da quel creditore a disposizione esclusivamente dei clienti di quel fornitore per consentire al consumatore l'acquisto di merci o di servizi da tale fornitore»; ed il considerando 25, nel quale si legge che «considerando che la presente direttiva è intesa a conseguire un certo grado di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di crediti al consumo nonché un certo livello di protezione del consumatore e pertanto non dovrebbe essere escluso che gli Stati membri possano mantenere o adottare misure più severe per la protezione del consumatore nel rispetto dei loro obblighi derivanti dal trattato (...)».

⁹¹ L'art. 42 Cod. Cons. non doveva leggersi in senso garantistico per gli istituti finanziari e di credito, bensì a favore della parte contrattuale più debole in una prospettiva di equa allocazione del rischio dell'operazione economica. Il pericolo più evidente era, infatti, quello di far gravare sul consumatore un rischio economico iniquo, imponendo a quest'ultimo l'obbligo di rimborso del finanziamento anche nei casi in cui il venditore risultasse inadempiente. MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, cit., 4-5.

risarcimento del danno causato dall'inadempienza del venditore⁹².

Tale questione si è definitivamente risolta con l'esplicito riconoscimento, da parte del legislatore comunitario, del credito al consumo quale collegamento negoziale ad opera della Direttiva del 2008 (art. 3)⁹³, recepita con il Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141 che ridisciplina la materia nel Testo Unico Bancario (D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385) agli artt. 121 e seguenti⁹⁴.

Tanto il legislatore comunitario quanto quello nazionale hanno, dunque, dimostrato di riconoscere l'esistenza del meccanismo del collegamento negoziale nelle ipotesi di credito al consumo e del conseguente principio di reversione degli effetti, ogniquale volta il credito serve a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci o alla prestazione di servizi specifici e i due contratti costituiscano oggettivamente un'unica operazione commerciale⁹⁵.

Esito analogo, seppur in via giurisprudenziale, si registra in tema di contratto di locazione finanziaria, in cui inizialmente, non riconoscendo la sussistenza del collegamento negoziale, si negava al consumatore la possibilità di esperire anche nei confronti della società di *leasing* le eccezioni opponibili al fornitore e, anzi, venivano convenzionalmente previste clausole facenti gravare sull'utilizzatore il rischio della

⁹² Corte di Giust. CE, 23 aprile 2009, causa c-509/07, cit.: «Il diritto di procedere in giudizio di cui all'art. 11, n.2, della direttiva 87/102 costituisce una protezione supplementare offerta dalla direttiva di cui trattasi al consumatore nei riguardi del creditore, che si aggiunge alle azioni che il consumatore può già esercitare sulla base delle disposizioni nazionali applicabili ad ogni rapporto contrattuale».

⁹³ L'art. 3 della Direttiva 2008/48/CE recita: «nel contratto di credito collegato i due contratti costituiscono oggettivamente un'unica operazione commerciale (..) quando il fornitore o il prestatore stesso finanzia il credito al consumo oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito o qualora le merci specifiche o la prestazione di servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito». Si v. OSSI, *Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1435; GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del D.Lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 324-325.

⁹⁴ L'art. art. 125 *quinquies*, in particolare, prevede che, nel caso in cui l'inadempimento del fornitore assuma rilievo *ex art. 1455 c.c.*, il consumatore può ottenere la risoluzione del contratto di finanziamento se il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; ovvero, alternativamente, il bene o il servizio sono esplicitamente individuati nel contratto di credito.

⁹⁵ Nel recepimento italiano, l'art. 121.1 TUB lettera d), più restrittivamente e facendo scomparire il riferimento all'"operazione commerciale oggettivamente unica", contenuto nell'art. 3 della Direttiva 2008/48/CE, afferma che si è in presenza di un contratto di credito collegato quando, essendo finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifico, ricorre almeno una delle seguenti condizioni: 1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto; 2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito. Sul punto, MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 795.

mancata consegna del bene.

Nel *leasing* finanziario⁹⁶, in particolare, il concedente diviene proprietario di un bene in forza di un contratto di compravendita concluso con un fornitore, secondo le indicazioni ricevute dal soggetto utilizzatore, a sua volta vincolato con la società di *leasing* concedente alla successiva presa in consegna del bene stesso a titolo di locazione finanziaria.

Riconosciuta l'esistenza di un duplice rapporto contrattuale - da un lato il contratto di compravendita tra concedente e fornitore, dall'altro il contratto di *leasing* in senso stretto tra concedente e utilizzatore - dottrina e giurisprudenza si sono chiesti se si fosse in presenza di un rapporto trilaterale⁹⁷ ovvero di un collegamento negoziale⁹⁸.

⁹⁶ La dottrina sul punto è vasta. Tra i molti, si v. GARGIULLO, *Aspetti giuridici del contratto di leasing*, in *Foro it.* 1971, V, c. 38; BUONOCORE, *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975; CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, II, 471; FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; CALANDRA BUONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 185; DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985; CLARIZIA, *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989, 70; LA TORRE, *I due tipi di leasing secondo la nuova giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. leasing*, 1989, 584; RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989; DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, 215; BONFANTE, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di locazione finanziaria* in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 380; CLARIZIA, "Nuova figura di leasing" e vecchi problemi, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 742; DE NOVA, *La Cassazione e il leasing atto secondo*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 461; BUSSANI, *Proprietà, garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in IUDICA, ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 359; PURCARO, *La locazione finanziaria: leasing*, Padova, 1998; LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, in *Studium iuris*, 2001, 1157; MUNARI, *Leasing*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 655; DE NOVA, *Leasing*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 2008, 462. Circa la differente qualificazione tra *leasing* operativo e *leasing* finanziario, nonché l'ulteriore qualificazione, all'interno di quest'ultimo, tra *leasing* di godimento e del *leasing* traslativo, si v., in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, c. 177.

⁹⁷ LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, cit., 1157. Propensi ad una qualificazione del *leasing* in termini di contratto plurilaterale, quale fattispecie contrattuale a formazione progressiva: PURCARO, *La locazione finanziaria: leasing*, cit., 24; GORGONI, *Credito al consumo e «leasing» traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 1148; CHINDEMI, *Leasing di autovettura non immatricolata: diritti ed obblighi delle parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 440. Cfr. anche DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., 33. In giurisprudenza, in termini di contratto plurilaterale, Cass., 30 maggio 1995, n. 6076, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce «Vendita», n. 86; Cass. 11 luglio 1995, n. 7595, in *Resp. civ. e prev.*, 1995, 335, con nota di GORGONI; Cass., 16 maggio 1997, n. 4367, in *Contr.*, 1997, 520; Cass., 2 novembre 1998, n. 2265, in *Foro it.* 1998, I, 3081; Cass., 26 gennaio 2000, n. 854, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2269: «La locazione finanziaria dà luogo ad un'operazione giuridica unitaria, nella quale ognuno dei contraenti è consapevole di concludere un accordo con le altre parti interessate dall'affare; ciascun contraente assume volontariamente obblighi nei confronti delle altre due parti; il fornitore si obbliga nei confronti del concedente a trasferirgli la proprietà e nei confronti dell'utilizzatore a consegnargli il bene e a dargli le garanzie della vendita; il concedente si obbliga a pagare il prezzo del bene al fornitore ed a consentire il godimento all'utilizzatore; questi a sua volta si obbliga a rimborsare al concedente con gli interessi e le spese il finanziamento ottenuto.

⁹⁸ CALANDRA BUONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, cit., 185; CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*,

In tale ultimo senso si è espressa una consolidata giurisprudenza⁹⁹, valorizzando l'unitarietà dell'operazione economica: il contratto di compravendita (tra società di *leasing* e terzo) è concluso al precipuo scopo, noto al terzo dante causa, di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità del bene¹⁰⁰. Indice di tale connessione sarebbe proprio la presenza di clausole di interconnessione tra i predetti contratti¹⁰¹: nel contratto di *leasing* vengono inserite le specifiche caratteristiche che il bene dovrà avere, nonché viene fatta menzione del successivo rapporto di compravendita tra la società di locazione finanziaria e il terzo-fornitore del bene; nel contratto di compravendita si conviene espressamente che l'acquisto del bene è finalizzato alla successiva concessione in godimento all'utilizzatore, prevedendo, tra l'altro, che la consegna avvenga direttamente a quest'ultimo, legittimato ad agire nei confronti del fornitore in caso di inadempimento ovvero in presenza di vizi. Le azioni¹⁰² che tradizionalmente spettano all'acquirente, in virtù delle garanzie cui è tenuto il fornitore, vengono, dunque, esercitate nei confronti di quest'ultimo direttamente dall'utilizzatore. Si noti che la giurisprudenza¹⁰³ si è recentemente espressa nel senso di ritenere illegittime¹⁰⁴ eventuali clausole che

cit.; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, cit., 376. Nel senso della natura bilaterale del rapporto, TONIATO, *Il contratto di leasing*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 3, *Il contratto*, Milano, 2009, 924, il quale ritiene il rapporto tra concedente ed utilizzatore del tutto autonomo rispetto al fornitore mancando uno scopo comune tra fornitore, concedente ed utilizzatore. In giurisprudenza, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, 3081, con nota di LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*; Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 435, con nota di CHINDEMI; Cass., 29 aprile 2004, n. 8218, in *Contr.*, 2004, 1023, con nota di ADDANTE, *Dovere di collaborazione tra concedente ed utilizzatore nel leasing e clausole di traslazione del rischio*.

⁹⁹ Cass., 25 maggio 2004, n. 10032, in *ObbL. e contr.*, 2005, 14 con commento di COGNOLATO; Cass., 10 ottobre 2004, n. 19657, in *Contr.*, 2005, 493; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *ObbL. e contr.*, 2006, 773; Cass., 29 settembre 2007, n. 20592, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 35.

¹⁰⁰ Tra le molte, Cass. 27 luglio 2006, n. 17145, cit.

¹⁰¹ Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit. Più approfonditamente si v. MUNARI, *Leasing*, cit., 659.

¹⁰² CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, 1996, 194; MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989, 21.

¹⁰³ Cass., 2 ottobre 1998, n. 9785, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3083; Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass., 19 novembre 1998, n. 11669, in *www.italggiure.giustizia.it*; Trib. Milano, 15 gennaio 2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 389; Cass. 25 maggio 2004, n. 10032, cit.; Cass., 29 settembre 2007, n. 20592, cit.; Cass., 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Contr.*, 2011, 994, con commento di RUMI, *Operazioni di finanziamento e nullità della clausola di rinuncia all'eccezione di inadempimento del fornitore*; Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, cit.

¹⁰⁴ Anche parte della dottrina propende per l'illiceità di tali clausole limitative della responsabilità, valorizzando il profilo causale del contratto, nel quale verrebbe individuata una causa di scambio poiché la prestazione del concedente si compone anche di una componente di dare e far godere. NOCERA, *Collegamento negoziale, causa concreta e clausola di traslazione del rischio: la giustizia contrattuale incontra il leasing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 358; CHINDEMI, *Leasing di autovettura non immatricolata: diritti ed obblighi delle parti*, cit., 435. Diversamente, ampia parte

pongano ad esclusivo carico dell'utilizzatore i rischi connessi alla mancata o tardiva consegna del bene, impedendo allo stesso di opporre tale eccezione al concedente al fine di sospendere il pagamento dei canoni di locazione finanziaria ovvero di risolvere il contratto stesso.

Nell'ipotesi di *leasing* al consumo, poi, l'art. 125 *quinquies* comma 3 TUB prevede che, così come per il contratto di credito al consumo, il consumatore possa chiedere al finanziatore di agire per la risoluzione del contratto di compravendita, a cui, secondo il principio *simul stabunt simul cadent*, consegue anche la risoluzione del contratto di locazione finanziaria. Simile facoltà si deve, oggi, ritenere ammessa anche al di fuori delle ipotesi di *leasing* al consumo, ragionando in termini di complessiva operazione negoziale¹⁰⁵. Conferma ne è la succitata posizione della Cassazione che ritiene invalide clausole derogative di tale meccanismo, anche fuori dall'ambito consumeristico, in quanto snaturerebbero il collegamento negoziale.

La duplice analisi in tema di contratto di credito al consumo e di locazione finanziaria dimostra come non risulti convincente la tesi che nega l'automatismo con cui opera il principio di *simul stabunt simul cadent* nel collegamento negoziale, in favore del principio di *utile per inutile non vitiatur*. Infatti, la *ratio* del collegamento negoziale porta inevitabilmente con sé un effetto caducatorio complessivo al venir meno di uno dei contratti.

Ad analoghi risultati si è pervenuti anche in altri ipotesi di collegamento negoziale, legislativamente previste. Così, in tema di acquisti immobiliari in "multiproprietà" e di "contratti relativi ai prodotti per la vacanze di lungo termine", l'art. 77 Cod. Cons. prevede che, se l'acquirente esercita il diritto di recesso dal contratto di acquisto, anche il contratto di concessione del credito stipulato per il pagamento del prezzo si risolve di diritto; ovvero in tema di contratti a distanza e contratti stipulati fuori dai locali commerciali per i quali l'art. 67 Cod. Cons. prevede che qualora il prezzo di un

della giurisprudenza, ravvisando nel *leasing* una causa di finanziamento, nonché valorizzando l'autonomia privata, qualifica simili clausole come pienamente legittime: Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2144, con note di MASTRORILLI e CASO; Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, c. 164, con nota di LENER; Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3083, con nota di LENER.

Sul punto, si v. in dettaglio PALUMBO, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2013, 2; GUADAGNO, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 286.

¹⁰⁵ Cass., 30 giugno 1998 n. 6412, cit.; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, cit.; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, cit.

bene o di un servizio sia interamente o parzialmente coperto da un credito concesso al consumatore, dal professionista ovvero da terzi in base ad un accordo tra questi e il professionista, il contratto di credito si intende risolto di diritto, senza alcuna penalità, nel caso in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso. Accanto a tali specifiche previsioni normative relative al recesso, la giurisprudenza¹⁰⁶ estende l'automatismo caducatorio anche alle ipotesi di invalidità, risoluzione e rescissione di uno dei contratti oggetto dell'operazione.

La piena applicazione del principio di *simul stabunt simul cadent* è, dunque, costante in tutti i casi in cui si ravvisi, per via legislativa ovvero giurisprudenziale, un collegamento negoziale e ciò a prescindere dalla qualifica di consumatore del soggetto coinvolto nell'operazione economica, come dimostrato dagli approdi dei giudici in tema di *leasing*. La *ratio* sottesa corrisponde non già alla tutela del soggetto debole, quanto piuttosto ad una logica di equilibrio e ripartizione del rischio economico in operazioni commerciali plurilaterali. Pertanto, «venuto a mancare – per qualsiasi ragione – anche uno solo di essi, anche gli altri debbono venire meno»¹⁰⁷.

Calando tali osservazioni nella materia del *project financing* si può rilevare come esso appaia difficilmente inquadrabile nello schema del collegamento negoziale. Infatti, solo ammettendo la piena operatività del principio *utile per inutile non vitiatur* potrebbe accogliersi una simile ricostruzione del *project financing*.

In difetto, si possono rilevare una serie di criticità tali da indurre a riconsiderare siffatta qualificazione dell'istituto.

Un primo profilo attiene all'inconciliabilità del principio del *simul stabunt simul cadent* con il sistema di garanzie che ricorre nel *project financing*. I finanziatori, partecipando in prima linea al rischio d'impresa, hanno uno specifico interesse a che il progetto possa proseguire senza che la patologia di uno dei contratti si ripercuota anche sul contratto di finanziamento, decretandone la caducazione. L'inquadramento del *project financing* in termini di collegamento negoziale esporrebbe, dunque, i finanziatori ad un rischio ulteriore rispetto a quello economico in senso stretto. Come più volte detto, infatti, i finanziatori decidono di investire non in una società o a favore di una persona, bensì in un'idea, in un progetto che ritengono

¹⁰⁶ Trib. Bologna, 16 novembre 2011, in *Riv. it. dir. turismo*, 2012, 101, con commento di CASCELLA, *Multiproprietà, collegamento negoziale ed effetti reciproci delle vicende contrattuali*.

¹⁰⁷ BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, cit., 1179.

economicamente fruttuoso e che consentirà loro di rientrare del capitale erogato, unitamente a interessi e utili. Se, dunque, nella tradizionale modalità di finanziamento (*corporate finance*), gli investitori valutano non tanto la fattibilità o la realizzabilità del progetto quanto la solvibilità del soggetto imprenditore, ricorrendo, a garanzia delle somme erogate, alle tradizionali figure del pegno, dell'ipoteca e della fideiussione, diversamente, nel *project financing*, la vera garanzia per i soggetti investitori è costituita proprio dal successo dell'opera o del servizio. In tale contesto, essendo la società veicolo titolare di beni di valore ampiamente inferiore rispetto alle somme erogate, le garanzie¹⁰⁸ poste a tutela dei finanziatori non sono di natura reale, bensì principalmente composte da contratti che assicurano ai finanziatori di percepire direttamente le somme che la società veicolo incamera dalla vendita dei suoi servizi o dei beni dalla stessa prodotti ovvero da garanzie di subentro nei contratti, così da assicurare loro un pieno controllo della gestione dell'iniziativa economica.

Il sistema di garanzie, che sarà approfondito nel prosieguo analizzando il profilo della causa in rapporto all'allocazione del rischio, è chiaramente finalizzato a consentire, in ogni caso, la prosecuzione del progetto e la miglior gestione dello stesso, affinché possa produrre i *cash flows* necessari per il rimborso del finanziamento erogato.

Le clausole di garanzia che permettono il subentro degli stessi finanziatori nella gestione dei vari contratti al verificarsi di determinati eventi (c.d. *step in*) ovvero che consentono agli stessi di assumere il controllo della società di progetto¹⁰⁹ (si pensi, per esempio, ai contratti di pegno sulle azioni della società di progetto) permettono ai finanziatori di non assumere il c.d. "rischio ulteriore" derivante dal fatto che la società di progetto possa approfittare di una situazione di vizio o inadempimento contrattuale, strumentalizzando il pericolo di caducazione dell'intera operazione.

L'interesse alla prosecuzione del progetto e il relativo impedimento delle riverzione degli effetti emerge, oltre che sul piano delle garanzie, anche analizzando le clausole contrattuali, di norma presenti in simili operazioni economiche, di c.d. sterilizzazione (o clausole di sopravvivenza), in base alle quali i contraenti escludono la caducazione

¹⁰⁸ F. MONTANI, *Project financing*, cit., 215.

¹⁰⁹ La previsione di una simile clausola può trovare fonte tanto nella volontà della parti quanti nella legge: si pensi all'art. 159 del Codice dei Contratti pubblici.

della loro relazione contrattuale al venir meno di un altro rapporto negoziale ad essa collegato.

La presenza pressoché costante di simili clausole, in congiunzione con i meccanismi di garanzia alla prosecuzione dell'operazione, evidenziano la volontà di escludere a priori, nettamente e categoricamente un qualsiasi meccanismo di riversione degli effetti di un contratto sugli altri: ordunque, una logica che si pone agli antipodi del principio *simul stabunt simul cadent*, caratterizzante il collegamento negoziale.

Parrebbe, dunque, necessaria una rilettura complessiva del *project financing* chiedendosi se si possa ancora parlare di collegamento negoziale quando la sistematica previsione ad opera dell'autonomia privata di clausole derogatorie del principio di *simul stabunt simul cadent* snatura così radicalmente e costantemente l'essenza del collegamento negoziale stesso, al punto da privarlo del suo effetto connotante, in un totale stravolgimento del rapporto tra regola ed eccezione.

Posto, dunque, in discussione il tradizionale inquadramento della finanza di progetto, si vogliono ora vagliare ipotesi ricostruttive alternative, valutando il profilo causale, come l'esperienza francese ci suggerisce. Essa, infatti, attraverso l'analisi dell'istituto del collegamento negoziale giunge a parlare dell'esistenza di una causa economica, che potrebbe risultare particolarmente calzante in relazione al *project financing*.

3. I contratti collegati nell'esperienza francese: alla ricerca di una causa unitaria

La nozione di collegamento negoziale è nota in Francia sotto il nome di “teoria dei *groupes de contrats*”¹¹⁰. In particolare, all'interno della più ampia categoria, si

¹¹⁰ TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Parigi, 1975; NERET, *Le sous-contrat*, LGDJ, Parigi, 1979; DELEBECQUE, *La notion de groupe de contrats: quels critères*, in *Cah. dr. entr.*, 1989, n. 4, 25; BACACHE GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Parigi, 1996; HEUZE, *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats: l'exemple de la sous-traitance internationale*, in *Rev. crit. dip.*, 1996, 243; BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, Parigi, 1996; IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*, in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 71; FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels: quelques observations en droit positif*, Éditions Larciern, 2006; PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007; MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, cit., 37.

distingue tra *chaînes de contrats*¹¹¹ (catene di contratti), in cui ognuno dei plurimi contratti ha per oggetto la stessa prestazione essenziale, ponendosi, l'uno rispetto all'altro, in un rapporto di successione temporale secondo una struttura di tipo "verticale"; e tra *ensembles de contrats*¹¹² (insiemi di contratti), costituiti anch'essi da una pluralità di contratti, che si caratterizzano, tuttavia, non per la scansione cronologica quanto per una struttura "a raggiera". In quest'ultimo caso, infatti, centrale è la presenza di un soggetto, il promotore, unico a porsi in relazione con tutti i partecipanti degli *ensembles*, dando origine ad una coesistenza di rapporti che - riprendendo le parole già usate per descrivere il collegamento negoziale nel panorama italiano - pur mantenendo la loro autonomia, devono essere letti in una chiave unitaria in quanto tutti, insieme, concorrono alla realizzazione di una finalità economica comune.

Il collegamento negoziale noto ai giuristi italiani risulta, comparandolo agli istituti d'oltralpe, affine all'ulteriore sottocategoria degli *ensembles interdépendents* – evocando il concetto di collegamento bilaterale – *indivisibles*¹¹³, tanto che parte della dottrina francese ha riconosciuto il fondamento giustificativo del collegamento negoziale proprio nell'art. 1217 Code Civil¹¹⁴, norma che disciplina le obbligazioni indivisibili¹¹⁵. Estendendo la portata applicativa dell'articolo in questione non solo alle obbligazioni ma anche ai contratti, il collegamento negoziale viene, infatti, ricostruito quale pluralità di contratti congiunti da un nesso di interdipendenza e volti verso un unico comune scopo, riconosciuto, come tale, indivisibile nella sua

¹¹¹ TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, cit., 39, ove si legge: «Lorsque plusieurs contrats, unie par une identité d'object, car organisés, a propos d'une même chose, autour d'une même prestation essentielle, sont successivement conclus, deux observations peuvent, d'emblée, être formulées».

¹¹² TEYSSIE, ult op. cit., 95: «Les diverses conventions réunies en un ensemble participent, d'autre part, à titre principal ou accessoire, à la réalisation d'un même objectif. Seule, leur conjonction permettent de l'atteindre, elles s'insèrent à l'intérieur d'un même période. Le temps, milieu indéfini et homogène, est, ici, occupé par une coexistence, non par une succession. Certes, chaque contrat, en raison de son individualité, possède sa propre durée. Si nous considérons l'ensemble, tendu vers la réalisation d'une opération déterminée, nous observons, ce pendant, la conjonction des accords en une période ouverte par la conclusion du premier, predes accords en une période ouverte par la conclusion du premier, prenant fin lorsqu'est atteint le but poursuivi».

¹¹³ In contrapposizione agli *ensembles divisibles*, ove l'operazione complessiva risulta suscettibile di esecuzione parziale.

¹¹⁴ «L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou pour chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle».

¹¹⁵ DELEBECQUE, *Contrats et obligations, Indivisibilité*, art. 1217 à 1225, in *Juris Class. Civ.*, 1987, n. 64; MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, 1, *Obligations*, 1998, Montchrestien, n. 1051; STARCK, Roland, Boyer, *Obligations*, 2, *Contrat*, 1998, Litec, n. 1161.

esecuzione e nel suo perseguimento.

La dottrina francese¹¹⁶, poco soddisfatta della giustificazione del collegamento negoziale attraverso il meccanismo della condizione e dei contratti ancillari, ha spiegato, infatti, la maggiore complessità del fenomeno attraverso la nozione di *indivisibilité*.

La condizione risulta, infatti, inadeguata poiché focalizzata sul momento in cui l'obbligazione produce effetti, trascurando il contenuto della prestazione; ulteriormente, il meccanismo condizionale si atteggia a mero evento a partire dal quale un contratto produce effetti (ovvero ne viene privato), senza cogliere il profilo di dinamicità dell'intera operazione, insito, nella logica del collegamento negoziale che, al contrario, pone l'accento tanto sul profilo genetico quanto funzionale dell'operazione.

Analogamente, anche il concetto di contratto ancillare che ben si attaglia ai contesti di *chaines de contrats*, e ai contratti di distribuzione in particolare, risultava insoddisfacente con riferimento al più articolato contesto del collegamento tra contratti che non necessariamente crea un vincolo di subordinazione tra gli stessi, così da consentire sempre di parlare di contratto principale e contratto secondario.

Come anticipato, dunque, la dottrina francese ha percorso la strada della nozione dell'*indivisibilité*¹¹⁷ dell'obbligazione trasponendola nel contesto dei contratti collegati¹¹⁸. La soluzione è stata parzialmente criticata in quanto, poiché accanto alle ipotesi di indivisibilità date dalla natura della prestazione si annoverano quelle in cui la prestazione risulta non frazionabile per volontà della parti e, in quest'ultimo caso, la fonte andrebbe individuata non tanto nell'indivisibilità *ex se* quanto nella *voluntas* dei privati.

Parte della dottrina ha, dunque, preferito individuare l'elemento cardine del collegamento tra negozi nell'*interdependance*¹¹⁹ tra gli stessi, sebbene, poi, la

¹¹⁶ AUBERT DE VINCELLES, *Linked contracts under French Law*, in CAFAGGI (a cura di), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Elgar, 2011, 164-168.

¹¹⁷ La nozione risulta comune a molti Paesi europei, tra cui Italia (art. 1316 c.c.), Spagna (art. 1149), Portogallo (art. 535), Grecia (art. 494), Olanda (art. 6:6(2)) ed anche al più ampio contesto europeistico, essendo stata richiamata anche nei PECL (10:101).

¹¹⁸ BOFFA, *Cause, caducité, indivisibilité: un bel ensemble notionnel*, in *Dalloz*, 2006, 2656; BARBIER, *L'indivisibilité de l'ensemble contractuel incluant une location financière*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, 597.

¹¹⁹ MARMAYOU, *Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats*, in *Rev. Jur. Com.*, 1999, 292; SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999; AMRANI, MEKKI, *Indivisibilité et ensembles*

giurisprudenza sembri accogliere anche la tesi dell'*indivisibilité*¹²⁰. La prestazione di ciascuno dei contratti risulterebbe, infatti, necessaria e imprescindibile nel contesto dell'operazione economica complessiva, determinando non solo un'unitarietà di carattere economico ma anche un'oggettiva unità giuridica.

L'indivisibilità dell'obiettivo economico dell'*ensembles* ovvero il rapporto di necessità che lega i rapporti contrattuali dello stesso – secondo la teoria che voglia adottare – troverebbe, poi, il suo vero fondamento nella causa dell'operazione¹²¹. A tal riguardo, la dottrina francese parla di doppia causa: causa prossima, riferendosi ai singoli contratti, e causa remota, in relazione all'operazione complessiva¹²², poiché l'obiettivo economico comune permea di sé anche la causa dello schema operativo-contrattuale. Non dunque, mero nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, bensì causa unitaria che caratterizza l'intera operazione¹²³.

contractuels, Defrénois, 2002, 355; MAUGER, *La qualification d'indivisibilité entre les contrats*, in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, 203; NAJJAR, *La notion d'ensembles contractuels*, in *Mélanges offerts à André Decocq: une certaine idée du droit*, Litec, 2004, 510; MAZEAUD, *La cause*, in AA. VV., *Le Code civil (1804-2004) un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, 451; BOFFA, *Cause, caducité, indivisibilité: un bel ensemble notionnel*, in Dalloz, 2006, 2656; GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 592, n. 927; AUBERT DE VINCELLES, *Les montages contractuels*, in *Rev. dr. civ.*, 2007, 983; PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles contractuels*, Thèse Dalloz, 2007.

¹²⁰ Cass., 3 novembre 1983, in *Bull. civ.*, I, n. 252; in Defrénois, 1984, 1014, con commento di AUBERT; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, 166, con commento di MESTRE; Cass., 13 gennaio 1987, in *Jur. Class. Per.*, 1987, II, n. 20860, con commento di GOUBEAUX; Corte d'Appello di Parigi, 24 gennaio 1991, in *Contrats, conc., consomm.*, 1991, n. 77, con commento di LEVENEUR; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, 527, con commento di MESTRE.

¹²¹ BENABENT, *Droit civil: les obligations*, Domat-Montchrestien, 2010, n. 141: «il faut également (...) envisager l'économie du contrat pris dans son ensemble, c'est-à-dire l'objet de l'opération contractuelle»; MARMAYOU, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, PUAM, 2002, n. 570, osserva come «l'économie générale du contrat exprime la cause propre de l'ensemble contractuel auquel il appartient». Secondo PELLE, *La notion de l'interdépendance contractuelle*, cit., 239 «l'économie générale de l'opération permet de faire sortir la cause du cercle restreint du contrat lorsque celui-ci s'insère avec d'autres dans un ensemble contractuel pour la réalisation d'une opération globale. (...) L'économie exprime la complémentarité qui existe entre l'objet et la cause (...) en effet, (...) il semble aujourd'hui acquis que le contenu du contrat se situe au carrefour de l'objet et la cause».

¹²² Sul punto, ampiamente, MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, cit., 93.

¹²³ QIN, *L'interprétation du contrat: étude comparative en droits français et chinois*, Thèse de doctorat, 2012, 139: «Si l'économie du contrat est plus proche de la cause par rapport à l'objet, elle désigne en effet l'intérêt économique voulu par les parties, ou voulu par l'une accordé par l'autre, mais non l'opération juridique destinée à le réaliser. Autrement dit, l'économie du contrat est un but subjectif, non un oyen objectif. Mais ce but subjectif n'est pas absolu. Il peut, en pratique, être apprécié au critère objectif, c'est-à-dire une appréciation de la réalisabilité, de la faisabilité ou de la

Così, valorizzando il profilo causale¹²⁴, i giudici d'oltralpe si sono pronunciati in favore della risoluzione di entrambi i due contratti che formavano un collegamento negoziale nel caso di contratto di noleggio di apparecchiature telefoniche e di contratto di installazione delle stesse¹²⁵. E, analogamente, nel caso di contratto di noleggio di una macchina da caffè e di contratto di rifornimento¹²⁶. I giudici sembrano abbracciare l'idea che serva superare o, meglio, ancorare tanto l'indivisibilità quanto l'interdipendenza ad un criterio oggettivo, che viene, per l'appunto, individuato nella dimensione economica della causa – recepita nell'art. 1172 dell'*Avant projet*¹²⁷ di riforma del diritto delle obbligazioni - tanto da giungere ad affermare l'esistenza di un collegamento negoziale anche in presenza di specifiche clausole contrarie ove l'esistenza di un contratto derivi dall'esistenza di un ulteriore e diverso rapporto contrattuale, conformemente “all'economia dell'operazione e al suo scopo”¹²⁸.

Ne consegue che, specularmente all'italiano concetto di riverzione degli effetti delle vicende patologiche di un contratto sugli altri, in Francia si parli di *complexification* e di inapplicabilità dei principi di nullità parziale poichè l'indivisibilità del risultato

rentabilité. Or, l'opération juridique convenue par les parties, en tant que moyen de réaliser l'économie du contrat, caractérise la notion d'objet du contrat. Bref, la discussion ci-dessus peut révéler la nature juridique de l'économie du contrat et renforcer notre connaissance sur la rénovation de la théorie de cause provoquée par la jurisprudence, depuis les années 1990».

¹²⁴ MAZEAUD, *L'effet extinctif du groupe de contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2000, 363.

¹²⁵ Cass., 13 marzo 2008, n. 06-19.339, in *Rev. dr. civ.*, 2008, 841, con commento di SEUBE. In senso analogo, Corte d'Appello di Parigi, 19 marzo 1993, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, 363, con commento di MESTRE; Corte d'Appello di Parigi, 17 novembre 1994, in *Rev. tr.dr. civ.*, 1995, 363; Cass., 4 aprile 1995, n. 93-15.671, in *Contr., conc., consom.*, 1995, n. 105, con commento di LEVENEUR; in *Jur.*, 1995, 141, con commento di PIQUET; Cass., 1 ottobre 1996, in *Jur. Class. Per.*, 1997, I, n. 617, con commento di SEUBE; Cass., 3 dicembre 1996, n. 94-21775, in *Contr., conc., consom.*, 1997, n. 42, con commento di LEVENEUR; in *Jur. Class. Per.*, 1997, II, n. 961, con commento di REIGNÉ; Cass., 13 febbraio 2007, n. 05-17.407, in *Jur. Class. Per.*, 2007, II, 10063, con commento di SÉRINET; in *Rev. dr. civ.*, 2007, 707, con commento di MAZEAUD; in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, 567, con commento di FAGES; in *Defrénois*, 2007, 1045, con commento di LIBCHABER.

¹²⁶ Cass., 24 aprile 2007, n. 06-12.443, in *Rev. dr. civ.*, 2008, 276 con commento di MAZEAUD. Analogamente, Cass., 22 gennaio 2008, n. 06-18.708 e n. 06-19.610, inedite e, altresì, Cass., 15 giugno 1999, n. 97-12.122, in *Jur. Class. Per.*, 2000, I, 215, con commento di CONSTANTIN; Cass., 15 febbraio 2000, n. 97-19.739, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, 325, con commento di MESTRE e FAGES; in *Jur. Class. Per.*, 2000, I, 272, con commento di CONSTANTIN, *Résiliation du contrat de crédit-bail portant sur la location du matériel de diffusion suite à la cessation des prestations de la société de publicité, les deux contrats étant interdépendants*.

¹²⁷ *Avant Project de réforme du droit des obligations (art. 1101 à 1386 du Code Civil) et droit de la prescription*, consultabile in www.justice.gouv.fr.

Per un commento si v. AUBERT, *L'effets des conventions à l'égard des tiers dans art. 1165 à 1172-3 de l'avant projet de réforme du droit des obligations*; AYNES, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (art. 1165 à 1172-3 de l'avant projet de réforme)*, entrambi in *Rev. dr. contr.*, 2006, 64. Per un'approfondita analisi in chiave comparativa, si v. MAUGERI, *La riforma del contratto in Francia: progetti e prospettive*, in *Contr.*, 2011, Allegato 1, 115.

¹²⁸ Cass., 15 febbraio 2000, n. 97-19.793, cit.; Cass., 24 aprile 2007, n. 06-12443, cit.

economico non permette di configurare un'esecuzione parziale dell'operazione complessiva¹²⁹. Che il discrimine sia rappresentato dell'indivisibilità dello scopo comune e che da tale caratteristica discenda l'applicazione del principio di *simul stabunt simul cadent* trova conferma, *a contrario*, nella gestione delle patologie nelle ipotesi di *ensembles divisibles*: in tali circostanze, infatti, la rigidità del suddetto principio trova un forte contemperamento, non conducendo all'estensione di una data invalidità agli altri negozi, proprio perché i gruppi contrattuali risultano divisibili¹³⁰. Sempre attraverso la causa economica trova, dunque, giustificazione il principio di riversione: la risoluzione per inadempimento di un contratto determina, infatti, la nullità dell'altro contratto collegato per (sopravvenuta) mancanza di causa¹³¹; e, analogamente, si ragiona in relazione alle diverse ipotesi di risoluzione ovvero di rescissione per lesione¹³².

In deroga al principio di relatività degli effetti del contratto tra le sole parti contrattuali in senso stretto¹³³, in conseguenza del quale il risarcimento di qualsivoglia danno arrecato a terzi soggetti deve essere fatto valere in via extracontrattuale, si è giunti a riconoscere una *action directe* a ciascuno dei partecipanti alla *chaîne*, anche in assenza di diretto vincolo contrattuale. Superando il dispositivo dell'art. 1165 Code Civil, secondo cui "*les conventions n'ont effet qu'entre les parties contractants (...)*" e la correlativa natura *délictuelle* dell'azione esperibile da un partecipante all'operazione avverso un contraente non diretto, infatti,

¹²⁹ SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, in *Jur. Class. Per.*, 1989, I, 3397; ARHAB, *Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein des groupes de contrats*, in *Rev. Rech. Jur.*, 1991, 167; REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in AA. VV., *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, PUAM, 151.

¹³⁰ Sul punto nonchè, più in generale, sulla divisibilità del contratto, si v. GNANI, *Il contratto divisibile. Frazionabilità del sinallagma e risoluzione del contratto*, Napoli, 2012, spec. 24 ss.; 60-62. L'Autore, in particolare, afferma come debba valutarsi la possibilità che un contratto unitario (si badi, non un collegamento negoziale) possa considerarsi frazionabile, senza che a ciò osti l'esistenza di una causa unitaria: «L'unità della causa non impedisce che, dinnanzi a inadempimento parziale, il sinallagma sia valutato come divisibile e la risoluzione sia parziale. (...) Il contratto nasceva con una certa causa e rispondeva in quel modo - il miglior modo - agli interessi delle parti. Ma una volta verificatosi l'inadempimento parziale, il piano degli interessi deve essere riconsiderato: sfumato il risultato atteso, di fronte all'alternativa della risoluzione totale, può essere più soddisfacente conservare quel minor risultato consentito dalla parte di sinallagma non affetta da inadempimento». La soluzione prospettata non appare dissimile da quella cui si perviene in materia di contratti plurilaterali con comunione di scopo, di cui si tratterà nel proseguo.

¹³¹ Cass., 3 luglio 1996, n. 94-14.800, in *Bull. civ.*, I, n. 286; in *Deffrénois*, 1997, 500, con commento di REIGNÉ; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, 901, con commento di MESTRE.

¹³² REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, cit., 151; AEHAB, *Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein des groupes de contrats*, cit., 167.

¹³³ Art. 1165 Code Civil.

se ne è riconosciuta la natura *contractuelle* con riferimento alle *chaînes de contrats*, non senza vicende travagliate¹³⁴, riconoscendo anche il legame diretto tra più contratti in materia di credito al consumo¹³⁵ con la *Loi Scrivener* “relative à l’information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit”. La disciplina, successivamente confluita nel Libro III del *Code de la Consommation* (l. n. 93-949 del 26 luglio 1993) è stata poi riformata, dopo la Direttiva 2008/48/CE, con la *Loi* n. 2010-737 del 1 luglio 2010 “portant réforme du crédit à la consommation”,¹³⁶ la quale, se da un lato ha apportato importanti modifiche in tema di nozione di *crédit affecté*, dall’altro ha lasciato pressoché invariata la disciplina dell’interdipendenza tra contratti.

Ancora una volta il passaggio fondamentale si rinviene nella causa dell’operazione complessiva: così, nel credito al consumo, dapprima riconosciuto come semplice dazione della somma di denaro da parte del creditore, la causa viene poi ampliata fino a ricomprendervi proprio la finalità dell’acquisto e del godimento del bene¹³⁷. Il consumatore può, quindi, risolvere il contratto di mutuo in caso di inadempimento

¹³⁴ Cass., 9 ottobre 1979, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1980, 354, con commento di DURRY; Cass., 29 maggio 1984, in *Jur. Class. Per.*, 1985, II, 20387, con commento di MALINVAUD; Cass., Ass. Plén., 7 febbraio 1986, in *Jur. Class. Per.*, 1986, II, 20616; Cass., 8 marzo 1988, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, 551 e Cass., 21 giugno 1988, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, 74 si esprimono in termini di responsabilità contrattuale. Successivamente, Cass., Ass. Plén., 12 luglio 1991, in *Contr., conc. consom.*, 1991, n. 200, con commento di LEVENEUR; in *Deffrénois*, 1991, 130, con commento di AUBERT; in *Jur. Class. Per.*, 1991, II, 21743, con commento di VINEY; in *Rev. trim. dr. civ.*, 1991, 750, con commento di JOURDAIN (c.d. “arrêt Besse”) sconfessa il precedente orientamento distinguendo tra le *chaînes non-translatives* in cui esclude la possibilità di ricorso in via contrattuale, e *chaînes translatives*, in cui, per converso, ritiene simile azione esperibile. Sul punto, si v. JOURDAIN, *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrat après l’arrêt de l’Assemblée plénière du 12 juillet 1991*, in *Recueil Dalloz*, 1992, 149.

¹³⁵ LAURENT, *Brèves observations sur la cause d’un prêt*, in *Gaz. PaL.*, 1975, 365; DAGOT, *Prêt immobilier et protection de l’emprunteur*, in *Jur. Class. Per.*, 1980, I, 2979; DANA, *La sanction de l’interdépendance*, in FADLALLAH (diretto da), *Le droit du crédit au consommateur*, 1982, Litec, 455; RAVANAS, *De l’interdépendance dans l’exécution des contrats*, *ivi*, 415; CALAIS-AULOY, *Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans «le prêt lié»*, in *Jur. Class. Per.*, 1984, I, 3144; BERGEL, *La condition suspensive de l’obtention des prêts immobiliers*, in *Jur. Class. Per.*, 1988, I, 225; STEINMETZ, *L’acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l’obtention du prêt*, in *Rev. dr. imm.*, 1993, 305; LECLERC, *Indivisibilité entre contrats de fourniture, de prestations de services et de financement*, *Rev. Jur. Dr. Aff.*, 1995, 414.

¹³⁶ GOURIO, *La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs*, in *Jur. Class. Per.*, 2008, 2057; ID., *La réforme du crédit à la consommation*, in *Jur. Class. Per.*, 2010, n. 29, 1675; RAYMOND, *Directive n. 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation – Premières approches*, in *Jur. Class. Per.*, 2008, I, 215; BOUTEILLER, *La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi 1er juillet 2010*, in *Dalloz Actualité*, 2010, 32; LAGARDE, MATHEY, *La réforme du crédit à la consommation*, in *Rev. dr. banc. Fin.*, 2010, n. 23, 82; MIGNACCA, *Inadempimento del fornitore nel credito al consumo e rimedi relativi al rapporto di finanziamento*, in www.comparazionedirittocivile.it.

¹³⁷ Così, a partire dalla pronuncia della Cass., 2 febbraio 1971, in *Bull. cass.*, 1971, I, n. 36.

del venditore e, al contempo, il mutuante può agire in via contrattuale nei confronti del venditore, al fine di ottenere la restituzione del finanziamento concesso al compratore¹³⁸. Del pari, quando il consumatore esercita il proprio diritto di recesso rispetto al contratto di vendita, il contratto di credito si considera risolto di diritto, in quanto, poiché finalizzato all'acquisto del bene, diviene privo della propria causa. Le argomentazioni e le soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza francesi, incentrate sull'elemento causale, risultano essere un valido spunto per lo svolgimento delle successive considerazioni relative al nostro ordinamento.

4. La causa nel collegamento negoziale: primi passi verso un diverso inquadramento dogmatico

Riprendendo le mosse dalla distinzione tra contratto misto e collegamento negoziale¹³⁹, si è detto che tra i criteri rilevanti vi sono: la volontà delle parti (criterio soggettivo); la causa negoziale (criterio oggettivo); la combinazione della volontà unitamente a elementi di carattere oggettivo (criterio intermedio)¹⁴⁰.

Come già ricordato, esclusivamente nell'ipotesi di contratto misto¹⁴¹ è possibile ravvisare una causa unica; diversamente, in presenza di contratti collegati si ravvisano tante cause quanti sono i contratti che compongono l'operazione.

Partendo da questo presupposto, i piani di analisi che si possono sviluppare parrebbero articolarsi secondo due direttive.

Sotto un primo profilo, si potrebbe, infatti, osservare come nelle ipotesi di collegamento negoziale non si possa discorrere di causa unitaria, ma di mera operazione pratico-economica perseguita congiuntamente dalle parti. Ciascuno dei soggetti, infatti, è motivato alla conclusione del proprio contratto - frammento

¹³⁸ MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, cit., 3097.

¹³⁹ SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti - contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, cit., 551; BIANCA, *Il contratto*, cit., 524; CASCIO, ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, cit., 3.

¹⁴⁰ LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 164.

¹⁴¹ SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Varese, 1962, 128; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 45; Cass., 26 marzo 2010, n. 3705, in *Corr. giur.*, 2010, 725, con nota di CARBONE, *Pluralità di contratti e collegamento negoziale*, in cui l'A. ribadisce che «il criterio discrezionale tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti».

dell'intera operazione - la cui causa tipica non subisce i condizionamenti di una causa ulteriore o diversa. L'operazione economica rappresenta un mero scopo che induce un soggetto alla conclusione di un tal contratto congiuntamente ad un altro.

Diversamente, ove i negozi posti in essere mirino al perseguimento di un fine ulteriore rispetto a quello dei singoli contratti e tale finalità aggiuntiva emerga dalla struttura dell'operazione economica, determinando il sorgere di una causa comune a tutti i contratti (si parla di causa comune, non necessariamente di scopo comune), allora, non sarà possibile discorrere di collegamento negoziale, bensì di contratto unitario.

Si deve rilevare, tuttavia, come nell'ultimo decennio, nonostante la netta distinzione concettuale tra collegamento negoziale e contratto misto o unitario, sia stato valorizzato, proprio ragionando in termini di causa, il dato unitario del collegamento tra negozi, valutando l'operazione nella sua complessità.

Nelle ipotesi in cui la volontà delle parti sia diretta al perseguimento di un fine economico ulteriore rispetto a quello realizzabile attraverso ciascuno dei contratti isolatamente considerato, si ravviserebbe una c.d. doppia causa¹⁴² del collegamento: quella del singolo contratto e quella dell'operazione economica complessivamente intesa¹⁴³.

Le parti, consapevoli di non poter conseguire un dato risultato attraverso l'utilizzo di un singolo contratto, decidono di perseguirlo per mezzo di una serie coordinata di

¹⁴² RAPPAZZO, *I contratti collegati*, cit., 38; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, cit., 331. In giurisprudenza numerose pronunce che fanno riferimento al "valore aggiunto", al "risultato economico unitario e complesso", ovvero a "l'interesse globalmente perseguito dalle parti": così, *ex pluribus*, Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, cit.; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, cit.; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, cit.

¹⁴³ Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 20 afferma che: «La giurisprudenza di legittimità si mostra per lo più concorde nel tener distinti i piani economico e giuridico del fenomeno del collegamento: pur essendo sostanzialmente unitario l'aspetto e l'interesse economico sotteso all'intera operazione, i singoli negozi restano, dunque, pur sempre autonomi, ed autonomamente forniti della propria rispettiva causa, il che induce una dottrina più recente a sostenere che, nei contratti collegati, vada necessariamente identificata tanto la causa parziale dei singoli contratti, quanto la *causa complessiva dell'operazione*, ciò che sposta il problema del collegamento dal piano strutturale a quello effettuale, sotto il profilo dell'applicabilità delle regole della nullità parziale e dell'eccezione di inadempimento. Criterio guida della giurisprudenza di questa Corte può, ad ogni buon conto, dirsi quello del *simul stabunt simul cadent*, ed oggi, con ogni probabilità, proprio l'art. 1469-ter fornisce la base normativa sinora mancante per il definitivo riconoscimento del fenomeno del collegamento negoziale come istituto giuridico e non soltanto fenomeno economico, poichè, con riferimento alla clausola vessatoria, il "significativo squilibrio di una clausola" va valutato avuto riguardo "all'operazione complessiva" il che consente l'estensione della regola ermeneutica di cui all'art. 1363 a tutte le fattispecie di collegamento ritenute tali dall'interprete».

negozi, i quali, *uti singuli*, mantengono una propria causa, c.d. causa parziale, concorrendo, nella loro coordinazione, a realizzare quell'operazione negoziale complessiva¹⁴⁴, la cui giustificazione causale risiede proprio nell'interesse globale che ha dato origine all'operazione stessa, qualificabile in termini di causa generale¹⁴⁵ o complessiva, più ampia della sommatoria delle singole cause contrattuali.

E', dunque, con riferimento tanto ai singoli contratti quanto all'operazione globalmente considerata che dovrà compiersi il vaglio¹⁴⁶ di meritevolezza, di non contrarietà a norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico e l'assenza di frode alla legge¹⁴⁷.

Una simile ricostruzione appare seguita dalla Suprema Corte, che, accogliendo la nozione di causa in concreto¹⁴⁸, statuisce come «il collegamento negoziale si realizza attraverso la creazione di un vincolo tra i contratti che, nel rispetto della causa e dell'individualità di ciascuno, li indirizza al perseguimento di una funzione unitaria

¹⁴⁴ *Ex multis*, Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, cit.; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, cit.: «Il *leasing* finanziario realizza non già un rapporto trilaterale o plurilaterale, bensì un collegamento negoziale tra contratto di *leasing* e contratto di fornitura, quest'ultimo venendo dalla società di *leasing* concluso allo scopo – noto al fornitore – di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, con specifica ed autonoma rilevanza di tale causa rispetto a quella parziale dei singoli contratti, dei quali connota la reciproca interdipendenza (...)». E, in senso analogo Cass., 13 febbraio 1992, n. 1751, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1076; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, cit.; Cass., 12 gennaio 2006, n. 415, cit.

¹⁴⁵ BIANCA, *Il contratto*, cit., 524. Si v., inoltre, RAPPAZZO A., RAPPAZZO G., *Il collegamento negoziale nella società per azioni*, cit., spec. 36; ID., *I contratti collegati*, cit. 12, 38; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., 262; NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, cit., 1619; PERCHIUNNO, *Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul software all'open source*, in *Contr. e impr.*, 2005, 307.

¹⁴⁶ Cass., 6 novembre 2012, n. 19107, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

¹⁴⁷ GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 802; BRECCIA, *La causa*, in ALPA, BRECCIA, LISERRE, *Il contratto in generale*, III, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999, 143; LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, Torino, 2000, 25; NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., 48; CAGNONI LUONI, *Collegamento negoziale e mancata applicazione del principio di buona fede*, in *Contr.*, 2005, 28; PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, 467; BIANCA, *Il contratto*, cit., 452.

¹⁴⁸ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit. e, ulteriormente, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con commento di ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolumtribus?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 299, con commento di CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*; in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «*Contratto in genere*», n. 438; nonché Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, cit. e, altresì, in *Contr.*, 2007, 374, con commento di FOCESATO, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921, con commento di ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; Cass., 24 luglio 2008, n. 16135, in *Contr.*, 2008, 3, 241. Con riferimento alla teoria della causa c.d. concreta si veda, tra gli altri, FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 370, nonché BIANCA, *Il contratto*, cit., 452.

che trascende quella dei singoli contratti e investe la fattispecie negoziale nel suo complesso»¹⁴⁹.

Osservando come, rispetto all'interesse risultante dai singoli contratti, se ne ravvisi uno superiore, parte della dottrina è, quindi, giunta a rilevare come simili ipotesi di collegamento diano, di fatto, origine ad un contratto atipico unitario¹⁵⁰.

L'analisi sin qui condotta porta a ritenere che: ove non ci sia una causa complessiva e ulteriore rispetto a quello di ciascun contratto, ma solo la necessità che l'un contratto venga in vita in presenza dell'altro si può discorrere di collegamento negoziale; al contrario, ove si riconosca l'esistenza una causa complessiva o generale¹⁵¹, non si può non affermare l'esistenza di un contratto unico¹⁵², atipico¹⁵³ e non già di un collegamento negoziale.

Si realizza, dunque, collegamento negoziale in presenza di una pluralità di contratti in cui il nesso relazionale è rappresentato da una interdipendenza tra gli stessi, tale per cui le parti non vorrebbero un contratto in assenza dell'altro. Il collegamento, quindi, rilevarebbe solo a livello funzionale, ponendo in relazione e influenzando i rapporti giuridici che nascono dai singoli contratti, che sono e restano tipologicamente e causalmente autonomi e diversi.

Viceversa, in presenza di un fine ulteriore rispetto a quello di ogni singolo contratto che assurge a causa dell'intera operazione, si è in presenza di un contratto unitario.

¹⁴⁹ Cass., Sez. Un., 14 giugno 2007, n. 13894, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2008, 1142.

¹⁵⁰ SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 468: «il frammento di contratto non ha causa propria. Ciò che si chiama correntemente causa, rispetto al c.d. contratto collegato, è il gruppo di effetti del contratto che consente di far luogo all'inserimento di quel frammento di contratto nel tipo», con la conseguente e coerente conclusione che «la catena contrattuale costituisce un contratto unico»; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, 67: «nel collegamento negoziale coesistono due cause: quella del singolo frammento contrattuale e quella dell'intera operazione economica (c.d. doppia causa). Quest'ultima si manifesta nell'unitarietà dell'operazione e, soprattutto, nell'inscindibilità dello scopo economico perseguito dalle parti»; FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., 260: «Nella sua intuizione fondamentale, la teoria del collegamento esprime l'esigenza di superare una concezione puramente formale del contratto. Con la nozione di collegamento si intende dare rilievo alla funzione, allo scopo pratico che le parti intendono realizzare con l'impiego di distinti (ma collegati) schemi contrattuali. L'attenzione si sposta così dalla struttura, alla funzione dei contratti».

¹⁵¹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 370; ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa nel contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1; GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547.

¹⁵² SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 88; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 164.

¹⁵³ LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, cit., 742.

Nel primo caso i singoli contratti mantengono una propria autonomia tanto strutturale quanto causale e il fine economico si atteggia come un *file rouge* che unisce i singoli negozi, rimanendo, tuttavia, estraneo di per sè alla funzione dei singoli contratti.

Nel secondo caso, il fine economico che le parti vogliono perseguire penetra nel contratto, generando una causa unitaria. Infatti, la combinazione di due o più contratti, finalizzata al perseguimento di un risultato economico unico, non può che produrre riflessi sulla causa contrattuale in ragione dell'evoluzione che il concetto di causa stesso ha subito nell'ultimo decennio. Pertanto, in tali ipotesi una ricostruzione d'insieme in termini di collegamento negoziale non appare più sufficiente, dovendosi, invece, parlare di contratto unitario.

Tale impostazione troverebbe riscontro nella ricostruzione proposta da quella parte di dottrina che qualificava il contratto di *leasing*¹⁵⁴ non quale collegamento negoziale bensì quale contratto unitario, nello specifico, contratto plurilaterale senza comunione di scopo.

In tale fattispecie, infatti, viene ravvisata l'esistenza di una causa unitaria: la causa di finanziamento bidirezionale. Da un lato, l'utilizzatore, in mancanza di liquidità, si assicura il bene voluto con un esborso economico inizialmente limitato o assente e, al

¹⁵⁴ L'inquadramento del contratto di *leasing* in un rapporto plurilaterale è stato sostenuto da Cass., 11 agosto 1995, n. 7595, cit.; Cass., 16 maggio 1997, n. 4367, cit.; Cass., 26 gennaio 2000, n. 854, cit. Tra i sostenitori del contratto plurilaterale nell'ambito dell'operazione di *leasing*, si v. PURCARO, *La locazione finanziaria*, cit., 24; DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., 33; CHINDEMI, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 Codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 182.

L'orientamento maggioritario, tuttavia, configura il contratto di *leasing* quale collegamento negoziale: in giurisprudenza, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, cit.; Cass., 29 aprile 2004, n. 8218, cit. In tal senso, in dottrina, CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, cit., 194; LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, cit., 376.

La divergenza configurativa prospettata in relazione al contratto di locazione finanziaria, si registra anche per il contratto di credito al consumo. Così, PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976, 145; GORGONI, *Il credito al consumo*, cit., *passim*, la quale specifica che si tratta di un contratto plurilaterale e senza comunione di scopo.

Contra, ex pluribus, DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, cit., 255; D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, cit., 725; PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 295; MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, cit., 71; CARRIERO, *Nuova disciplina del credito al consumo, linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 509; ROSSI, *La rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 2010, 25; ID, *Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1432; MACARIO, *Il credito al consumo*, cit., 496; FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, cit., 591.

contempo, dall'altro, il fornitore alloca i prodotti, ottenendo i mezzi finanziari per la rinnovazione della produzione, ovviando a possibili condizioni di illiquidità imprenditoriale¹⁵⁵.

Ad una simile conclusione si perviene, tuttavia, anche abbracciando la diversa posizione sostenuta da altrettanto autorevole dottrina¹⁵⁶, secondo la quale il collegamento negoziale è esso stesso un contratto unico, “mentalmente scindibile in frammenti contrattuali contenenti ognuno tutti gli elementi astrattamente occorrenti per appartenere ad una figura contrattuale pensabile e nota”, in cui ogni “frammento contrattuale è a sua volta un vero contratto (tipico)” così da permettere l'applicazione delle norme tipo previste dal codice civile per quella tipologia contrattuale.

Così, nel contesto specifico del *project financing* le singole componenti negoziali non perdono l'individualità propria del tipo corrispondente, andando, tuttavia, al contempo, a determinare l'esistenza di una causa unitaria dell'operazione, come a breve si cercherà di dimostrare. La c.d. causa complessiva dell'attività negoziale, infatti, non costituisce la mera sommatoria delle singole cause dei negozi posti in essere, ma rappresenta una autonoma fattispecie negoziale, da taluni definita come “curvatura atipica”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ GORGONI, *Credito al consumo e leasing traslativo al consumo*, cit., spec. 1151.

¹⁵⁶ SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., spec. 88; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., 164.

¹⁵⁷ LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 100.

In senso contrario la giurisprudenza che continua ad evidenziare come il collegamento negoziale non dia luogo ad un nuovo ed autonomo contratto: Cass., 12 luglio 2005, n. 14611, cit.; Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, cit.; Cass., 28 marzo 2006, n. 7074, in *Guida dir.*, 2006, 22, 39; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884, cit.; Cass., 17 maggio 2010, n. 11974, cit.; Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, cit. Tuttavia, anche dalle parole della Corte (Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, cit.) emerge come il profilo causale individuato nel collegamento negoziale debba intendersi come individuante un contratto autonomo: viene, infatti, affermato: «Il collegamento negoziale, espressione dell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c., è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato, non attraverso un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, cosicché le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro. Ciò che vuol dire che, pur conservando una loro causa autonoma, i diversi contratti legati dal loro collegamento funzionale sono finalizzati ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, sono necessari due requisiti. Il primo è quello oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario. Il secondo è quello soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale».

In questa diafrasi tra collegamento negoziale e contratto unitario, da un lato e collegamento negoziale quale contratto unitario, dall'altro, appare quanto mai acuta l'osservazione secondo la quale, in realtà, il collegamento negoziale mira a razionalizzare e a contenere i nuovi fenomeni della prassi commerciale¹⁵⁸, giacché storicamente all'introduzione di nuovi schemi giuridici li si è dapprima ricondotti alla pluralità di negozi collegati per giungere solo successivamente a riconoscerne l'unicità¹⁵⁹.

5. L'operazione economica: una possibile alternativa ricostruttiva?

La medesima insoddisfazione che ha spinto a ricondurre il collegamento negoziale entro i confini del contratto unitario – chi attraverso una lettura dei singoli contratti quali frammenti negoziali, chi attraverso l'individuazione di un negozio unitario plurilaterale - ha indotto altra dottrina a sviluppare la nozione di “operazione economica”¹⁶⁰, giungendo, seppur per altra via, ad un risultato sostanziale-applicativo del tutto simile. Preso atto dell'evoluzione economica e della necessità che gli strumenti giuridici si adattino a tali cambiamenti, è stata osservata

¹⁵⁸ FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., 258 ss., il quale fa altresì riferimento al fiorire, nella prassi, «di nuovi contratti necessari alla crescita di un'economia che da agricola andava evolvendo verso modelli più complessi in cui le direttive del mercato richiedevano forme giuridiche adeguate». Sul punto si v., anche ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2001, 10; BRECCIA, *Prospettive del diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 177 (secondo cui «in termini di tecnica legislativa, il nuovo diritto dei contratti è sempre più spesso il diritto dei nuovi contratti»: «sulla regolamentazione legale dei nuovi tipi prevale la consolidazione dei modelli della prassi, oppure la regolamentazione per segmenti intermedi tra il contratto in generale e una serie trasversale di operazioni contrattuali (di volta in volta unificate: dallo *status* dei contraenti e dal profilo contenutistico latamente inteso; dai caratteri delle operazioni economiche complessive nel settore di mercato considerato; ovvero, e più spesso, da complesse combinazioni di fattori concorrenti)»); BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 81.

¹⁵⁹ DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit. 416.

¹⁶⁰ Il concetto veniva sviluppato verso la fine degli anni settanta: FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 251; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 222; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 78; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 2; ma viene poi ripreso e compiutamente elaborato da GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044; ID., *Il contratto e le sue classificazioni*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*, in RESCIGNO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, I, Torino, 2006, 48; ID., *Il contratto frazionato e l'unità dell'operazione economica*, in GARILLI, SASSI (a cura di), *Proprietà e rapporti obbligatori*, in DONATI, SASSI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, III, Torino, 2009, 269; D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, cit., 256; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit., 257.

l'inadeguatezza del contratto inteso come “*monade isolata*”¹⁶¹ e dell'opportunità, per converso, che esso riesca a cogliere le mutate esigenze del mercato e degli operatori. Accanto alle categorie storiche del negozio e del contratto, sul cui recepimento codicistico italiano si è a lungo discusso in fase di redazione, viene proposta la nozione di operazione economica. Si tratterebbe, in altri termini, non di una categoria puramente teorica e scevra dalla realtà, bensì calata nel contesto sociale, economico e giuridico, anzi, che da esso trae origine. Secondo tale dottrina l'operazione economica sarebbe proprio quel *quid pluris* rispetto alla causa dei singoli contratti, quell'interesse concreto delle parti che emergerebbe da una lettura unitaria e funzionale dell'insieme dei negozi posti in essere.

Infatti, “se plurimi sono i negozi e le cause che li giustificano, unico è l'affare, cioè l'operazione economica divisata dalle parti, cui i negozi stessi (e di conseguenza la loro disciplina) sono in qualche modo subordinati”¹⁶².

Secondo tale dottrina¹⁶³, un riscontro all'acquisita rilevanza del concetto di operazione economica giungerebbe anche dalla legislazione, comunitaria e nazionale, in tema di consumatore, ove non rileva più esclusivamente l'atto negoziale *ex se*, ma anche la qualità soggettiva del contraente e, ai fini della valutazione delle vessatorietà delle clausole, anche le circostanze esistenti al momento della conclusione dell'atto (art. 1469 *ter* c.c., oggi art. 33 e ss. D. Lgs. 206/2005). Entra, dunque, nell'area del giuridicamente rilevante anche la qualità degli interessi protetti, nel più ampio contesto di valutazione di tutti i comportamenti connessi alla conclusione del contratto.

Una simile elaborazione deriva e si interseca, riprendendo una pregevole intuizione giuridica¹⁶⁴, con la nota figura amministrativistica del procedimento, trasponendola

¹⁶¹ GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., 19.

¹⁶² Lodo arbitrale, 2 marzo 1996, (Gazzoni Pres.; Boitani, Di Majo, Marini, Picardi) in *Riv. arbitr.*, 1996, 353, come riferito in GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 93.

¹⁶³ GABRIELLI, op. ult. cit., 93.

¹⁶⁴ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 300 individua la categoria del procedimento quali insieme di negozi diretti alla medesima finalità che si articolano in sequenza organizzata a formazione successiva; SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 16; PERLINGERI, *I negozi sui beni futuri, I, La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, 100; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio giuridico unilaterale*, cit., 48; RAVEZZONI, *La formazione del contratto. Le fasi del procedimento*, I, Milano, 1973, 5; PERLINGERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 425.

nell'ambito civilistico¹⁶⁵. La sequenza teleologicamente organizzata di atti e negozi giuridici funzionali alla realizzazione di un complesso risultato economico permetterebbe di conferire rilevanza giuridica anche ad atti e comportamenti delle parti che, altrimenti, rimarrebbero esclusi dall'analisi contrattuale. E, infatti, «la nozione di operazione economica identifica la sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata»¹⁶⁶.

La complessità degli atti di autonomia privata troverebbe, dunque, una lettura unitaria attraverso la nuova categoria dogmatica dell'operazione economica, di per sé non in conflitto con quella di contratto, rappresentando, seppur da prospettive diverse, la medesima realtà, costituita dall'assetto degli interessi privati elaborati attraverso la loro autonomia. Essa, dunque, non verrebbe a coincidere con il contratto ma diverrebbe un ulteriore concetto ordinante, fonte di effetti giuridici.

Sebbene non esente da critiche (si è parlato di "sovra-contratto"¹⁶⁷ e di superfetazione del diritto¹⁶⁸), la portata innovativa di una simile ricostruzione non appare di per sé incompatibile con il nostro ordinamento.

Nell'operazione economica, infatti, i singoli negozi perderebbero, in un certo qual modo, la loro rilevanza individuale per assumere un ruolo simile a quello che svolgono le singole clausole all'interno di un contratto. Ogni negozio, già dotato di una sua causa tipica, partecipa alla causa unitaria dell'operazione economica che le parti vogliono perseguire e da cui discende, quale corollario, la non automatica estensione dei vizi di un contratto verso gli altri. La riversione di tale effetti si realizzerà solo nell'ipotesi in cui, alla luce dell'interesse delle parti e del loro concreto esplicarsi nell'operazione economica voluta, il singolo contratto risulti indispensabile ed imprescindibile per la realizzazione del fine perseguito. Diversamente, gli altri contratti - non viziati - non saranno travolti dai vizi e dalle

¹⁶⁵ GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 93; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, cit., 1044; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 905.

¹⁶⁶ GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 93.

¹⁶⁷ CASTENASI, *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*, cit., 23.

¹⁶⁸ TULLIO, *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di "contratto collegato" e di "operazione economica"*, in *Studium Iuris*, 2005, 1032.

invalidità. Il tutto, si noti, discende, tuttavia, non da un'applicazione dell'art. 1419 c.c. o del criterio temperato di *simul stabunt simul cadent*, bensì dalla valutazione dell'operazione economica *ex se*, quale nuova ed ulteriore categoria ordinante del diritto.

Ad una attenta analisi della teoria dell'operazione economica emerge, tuttavia, come il concetto di scopo economico unitario sia sostanzialmente assimilabile al concetto di causa concreta unitaria, che già anche altra parte della dottrina¹⁶⁹ individua esistente seppur attraverso una lettura del collegamento negoziale quale *species* di contratto unitario. Anche in quel contesto si parlava, infatti, dei singoli contratti come di frammenti del più ampio negozio realizzato dalle parti.

Da un lato, proprio in questo parallelismo si trovano, a parere di chi scrive, le ragioni per superare le critiche mosse da molti alla teoria dell'operazione economica e, in particolare, all'impossibilità di coesistenza di una pluralità di contratti, ciascuno autonomo e con soggetti diversi, con l'individuazione di un rapporto negoziale più ampio, in cui ciascun contraente dei singoli contratti sarebbe parte. Al contempo, tuttavia, sempre in detto parallelismo, si ravvisano anche le argomentazioni giuridiche volte al superamento di tale ricostruzione dottrinale. Infatti, sotto un primo profilo, l'evoluzione del concetto di causa verso la sua definizione di ragione economico-individuale permette e, anzi, obbliga il giurista a valutare le figure complesse nel loro insieme, facendo emergere gli interessi complessivi delle parte ed attuati con la pluralità articolata di contratti; al contempo, proprio l'esistenza di una simile categoria concettuale – quella di causa concreta - permette di giungere a risultati uguali a quelli cui giunge la teoria dell'operazione economica senza necessità che si creino nuovi criteri dogmatici ordinanti.

¹⁶⁹ BIANCA, *Il contratto*, cit., 524. Si v., inoltre, RAPPAZZO A., RAPPAZZO G., *Il collegamento negoziale nella società per azioni*, cit., spec. 36.

6. Verso il riconoscimento del contratto unitario: l'evoluzione del concetto di causa

Per comprendere la portata innovativa del concetto di causa concreta, risulta necessario analizzare quale sia stata l'evoluzione che tale elemento ha subito¹⁷⁰.

Frutto dell'impostazione francese, incentrata sui soli contratti ad efficacia obbligatoria, il codice civile del 1865 intendeva la causa in una accezione marcatamente soggettiva ed atomistica¹⁷¹, come lo scopo che induce ciascun contraente ad assumere un vincolo obbligatorio. E ciò, in perfetta adesione con la lettura del contratto quale fusione di singole promesse.

Solo con l'abbandono della visione del contratto quale obbligazione che trova il proprio soddisfacimento nella contro-obbligazione altrui, isolatamente considerate e valutate, si approda, con il codice del 1942, ad una concezione obiettiva¹⁷² della causa del contratto, individuata non più nella singola obbligazione, ma nello scambio delle prestazioni, in un regolamento di interessi unitario.

La nozione di causa come funzione economico-sociale del contratto consiste proprio nell'obiettivazione di questo, attraverso una recisione dell'elemento volontaristico ed

¹⁷⁰ La causa è per taluno (ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, cit., 7) "ragione giustificativa dell'atto, funzione economica del negozio e intento pratico delle parti"; per altri, ma in una sostanziale coincidenza concettuale (BIANCA, *Il contratto*, cit., 419), è "la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione concettuale è diretta a soddisfare".

Per un approfondimento sulla nozione di causa, si v. NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, 12; BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., 170; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, I, 13; OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 365; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. civ. e proc. civ.*, 1950, 902; MIRABELLI, *Causa oggettiva e causa subiettiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, 323; GIORGIANNI, *Causa*, cit., 1960, 547; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 98; ID., *Negozio giuridico*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 61; BESSONE, ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali. (Materiali per una discussione)*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *Causa e consideration*, Padova, 1984, 9; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 128; DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2; ROPPO, *Contratto collegato*, cit., 112; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 7; ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva comparatistica*, Torino, 1997, 245; ID., *La causa e il tipo*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, cit., 550; BRECCIA, *La causa*, cit., 7; ID., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto europeo*, Torino, 2002, 241; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; ID., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel Diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 979; ID., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 411; SACCO, *La causa*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit. 781; SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, in VETTORI (diretto da) *Regolamento*, II, Milano 2006, 88; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 52; GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova 2012, 62.

¹⁷¹ MARINELLI, *Gli itinerari del codice civile*, Milano, 2008, 35 ss.

¹⁷² BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 171.

una valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata che trova il suo incoronamento nel dettato dell'art. 1322 c.c. Il passaggio dalla centralità dell'obbligazione a quella della prestazione è il riflesso del mutamento da una visione atomistica del contratto ad una visione globale e, in un certo senso, sociale dello stesso. Il legislatore dell'epoca ha previsto contestualmente una serie di figure contrattuali tipiche di cui ha individuato *ex ante* la giustificazione oggettiva (c.d. causa tipica) e in relazione alle quali ha espresso, dunque, un giudizio di meritevolezza in quanto corrispondenti ad un interesse sociale. Sotto il regime fascista, che esprimeva la necessità di uno stretto controllo dell'autonomia privata per attuare la sua politica dirigistica dell'economia nazionale, era inevitabile la diffidenza verso l'utilizzo di schemi atipici, per i quali sarebbe stato necessario il vaglio caso per caso di meritevolezza dell'interesse privato sotteso *ex art.* 1322 c.c.: non poteva che conseguire un irrigidimento¹⁷³ del sistema, teso ad esplicitare le sue funzioni socio-economiche preferenzialmente attraverso gli schemi contrattuali noti, già ritenuti a monte validi e meritevoli di tutela.

La caduta del regime e l'avvento della Costituzione hanno posto le basi per il successivo approdo della dottrina¹⁷⁴, recepito in via giurisprudenziale a partire dagli anni Novanta¹⁷⁵: la causa perde la funzione di strumento di controllo dell'autonomia privata per divenire un mezzo attraverso cui le parti possono esprimere i loro interessi, percepiti nel loro concreto atteggiarsi e nel contesto in cui sorgono.

Pur senza retrocedere nei confini delle teorie volontaristiche e senza conferire rilievo ai motivi, si giunge ad un accertamento dell'esistenza della causa, della sua liceità e meritevolezza in concreto.

¹⁷³ GIORGIANNI, *Causa*, cit., 563.

¹⁷⁴ In dottrina la formulazione della teoria si deve a FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 131; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in FERRI, ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 97, nonchè, per una ricostruzione della nozione e della funzione della causa, si v. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit.; ID., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, cit., 981 e, altresì, PELLICANÒ, *Problemi della causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 907; FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989, 125; RAGUSA MAGGIORE, *La scomparsa degli idola fori: la causa del contratto*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 553.

¹⁷⁵ Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, cit.; Cass., 15 maggio 1996, n. 4503, in *Corr. giur.*, 1996, 1265; Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3179; Cass., 7 maggio 1998, n. 4612, in *Corr. giur.*, 1998, 1039; Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, cit.; Cass., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, 135; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, cit.

Nelle più recenti pronune giurisprudenziali¹⁷⁶, in particolare, la Cassazione abbraccia le teoria della causa come funzione economico-individuale, quale scopo pratico del negozio e quale sintesi degli interessi reali che il contratto è volto a perseguire (c.d. causa concreta): «causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione

¹⁷⁶ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit. In senso conforme: Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, 845, con commento di DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 531, con commento di NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta* (relativa al caso di un pacchetto turistico c.d. tutto compreso con riferimento al quale gli acquirenti recedevano a causa di un'epidemia nel luogo di destinazione); Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.; in *Contr.*, 2008, 786, con commento di BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto* (relativa ad un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno: «la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, 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, quanto 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»); Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, in *Dir. turismo*, 2008, 349, con nota di CORONA; Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, 1655, con nota di GALATI (in cui la Corte afferma la nullità di un contratto di locazione di un fondo sottoposto a vincolo di destinazione ad uso boschivo in quanto ne prevedeva l'utilizzazione in spregio al vincolo stesso, ravvisando, pertanto, un contrasto diretto della sua causa concreta con le norme di legge); Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Danno e resp.*, 2009, 19, con commenti di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite - Un de profundis per il danno esistenziale*; LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass., Sez. un.*, 26972, 26973, 26974, 26975/2008; SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio* (in cui si afferma che l'individuazione di interessi di natura non patrimoniale ex art. 1174 c.c. deve essere condotta accertando la causa concreta del negozio); Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 448, con nota di DI LEO (relativa ad un contratto di assicurazione sulla vita); Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 279, con commento di BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia «storica» fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*; *ivi*, 300, con commento di CUCCOVILLO, *Clausola di pagamento "a prima richiesta" (e "senza eccezioni") e qualificazione della garanzia personale, nonché *ivi*, 425, con commento di NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 904, con commento di PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle Sezioni Unite. Tra autonomia e accessorietà delle garanzie*; in *Giust. civ.*, 2010, II, 425, con commento di NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*; in *Obbl. e contr.*, 2011, 89, con commento di V. MONTANI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur* (in tema di contratto autonomo di garanzia); Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Obbl. e contr.*, 2012, 31, con commento di ANDREOTTI (avente ad oggetto un contratto di assicurazione sulla vita); Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 547, con nota di V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione* (in tema di polizza fideiussoria).*

In dottrina, si v. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, cit., 241; BIANCA, *Il contratto*, III, cit., 425; GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 143; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 807; ROPPO, *Il contratto*, cit., 342; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 957.

funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale»¹⁷⁷.

Quella crisi del contratto da molti individuata verso la fine degli anni '80 e proseguita negli anni '90, è, ai giorni nostri, di nuova attualità, tanto che, per descrivere la commistione tra modelli contrattuali tradizionali e tipologie introdotte dalla prassi del commercio internazionale, è stata coniata l'espressione di "contratto alieno"¹⁷⁸. Certamente, il modello contrattuale cui il legislatore si riferiva era rappresentativo di una realtà economica e commerciale più semplice e maggiormente ancorata ai confini nazionali di quella odierna. Si tratta, dunque, di capire se la lamentata inadeguatezza della nozione dogmatica di contratto rispetto all'evoluzione economica, possa trovare una soluzione attraverso una sua riscrittura per mezzo della nozione di causa concreta ovvero se, come prospettato dai sostenitori della teoria dell'operazione economica, sia necessario acquisire un nuovo paradigma giuridico che affianchi quello già esistente.

Se, come detto, la causa, nella sua accezione di funzione economico-individuale, rappresenta «l'indice di come la regola dei privati sia espressione oggettiva delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire»¹⁷⁹, ciò consente di parlare distintamente di tipo contrattuale e di causa del contratto. Ne consegue che il primo, il tipo contrattuale, costituisce semplicemente un modello di organizzazione di interessi dei privati: alcune di tali forme di organizzazione risultano note all'ordinamento tanto da essere, per l'appunto, tipizzate; altre sono - o erano - ignote al legislatore e, in quanto tali, non prese in considerazione al momento della stesura del codice. Tuttavia, il legislatore, consapevole della necessità per l'ordinamento di rimanere elastico ai cambiamenti dell'economia e, di conseguenza, degli interessi dei privati, ammette - implicitamente nell'art. 1322 c.c. - che questi

¹⁷⁷ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.

¹⁷⁸ DE NOVA, The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: *il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 7; ID., *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

¹⁷⁹ GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., 906, il quale riprende a sua volta le parole di FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, cit., 99.

ultimi possano, per mezzo della loro autonomia, creare nuovi tipi contrattuali. Diversa, sia sul piano logico che cronologico, la questione della valutazione della liceità e ammissibilità della causa dei tipi contrattuali¹⁸⁰. Tale giudizio, tuttavia, deve accomunare tanto i tipi contrattuali noti quanto quelli atipici¹⁸¹ posto che anche il contratto tipico potrebbe essere utilizzato dalle parti per il perseguimento di interessi che l'ordinamento non ritiene meritevoli di tutela (si pensi al classico esempio di contratto di compravendita di sostanze illecite ma anche al sempre maggior numero di indici sintomatici che la giurisprudenza elabora per individuare ipotesi di negozi in frode alla legge). La nozione di causa concreta permette, dunque, di vagliare anche i contratti noti e di superare la tradizionale affermazione secondo cui la causa dei contratti tipici è valutata positivamente *ex ante* dal legislatore, mentre per quelli atipici deve essere oggetto di valutazione *ex post*: non di causa si deve discorrere ma di modello di organizzazione di interessi, che di per sé non deve essere sottoposto ad alcun giudizio. Diversamente, discorrendo di causa, si dovrà affermare che la stessa deve essere valutata *ex post* tanto nelle ipotesi di contratti tipici quanto atipici, nella sua accezione concreta e dinamica¹⁸². La meritevolezza, dunque, passa attraverso un giudizio che deve inglobare l'intera operazione economica, poichè solo attraverso un'analisi della stessa emerge l'effettivo assetto degli interessi delle parti.

Un simile approccio consente un'indagine del contratto non più solo formale, ma anche di carattere sostanziale circa l'intento pratico prefissato dalle parti¹⁸³ attraverso

¹⁸⁰ ROPPO, *Il contratto*, cit., 419; ALPA, *Causa e tipo*, in *Vita Notarile*, 1997, 3.

¹⁸¹ ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 62.

¹⁸² COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 423; MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione omnibus*, Milano, 1991, 85. Si v., inoltre, DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in ID. (a cura di), *Illiceità, meritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, 119.

¹⁸³ Il recepimento della nozione di causa in concreto rende necessaria una valutazione circa il possibile assorbimento entro i confini della stessa dell'istituto della presupposizione.

Sul punto si ribatte che i due concetti non si sovrappongono, restando privi di rilevanza causale i motivi che ricadono su interessi che non entrano a far parte delle ragioni giustificative dell'operazione. Il problema viene, dunque, spostato sul piano dell'individuazione volta per volta degli interessi che le parti hanno fatto entrare entrano nella causa contrattuale e quelli che invece ne sono restati esclusi. Attraverso la giuridicizzazione dell'interesse delle parti, dunque, risulta possibile valutare liceità della causa, da un lato ma anche l'imputabilità di alcune vicende contrattuali e la conseguente possibilità di risoluzione, nonché la sussistenza della capacità del contratto di continuare a realizzare la sua ragione giustificativa. Dunque, la causa concreta assumerebbe rilievo non solo nell'aspetto genetico del contratto bensì anche nella fase dinamico-effettuale dello stesso, divenendo criterio di adeguamento del rapporto: eventi sopravvenuti possono, infatti, variamente articolarsi sull'interesse del creditore obiettivizzata nella causa, rendendo irrealizzabile la funzione concreta.

Sul punto, si v. ampiamente ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?*, cit., 957, nonché, SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, cit., 83; NAVARRETTA, *Le ragioni della causa ed il*

una specifica operazione contrattuale¹⁸⁴, vagliando, cioè, l'interesse concretamente perseguito e manifestato dalle parti attraverso la scelta della specifica operazione contrattuale.

La concezione di causa concreta risulta particolarmente adeguata per comprendere i nuovi fenomeni economici, attuati per mezzo di una articolazione di contratti, da considerare non nella loro dimensione isolata ma nel loro reciproco atteggiarsi: ne consegue una lettura degli stessi in termini di negozio unitario ed atipico previsto dalle parti nella loro autonomia contrattuale e caratterizzato dalla presenza di una causa concreta complessa.

A tale conclusione si perviene sia adottando la sopra citata tesi del collegamento negoziale quale contratto unitario dotato di una causa distinta e autonoma¹⁸⁵ sia qualificando dette operazioni economiche non quale collegamento negoziale ma quale contratto unitario *ex se* con causa propria¹⁸⁶.

7. Un tentativo di ricostruzione unitaria del *project financing*

Applicando tali argomentazioni all'istituto del *project financing*, si dovrà, dunque, indagare l'esistenza di un profilo causale unitario. Individuata l'esistenza di una causa complessiva, si dovrà respingere la qualificazione dello stesso quale collegamento negoziale in favore di una sua ricostruzione in termini di contratto unitario. Nella specie, contratto plurilaterale, di cui, ulteriormente, si dovrà analizzare la sussistenza o meno della comunione di scopo.

Successivamente, al fine di prevenire possibili obiezioni circa l'autoreferenzialità di tale ricostruzione giacché priva della spiegazione su quale sia la fonte della causa complessiva (con il conseguente rischio di dover ammettere che la causa generale trovi il proprio fondamento nell'operazione economica stessa), si analizzerà anche

problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive di diritto europeo dei contratti, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 981; RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, cit., 624; BESOZZI, *La causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *Contr.*, 2007, 1007.

¹⁸⁴ BIANCA, *Il contratto*, cit., 447; ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, cit., 1720.

¹⁸⁵ SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 88.

¹⁸⁶ GORGONI, *Credito al consumo e leasing traslativo al consumo*, cit., spec. 1151; PURCARO, *La locazione finanziaria*, cit., 24.

l'*iter* formativo del contratto di *project financing*. Così ragionando, si comprenderà come venga meno la necessità di ricorrere ad una nuova categoria del diritto, l'operazione economica.

Si procederà, dunque, su due piani argomentativi: il primo, costituito dal vaglio circa l'esistenza di un elemento causale unitario; il secondo, relativo alla modalità di formazione di detto contratto complessivo.

7.1 Il profilo causale unitario della finanza di progetto: il frazionamento del rischio

Il profilo causale del *project financing* è rappresentato dal frazionamento del rischio insito nella realizzazione del progetto¹⁸⁷: che questa sia la funzione economico-individuale dell'intera operazione emerge dalla combinazione creata dalle parti tra la pluralità di relazioni che caratterizzano la finanza di progetto e dal sistema delle garanzie.

La causa del contratto di *project financing* può, infatti, individuarsi nella realizzazione di un sistema di ripartizione, tra le parti, del rischio finanziario, tecnologico, commerciale, giuridico e politico, derivanti dalla costruzione e gestione dell'opera o del servizio. Centrale è, infatti, il trasferimento del c.d. rischio imprenditoriale, che, nell'economia tradizionale, viene assunto da un singolo soggetto (persona fisica o giuridica), e distribuito su una pluralità di soggetti (*sponsor*, finanziatori, garanti, fornitori, gestori).

In primo luogo, l'allocazione avviene tra i finanziatori e gli incaricati della costruzione, della gestione, delle forniture e gli acquirenti del bene o del servizio prodotto mediante un preciso meccanismo di condizionamento di ciascuno dei singoli contratti che consente di identificare, già prima dell'avvio della fase esecutiva del progetto, quali saranno i soggetti che vi prenderanno parte, con quali modalità e con quale specifico apporto di competenze. Come già ricordato¹⁸⁸, infatti, il contratto di finanziamento risulterà subordinato all'effettiva sussistenza dei contratti di costruzione, gestione, fornitura e vendita (c.d. *conditions precedent*), a loro volta,

¹⁸⁷ LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, cit., 88; CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., 42; APPIO, DONATIVI, *Project financing*, cit., 213; F. MONTANI, *Project financing*, cit., 330; PEZZI, *Profili civilistici del project financing*, cit., 49.

¹⁸⁸ Cap. I, §5.4.

sottoposti alla condizione sospensiva costituita dal perfezionarsi del contratto di finanziamento¹⁸⁹.

Così, da un lato, a fronte dell'erogazione del finanziamento, i *lenders* non corrono il rischio che la SPV si trovi sprovvista di idonei soggetti costruttori o gestori, o priva delle materie prime necessarie e di acquirenti; dall'altro, la schiera di costruttori, gestori, fornitori sono tutelati dal rischio che la SPV non sia in grado di adempiere alle obbligazioni assunte nei loro confronti per carenza di liquidità. Ulteriormente, detto meccanismo condizionale salvaguarda anche la SPV, impedendo che la stessa assuma obbligazioni che non sarà in grado di soddisfare in difetto del perfezionamento di tutti i suddetti contratti.

Sotto altro profilo, il rischio di insuccesso del progetto, derivante dal possibile inadempimento di uno dei soggetti o dalla mancata collocazione del servizio o del bene prodotto e il conseguente pericolo per i finanziatori di non vedersi restituire il capitale iniziale finanziato trovano un ulteriore frazionamento attraverso la logica del sistema di garanzie, di cui si dirà a breve.

Come ben espresso da autorevole dottrina¹⁹⁰, «nella finanza di progetto (..) la logica del finanziamento trasmigra da una prospettiva meramente statica, che si esaurisce nella centralità della figura del soggetto finanziato, e dunque, della sua capacità patrimoniale e delle garanzie di recupero dell'investimento erogato, ad una percezione dinamica nella quale il finanziamento viene erogato non già in virtù e in proporzione a quanto il soggetto possiede o comunque alla possibilità di ottenere idonee e sufficienti garanzie reali (comunque presenti), bensì confidando sulla validità del progetto imprenditoriale proposto e sulla sua idoneità a produrre quei

¹⁸⁹ IMPERATORI, *La finanza di progetto. Una cultura, una tecnica, una politica*, cit., 255; PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, cit., 2050; SAMBRI, *Project financing*, cit., 412; SCANO, *Project financing. Società e impresa*, cit., 100; PRESILLA, *Il project financing in Italia*, cit., 40; F. MONTANI, *Project financing*, cit., 146.

¹⁹⁰ TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., 22. Più ampiamente, si v. ID., *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di project finance*, in *Dir. Economia*, 2004, 297; ID., *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di "contratto collegato" e di "operazione economica" (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2005, 840; nonché ID., *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di "contratto collegato" e di "operazione economica" (seconda parte)*, *ivi*, 2005, 1029; ID., *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project Finance*, in *Economia e dir. terziario*, 2005, 175; ID., *I profili civilistici della finanza di progetto*, in CARTEL, RICCI (a cura di), *Finanza di progetto: temi e prospettive*, Napoli, 2010, 415; ID., *Il Project Finance*, in DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, 195.

flussi di cassa, che, nell'arco di tempo predefinito, dovrebbero garantire la remunerazione, oltre che naturalmente il recupero del capitale erogato».

Diversamente dalle logiche di finanziamento tradizionali, legate a diritti reali di garanzia per un valore superiore o quantomeno pari a quello concesso a credito, dunque, nel *project financing*, il principale aspetto valutativo ai fini della concessione del finanziamento stesso è costituito dalla credibilità del progetto e dalla fiducia che in esso si ripone di poter generale *cash flows*. Anche il sistema di garanzie tipico di tale operazione risponde a questa logica, essendo volto a difendere la possibilità di successo del progetto, proprio attraverso una ripartizione del rischio ivi connesso tra una pluralità di soggetti.

Le *conditions precedent*, proprie della fase genetica dei contratti, le clausole di sterilizzazione del rischio che impediscono la trasmissione delle patologie da un contratto all'altro e la previsione del c.d. *step-in right*¹⁹¹ rappresentano l'apice di tale sistema, rendendo il c.d. *security package* - il pacchetto di garanzie del progetto - di assoluta centralità nella gestione dei possibili rischi derivanti dalla gestione dell'operazione.

7.1.1. Le garanzie nel *project financing*. Realizzazione dell'opera e *performance bonds* nella fase di costruzione

In via generale, le problematicità¹⁹² connesse alla realizzazione di un'opera in *project financing* possono essere individuate in relazione (i) alla fase di costruzione, per l'inadempimento del soggetto costruttore; (ii) alla fase operativa del progetto, per il mancato acquisto da parte di terzi del bene o del servizio prodotto dalla SPV; (iii) al profilo di carattere finanziario, il cui rischio grava direttamente non, come nei precedenti due casi, sulla SPV bensì sui soggetti finanziatori, per il mancato rimborso del capitale finanziato.

Nella fase di costruzione, momento cruciale è la realizzazione dell'opera o dell'impianto, la cui successiva gestione consentirà la generazione dei *cash flows*

¹⁹¹ Esso consiste nel diritto riconosciuto ai finanziatori di assumere in ogni momento il controllo del progetto e/o della sua gestione a fronte di una situazione di crisi del progetto stesso.

¹⁹² Per un'ampia ricostruzione dei rischi ravvisabili in operazioni di *project financing* si v. F. MONTANI, *Project financing*, cit., spec. 19-41, 94-106.

attesi e il rimborso del finanziamento erogato, con la conseguente auto-liquidazione del progetto.

La ripartizione del rischio, in tale fase connesso all'inadempimento del costruttore, è attuata mediante il ricorso al contratto a prezzo fisso chiavi in mano (*lump sum turn key contract*)¹⁹³.

Sulla base di tale contratto, il committente (la SPV)¹⁹⁴ incarica la società di costruzione (il cd. *contractor*) di realizzare l'opera o l'impianto con l'obbligo per quest'ultima di consegnarlo, entro un termine stabilito, secondo i previsti *standards* qualitativi, con la previsione di una penale in caso di ritardo.

I tratti caratterizzanti sono il prezzo fisso¹⁹⁵, determinato sulla base di una stima dei costi necessari alla realizzazione del progetto e il termine di consegna, in modo che un eventuale ritardo nella realizzazione dell'opera sia addebitato all'appaltatore mediante pagamento di una penale.

La presenza combinata di questi due elementi determina la nascita di un contratto volto alla duplice finalità di realizzare l'opera secondo i canoni classici del contratto di costruzione e, al contempo, di adempiere ad una funzione di garanzia: da un lato, infatti, consente di stabilire con certezza il costo in capo alla SPV, evitando che la stessa possa essere chiamata ad un esborso superiore che potrebbe compromettere la realizzazione del progetto in conseguenza della mancata copertura finanziaria; dall'altro lato, attraverso la previsione della penale, consente di trasferire il rischio di un eventuale ritardo in capo all'appaltatore.

Nell'ambito della fase di costruzione, della quale è dunque protagonista l'appaltatore-costruttore, i rischi possono genericamente essere ricondotti a qualsiasi evento in grado di compromettere la realizzazione dell'opera e che possa condurre

¹⁹³ GOUDSMIT, *The EIC (European International Contractors) turnkey contract (Conditions for design and construct projects)*, in *Int. Comp. Law Rev.*, 1995, 23; HUSE, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, Sweet & Maxwell, 2002; RAMSEY, *Construction Law Handbook*, Thomas Telford, 2007, 183; CIANFALONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012, 27.

¹⁹⁴ PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, cit., 2052 evidenzia come nell'ambito del *project financing* la realizzazione dell'opera non venga svolta direttamente dalla SPV ma da quest'ultima commissionata ad un soggetto specializzato.

¹⁹⁵ Peraltro, al fine di ovviare agli inconvenienti connessi alla predeterminazione del prezzo, nella contrattualistica internazionale è frequente il ricorso alla clausola *cost plus free*, diretta a tutelare l'appaltatore dalle possibili variazioni dell'opera in corso di esecuzione nonché, in senso opposto, la previsione di incentivi a favore dell'appaltatore in caso di risparmio di costi rispetto a quelli preventivati o di tetti massimi di spesa non superabili (*cost plus with a guaranteed ceiling price*). Sul tema si veda MUSOLINO, *L'appalto internazionale*, Milano, 2003, 399.

all'estrema conseguenza dell'abbandono del progetto¹⁹⁶. Si pensi, a titolo esemplificativo, al mancato rilascio di un'autorizzazione per la costruzione dell'opera, al fallimento dell'impresa appaltatrice, ad un imprevisto tecnico o ad un aumento non previsto dei costi per il completamento dell'opera. In particolare, è stata proposta una tripartizione del rischio di costruzione¹⁹⁷ individuando un rischio di pianificazione, connesso ai possibili errori di programmazione delle diverse attività che, nel loro avvicendamento, portano all'evoluzione del progetto; un rischio tecnologico, relativo al tipo di tecnologia, sperimentale ovvero consolidata, impiegata nella realizzazione dell'opera e, infine, un rischio di completamento legato alla completa costruzione dell'opera dotata degli *standard* prestazionali effettivamente pattuiti.

Se il *lump sum turn key contract* tutela la SPV dall'eventuale ritardo nella consegna dell'opera conclusa, per converso, il rimedio per contrastare l'eventuale rischio di abbandono del progetto per ragioni connesse alla costruzione del medesimo è rappresentato dalla garanzia del *performance bond* che, nel suo grado massimo di tutela, mira a far eseguire al garante la medesima opera, la cui realizzazione era compito dell'appaltatore che ha lasciato inadempito il suo lavoro. Esso assicura il conseguimento dell'utilità specifica, oggetto della prestazione dovuta, rappresentando un mezzo di adempimento in natura e, dunque, uno strumento di tutela particolarmente incisivo per il committente.

Si tratta di una garanzia nata nei Paesi di *common law*¹⁹⁸, quale particolare forma di evoluzione del tradizionale contratto fideiussorio, c.d. *surety bonds*, ovvero quei contratti con cui un soggetto si impegna nei confronti di un altro a garantire l'adempimento delle obbligazioni assunte verso quest'ultimo da un terzo. Mentre queste si caratterizzano per essere una garanzia secondaria ed accessoria rispetto a quella principale e, pertanto, condizionata nella sua escussione alla preventiva

¹⁹⁶ Si veda IMPERATORI, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, cit., 327.

¹⁹⁷ GATTI, *Manuale del Project Finance: come disegnare, strutturare e finanziare un'operazione di successo*, cit., 209.

¹⁹⁸ Nei Paesi di *common law*, le garanzie personali presenti sono essenzialmente quattro: le *letters of intent* o *letters of comfort*; i *surety bonds*, i *guarantee bonds* e, limitatamente agli Stati Uniti, le *standby letters of credit*: LORD, *The no-guaranty rule and the standby letter of credit controversy*, in *Bank Law Jour.*, 1979, 46 MC. GUINNESS, *The Law of Guarantee*, Toronto, Carswell, 1986; FRANKS, *Surety Bad Faith: Tout Recovery for Breach of a Construction*, in *Un. ILL. Law Rev.*, 2002, 506; O'DONOVAN, *The modern contract of guarantee*, London, 2003; BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Parigi-New York, 2003, 345. Sia, inoltre, concesso un rinvio a V. MONTANI, *Performance Bond: quasi raggiunto il traguardo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 502.

dimostrazione dell'inadempimento del debitore principale, il *performance bond* si presenta quale *species* del *genus* "garanzia a semplice richiesta e senza eccezioni"¹⁹⁹ (*on first demand and without exception*) in cui non è richiesta alcuna dimostrazione riguardo all'inadempimento del debitore, sussistendo una autonomia completa del rapporto creditore-garante rispetto al rapporto di base (creditore-debitore). Accanto alle garanzie autonome legate al mantenimento dell'offerta (*bid bonds* o *tender bonds*)²⁰⁰ e alle garanzie di rimborso²⁰¹ (*payment bond* o *advance payment bond*), il *performance bond* tutela la buona esecuzione dell'opera: con essa il garante si obbliga – tendenzialmente, ma non esclusivamente - a pagare al beneficiario una somma di denaro nel caso in cui il debitore non esegua la prestazione dovuta²⁰², potendosi ad essa affiancare anche una garanzia a che l'opera sarà realizzata

¹⁹⁹ Si tratta, dunque, di un tipo di contratto autonomo di garanzia. Per un inquadramento dell'istituto si rimanda a DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 87; PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1053; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 175; BENATTI, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Noviss. Dig. It., App.*, III, 1982, 918; DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nelle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 42; PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 12; NAVARRETTA, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia: osservazioni su un decennio di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1990, 693; BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, 9; NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 24; MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1996, 6; VILLANACCI, *Performance bond: caratteri e funzioni*, Napoli, 1996, 21; NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 202; PECORARO, *Performance bond e fideiussione*, in *Contr.*, 2004, 918; BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag: categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005; ID., *Il garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, ivi, 2007, I, 217; CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 431.

Sul tema, in giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. Sia consentito il rinvio, inoltre, a V. MONTANI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 98.

²⁰⁰ Si tratta di forme di garanzia generalmente richieste nelle gare di appalto in quanto assolvono la funzione di assicurare al committente che l'aggiudicatario della gara concluderà effettivamente il successivo contratto finale alla stessa offerta con la quale si è presentato e ha partecipato alla gara. Il garante, sostanzialmente, si obbliga a pagare una data somma nel caso in cui il proponente prima formuli un'offerta e successivamente si rifiuti di addivenire alla stipula definitiva del contratto, al fine di prevenire che un appaltatore possa presentare un'offerta particolarmente bassa al solo fine di risultarne l'aggiudicatario, con l'intenzione di chiedere successivamente un aumento del prezzo.

²⁰¹ Essa è una garanzia grazie alla quale il garante si obbliga a restituire al beneficiario gli acconti che quest'ultimo ha pagato alla controparte, nel caso in cui non vi sia esecuzione di quelle prestazioni per le quali erano stati versati gli acconti stessi: infatti, viene anche chiamata garanzia di restituzione dei pagamenti parziali anticipati. Questa tipologia contrattuale ha lo scopo di esonerare il committente da ogni possibile responsabilità derivante dai debiti che l'appaltatore ha contratto nei confronti di fornitori di manodopera, di materie prime e di subappaltatori.

²⁰² La Camera del Commercio Internazionale nella pubblicazione 325 del 1978 ha definito il *performance bond* come «an undertaking giving by a bank whereby the Guarantor undertakes in the event of default by the principal in due performance of the terms of a contract between the principal and the beneficiary to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money or, if the guarantee so provides, at the guarantor's option, to arrange for the performance of the contract».

esattamente con gli *standard* qualitativi stabiliti nel contratto²⁰³ (*maintenance bond*). La vera particolarità del *performance bond* anglo-americano è, tuttavia, costituita dal fatto che, di fronte all'inadempimento, il garante può optare tra un ventaglio di scelte comportamentali²⁰⁴: può scegliere di pagare al creditore una somma pari al valore del *bond* concesso, o, in alternativa, stipulare con questi un *take over agreement* in base al quale egli subentra nel ruolo di debitore-appaltatore per concludere la costruzione dell'opera, oppure può segnalare al beneficiario un nuovo soggetto con cui concludere un contratto per ultimare i lavori, o ancora finanziare l'appaltatore perché porti a termine il suo operato. La compagnia assicurativa sceglierà l'una piuttosto che l'altra alternativa a seconda di quanto economicamente più conveniente; così, preferirà onerarsi dell'impegno di concludere i lavori essa stessa o di finanziare "a fondo perduto" il debitore ove l'opera da realizzare sia prossima alla conclusione e quindi il lavoro rimanente abbia un costo inferiore all'ammontare del *bond*. Viceversa, preferirà liquidare il creditore²⁰⁵.

Appare evidente come l'ipotesi in cui il garante si impegni sin da subito all'esecuzione dell'opera in forma sostitutiva dell'appaltatore, invece che all'indennizzo economico, abbia una portata applicativa di particolare pregnanza in contesti come quello del *project financing*.

Se, da un lato, le penali contrattualmente previste possono indennizzare dal mancato guadagno, dall'altro appare evidente come l'interesse concreto della SPV sia costituito dall'effettiva costruzione dell'opera, e come la penale per inadempimento rappresenti un mero pagliativo: i rischi di inadempimento nella costruzione o nella realizzazione di un'opera non conforme a quella progettata altererebbero le previsioni di messa in operatività del progetto giacché l'individuazione di un nuovo appaltatore, le fasi di negoziazione e di conclusione del relativo contratto e l'avvio dei lavori stessi comporterebbe lunghe tempistiche che potrebbero far sorgere dubbi circa la possibile remuneratività del progetto.

La presenza di una garanzia che prevede non un mero indennizzo ma l'esecuzione del progetto annulla, o quantomeno riduce notevolmente, i suddetti rischi.

Volgendo lo sguardo al panorama italiano e analizzando, in particolare, la disciplina

²⁰³ Molto spesso *performance bond* e *maintenance bond* contratti non vengono differenziati, parlandosi genericamente di *performance bond*.

²⁰⁴ V. MONTANI, *Performance Bond: quasi raggiunto il traguardo*, cit., 502.

²⁰⁵ FRAKES, *Surety Bad Faith: Tout Recovery for Breach of a Construction*, cit., 506.

degli appalti pubblici, appare come il recepimento di simile tipologia contrattuale non sia lontano. Non si ravvisano dunque, *a fortiori*, particolari problemi a che una simile garanzia possa trovare piena applicazione anche nei rapporti tra soli soggetti privati, ove gli stessi lo prevedano.

Il comma 7-*bis* dell'art. 30 della legge 109/1994, introdotto dalla legge n. 415 del 1998 e successivamente modificato dalla legge Merloni *quater*²⁰⁶, disciplinava la garanzia globale di esecuzione, oggi regolamentato dall'art. 129 del Codice Appalti²⁰⁷.

Detta garanzia si compone di due parti: la classica garanzia fideiussoria di buon adempimento, prevista dall'articolo 113 del codice²⁰⁸, e la garanzia di subentro.

Non si tratta più di un pagamento di una certa somma di denaro, ma di eseguire la medesima opera dell'appaltatore, rimasta inadempita. Il soggetto che subentra realizza una prestazione omogenea a quella originaria, soddisfacendo appieno

²⁰⁶ D.Lgs. 3 agosto 2002, n. 166.

²⁰⁷ Con il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 è stato previsto il regolamento attuativo, come previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice Appalti), il quale, in verità, prevedeva l'obbligo di emanazione di un apposito regolamento di delegificazione che ne disciplinasse la fase esecutiva ed attuativa entro 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto stesso.

²⁰⁸ Oggi disciplinata nell'art. 113 del D.Lgs. 163 del 2006, modificato dal D.Lgs. 152 del 2008, tale garanzia è stata disciplinata per la prima volta dalla L. 109/1994 (c.d. legge Merloni), come modificata dalla L. 415/1998 (c.d. Merloni-*ter*) all'art. 30 comma 2. Detto articolo, trasfuso nella normativa vigente senza che siano state introdotte modifiche sostanziali, prevedeva l'obbligo di rilascio da parte dell'appaltatore di una garanzia circa buona esecuzione con espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la sua operatività entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. A lungo i dibattiti si sono concentrati sulla configurabilità delle garanzie degli appalti, senza, però, mai indagare quale fosse il reale intento del legislatore nel momento in cui ha formulato il dettato normativo e cioè se, nonostante parli di fideiussione con clausola a prima richiesta, in realtà, voglia recepire nel nostro ordinamento il contratto autonomo di garanzia con il carattere di autonomia e indipendenza. Sul punto, la giustizia amministrativa, tra cui T.A.R. Puglia - Bari, 27 febbraio 2002, n. 1089, in *Foro amm.*, 2002, 670; T.A.R. Basilicata, 8 novembre 2004, n. 747, in *Urbanistica e app.*, 2005, 1099, afferma che l'apposizione, all'interno di un contratto, della clausola a prima richiesta sottende la volontà della parti di abbandonare lo schema fideiussorio per adottare quello del contratto autonomo di garanzia, in contrasto con l'indirizzo dei Tribunali civili, secondo i quali la mera clausola di pagamento a prima richiesta, se isolata, addirittura non garantisce che vi sia autonomia della garanzia, ben potendo essere un caso che rientra nella fattispecie fideiussione, con apposizione di una clausola più gravosa per il garante, la c.d. clausola *solve et repete*, volta semplicemente a differire le eccezioni (VIALE, *Le garanzie bancarie*, Padova, 1994, spec. 176, note 2 e 4). La clausola 'a prima richiesta' indica che la garanzia deve essere pagata non appena richiesto, ma ha solo un valore processuale di *solve et repete* dato che di per sé non recide l'accessorietà, rimanendo l'azione di ripetizione contro il creditore impregiudicata. Sul punto, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. chiarisce come l'apposizione congiunta delle clausole a prima richiesta e senza eccezioni sia elemento necessario (e sufficiente) per poter qualificare un negozio come contratto autonomo di garanzia. In assenza di un'esplicita clausola "senza eccezioni", dunque, il rapporto di garanzia ricade nell'ambito delle norme sulla fideiussione, cui consegue l'obbligo per la stazione appaltante di dimostrare l'inadempimento dell'appaltatore.

l'interesse del committente all'esatta esecuzione: l'appaltante ottiene, così, il bene dovutogli. Una simile garanzia, pertanto, assicura anche il conseguimento dell'utilità specifica, oggetto della prestazione dovuta, rappresentando un mezzo di adempimento in natura che tende a ristabilire non solo l'assetto quantitativo del patrimonio del creditore ma, soprattutto, l'assetto qualitativo-patrimoniale a cui quest'ultimo aspirava²⁰⁹. Nella garanzia globale di esecuzione, il soggetto partecipante alla gara deve, infatti, indicare il nominativo di due sostituti, che devono essere in possesso degli stessi requisiti richiesti nel bando e posseduti dall'impresa partecipante²¹⁰.

Il subentro scatta qualora si verifichi la risoluzione del contratto nonché, nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo, che impediscano la corretta prosecuzione dell'esecuzione. Non appena il committente comunica la sussistenza di fatti tali da integrare una situazione di inadempimento o di scorretta esecuzione, il garante deve attivarsi per comunicare all'appaltante, entro trenta giorni, l'inizio dei lavori da parte del subentrante²¹¹. Si può, quindi, dire che abbia trovato attuazione l'istituto del *performance bond*, come sopra descritto.

È evidente che nostro legislatore abbia tratto ispirazione dal modello angloamericano, permettendo una maggiore uniformità di prassi nel campo internazionale. Sebbene una simile garanzia assicuri il conseguimento dell'utilità specifica e sebbene lo schema in oggetto appaia molto simile a quello previsto nei Paesi di *common law*, è necessario sottolineare come, nel nostro sistema, il garante possa solo riappaltare l'opera, mentre negli ordinamenti inglese ed americano l'ente creditizio o assicurativo conserva, al momento all'inadempimento del debitore, la facoltà di scegliere se pagare al creditore una somma pari al valore del *bond* concesso o, in alternativa, stipulare con questi un *take over agreement* in base al quale egli subentra nel ruolo di debitore-appaltatore per concludere la costruzione dell'opera, oppure segnalare al beneficiario un nuovo soggetto con cui concludere un

²⁰⁹ BOSA, *La garanzia di corretta esecuzione tra modelli normativi e prassi socioeconomica*, in *Contr. e impr.*, 2008, 328.

²¹⁰ MASCOLINI, *Performance bond al via: la garanzia globale di esecuzione entra nel nostro ordinamento*, in *Italia Oggi*, 2008, 20.

²¹¹ Il regolamento attuativo chiarisce che non si realizza successione nel contratto, né novazione soggettiva e, quindi, il soggetto appaltatore originario non è liberato dai suoi obblighi contrattuali, rimanendo vincolato ad un obbligo di fare che sarà adempiuto materialmente da un altro soggetto subentrante.

contratto per ultimare i lavori, od ancora finanziare l'appaltatore perché porti a termine il suo operato. Seppure questo ventaglio di scelte non sia previsto per il garante italiano, si può affermare che sia stato compiuto un passo verso un tentativo di uniformare la nostra realtà commerciale a quella degli altri Paesi.

7.1.2. Il profilo gestionale

Nell'ambito della fase operativa, il principale fattore di rischio risiede nel mancato acquisto del bene o del servizio da parte degli utenti in misura sufficiente a consentire la realizzazione dei *cash flows* per l'autoliquidazione del progetto²¹².

Tale profilo risente inevitabilmente della tipologia del servizio offerto e del *target* di soggetti cui esso è destinato: può accadere che non vi sia alcuna preventiva individuazione dei soggetti acquirenti²¹³ (si pensi ad esempio alla realizzazione di un servizio di pubblica utilità); viceversa, si può trattare di ipotesi in cui i soggetti acquirenti del bene o del servizio sono già a monte individuati²¹⁴.

Mentre nel primo caso, in capo alla SPV rimane un maggior profilo di rischio, nel secondo caso trovano, invece, spazio gli *offtake agreements*, definibili come quel complesso di contratti in forza dei quali gli operatori-acquirenti si impegnano preventivamente ad acquistare dalla SPV i prodotti dell'opera o dell'impianto realizzato.

In particolare, si distinguono i *take or pay contract* e i *through-put agreement* da un lato; i *take and pay contract* dall'altro²¹⁵.

²¹² F. MONTANI, *Project financing*, cit., 24 individua tra gli ulteriori rischi di questa fase la possibilità che l'impianto non funzioni secondo le aspettative del modello economico finanziario; possibili difficoltà di forniture; prezzi in aumento delle materie prime; difficoltà operative legate al *management* e all'organizzazione societaria; costi legati a eventuali guasti o problemi tecnici.

²¹³ Si pensi alle ipotesi di fornitura d'acqua potabile, all'utilizzo di una strada a pedaggio, di una struttura alberghiera o di un parco divertimenti: così, GATTI, *Manuale del project financing*, cit., 206. Sul punto, IMPERTORI, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, cit., 394, distingue ulteriormente tra le ipotesi in cui non vi siano soggetti compratori predeterminati e quelle in cui, pur sempre in assenza di una mancata individuazione di acquirenti, si tratti di un servizio di pubblica utilità in cui la domanda si caratterizzerà per un'elevata diffusione.

²¹⁴ Si pensi alle situazioni in cui gli acquirenti siano aziende specializzate che si devono rifornire di grandi quantitativi di prodotto, come raffinerie, centrali elettriche, impianti petrolchimici... Sul punto, GATTI, ult. op. cit., 206.

²¹⁵ DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in VACCÀ (a cura di), *Il project financing*, Milano, 2002, 288; FINNERTY, *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*, cit., 122; VISHWANATH, *Corporate Finance: Theory and Practice*, SAGE, 2007, 550;

La prima tipologia prevede che l'acquirente (*offtaker*) si obblighi al pagamento periodico di un determinato importo a scadenze prestabilite, indipendentemente dall'effettiva erogazione del servizio, ovvero da un erogazione qualitativa o quantitativa diversa da quella pattuita²¹⁶. Non presenta, invece, i suddetti profili il contratto di *take and pay* che, a differenza del *take or pay*, prevede il pagamento di un corrispettivo predeterminato solo se il prodotto o il servizio sarà effettivamente fornito, rientrando nell'ordinario paradigma della sinallagmaticità. Esso rappresenta comunque una garanzia poiché prevede, ad ogni modo, un'individuazione *ex ante* dell'acquirente del prodotto, che si impegna già all'acquisto del bene, così assicurando la bancabilità del progetto.

È chiaro come il contratto di *take or pay* sia principalmente posto a tutela della SPV: essendo il corrispettivo minimo pattuito dovuto dall'acquirente di importo tale da coprire quantomeno il pagamento della rata del finanziamento, la stessa si assicura la capacità di soddisfare l'obbligazione assunta nei confronti dei finanziatori, così parimenti tutelati.

Peraltro, anche l'acquirente, che apparentemente ne subisce tutti gli svantaggi, può avere un interesse alla stipulazione di tale accordo. In particolare, qualora questi sia anche *sponsor* industriale del progetto avrà convenienza ad assumere i rischi connessi a simile contratto pur di veder realizzata l'opera dalla quale trae il servizio o il bene. Inoltre, tale contratto consente all'acquirente, sia esso *sponsor* industriale o meno, di assicurarsi preventivamente l'approvvigionamento della fornitura ancora prima che l'impianto sia realizzato; esigenza che, in una logica concorrenziale, sarà tanto più pressante quanto maggiore è la quota di mercato che lo stesso intende occupare.

Infine, sempre nella prospettiva di assicurarsi l'approvvigionamento del servizio, il *take or pay contract* può contenere, a tutela dell'*offtaker*, la clausola di *buy out*²¹⁷ che gli consente, in caso di fallimento della SPV o al verificarsi di determinate

SICA, D'ANTONIO, *Il project financing nella prassi internazionale*, in BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007, 263; VERONELLI, *Project financing*, cit., 599; APPIO, DONATIVI, *Project financing*, cit., 204; DE GAUDIO, *L'obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Contr.*, 2013, 605.

²¹⁶ NEVITT, *Project Financing*, cit., 276; MURATORI, *Riflessioni su taluni aspetti giuridici significativi del project financing*, in *Resp. Comunic. Impr.*, 1996, 509; nonché, diffusamente, F. MONTANI, *Project financing*, cit., 299-303 e, in particolare, circa i meccanismi operativi, 301, note 303, 304 e 305.

²¹⁷ F. MONTANI, op. ult. cit., 300.

condizioni connesse ad uno stato di crisi della stessa, di subentrare nella gestione diretta dell'impianto, continuando a ricevere la somministrazione.

Il *through-put agreement*²¹⁸ presenta una struttura del tutto simile a quella del *take or pay contract*, divergendo solamente per l'oggetto. Tale contratto non prevede, infatti, l'acquisto di un quantitativo minimo del bene prodotto, ma l'utilizzo dell'impianto realizzato dalla SPV per un minimo garantito. Il *through-put agreement* risulta, infatti, applicato a particolare ambiti, quali, per esempio, gli impianti di oleodotti, in cui l'utilizzatore si impegna a utilizzare l'oleodotto facendovi passare (*through*) un quantitativo di petrolio minimo. Ulteriormente simili appaiono i *transportation agreement*, con cui un operatore (generalmente uno *sponsor*) si obbliga a trasportare una quantità minima di un certo prodotto attraverso il mezzo realizzato in *project financing* (per es., una nave)²¹⁹, pagando incondizionatamente una somma minima predeterminata.

In entrambe le tipologie di contratti, *take or pay e through put*, pertanto, l'utilizzatore si obbliga al pagamento di un corrispettivo, indipendentemente dalla circostanza che la controprestazione sia effettivamente adempiuta e senza la possibilità di opporre alcuna eccezione. Tali contratti possono prevedere, infatti, la presenza di due clausole²²⁰ dirette a rafforzare il succitato obiettivo di garanzia: le *advance payments clauses*, in forza delle quali gli acquirenti si obbligano ad eseguire i pagamenti scaduti a semplice richiesta della SPV; e le *exclusion of defences clauses*, in base alle quali l'obbligo di effettuare i pagamenti, sempre da parte degli acquirenti, permane anche in ipotesi di inadempimento o di impossibilità di eseguire le prestazioni cui è tenuta la società veicolo.

7.1.3. Il profilo di carattere finanziario

Da ultimo viene in rilievo il rischio di carattere finanziario gravante in via immediata e diretta sui finanziatori, potenzialmente pregiudicati nell'ottenimento del rimborso

²¹⁸ CAMPO, *Contratti socialmente tipici*, in VIOLA (a cura di), *Studi monografici di diritto civile. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Matelica, 2007, 314.

²¹⁹ CAMPO, ult. op. cit., 314.

²²⁰ In relazione ai profili di compatibilità di simili clausole con l'ordinamento italiano si v. LOBUONO, *Project financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, cit., 102.

delle risorse erogate per la realizzazione del progetto.

In tale quadro, opera il *security package*²²¹ definibile come il complesso di garanzie e rimedi di natura reale ovvero contrattuale, pattuiti a tutela diretta dei *lenders* prima che gli stessi eroghino il finanziamento, al fine di limitare le ricadute negative derivanti da rischi connessi alla fase di realizzazione e di operatività del progetto²²².

Il *security package* risulta composto da tutte le garanzie rilasciate in riferimento al progetto e, dunque, dai contratti autonomi di garanzia e dei *performance bonds*, cui, tendenzialmente, saranno apposte le clausole “a semplice richiesta del garantito” e “senza eccezioni”; dalle garanzie negative, accomunate dalla circostanza che il debitore, ossia la *project company*, assume nei confronti del soggetto finanziatore una serie di vincoli e limiti relativi alla capacità di disposizione del proprio patrimonio; dalle garanzie c.d. indirette, in cui, accanto ai contratti di *take or pay* o *through-put* appena analizzati, si registra la presenza di un *assignment agreement* volto a garantire ai finanziatori il diritto di ricevere tutti i pagamenti dovuti alla SPV dagli acquirenti; e, infine, dalle garanzie reali.

Con riferimento a queste ultime, rientrano nel *security package*, in primo luogo, le garanzie tradizionali di pegno, ipoteca e privilegio²²³. La loro importanza, tuttavia, in contesti di *project financing* appare minore rispetto a quella che possono assumere nell’ambito dei finanziamenti *corporate*²²⁴. La funzione di tali garanzie risiede nell’assoggettare a vincolo determinati beni del debitore in modo che, in caso di inadempimento, il creditore possa rivalersi sul ricavato derivante dalla vendita forzata del bene; ma tale funzione mal si concilia con l’istituto di *project financing*, nel quale l’interesse dei finanziatori non è quello di agire in via esecutiva sui beni oggetto di garanzia, il cui valore di realizzo, per inciso, sarebbe difficilmente sufficiente a soddisfare le pretese creditorie legate all’ammontare complessivo dei

²²¹ NUZZI, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, cit., 681; LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*, cit., 127; ID., *Project financing e garanzie indirette*, cit., 431.

²²² F. MONTANI, *Project financing*, cit., 218: “insieme dei contratti o parti di contratti tra loro collegati e armonizzati, strutturati specificamente per la realizzazione del progetto”.

²²³ Nella prassi si registra il ricorso alle seguenti garanzie reali: contratto di pegno sulle azioni/quote della società di progetto; ipoteca sui beni immobili del progetto; privilegio speciale ex articolo 46 del D.Lgs. 385/93 sui beni mobili della società di progetto; pegno sui conti correnti di progetto (ad eccezione del Conto Distribuzioni); pegno sui crediti della società di progetto derivanti dalle garanzie di *take or pay* e *through put*.

²²⁴ DE SURY, *Project financing e finanziamento delle opere pubbliche*, in DE SURY, MISCALI (a cura di), *Il project financing*, cit., 8; LO CICERO, *Project vs corporate financing*, cit., 825; DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, cit., 497; LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, cit., 88.

finanziamenti erogati, bensì, come detto, di mantenere in vita il progetto così da generare i *cash flows* necessari per il rientro del finanziamento.

Le garanzie reali in tema di *project financing* sono, dunque, poste in essere, in via principale, al fine di consentire ai finanziatori di mantenere un “controllo” sulla realizzazione dell’opera²²⁵, ponendo vincoli sui beni che ne costituiscono l’oggetto così da intervenire, direttamente o per mezzo di soggetti terzi, nella gestione del medesimo al verificarsi di determinate condizioni. Non solo, infatti, ove i finanziatori dovessero procedere con un’azione esecutiva potrebbero richiedere l’assegnazione delle azioni pignorate *ex art. 2798 c.c.*, ma, ulteriormente, tra i diritti di natura accessoria vi sono, il diritto di voto e tutti i diritti ad esso funzionali, quali l’intervento in assemblea, ai sensi dell’art. 2352 c.c. e il diritto agli utili *ex art. 2791 c.c.* Solo in via subordinata, nell’estremo caso di abbandono del progetto, le garanzie reali recupereranno la logica propria e consentiranno il recupero quantomeno parziale del finanziamento erogato.

Alle garanzie reali si affiancano, nella medesima logica di preservazione del progetto, le garanzie di carattere personale, e in particolare le c.d. garanzie negative (*o negative pledge*) ed indirette.

Le prime²²⁶ sono costituite da un complesso di accordi volti a conservare inalterato il patrimonio del debitore mediante il divieto, in capo a quest’ultimo, di vincolarsi a successive obbligazioni, così da evitare la presenza di ulteriori creditori con la relative ragioni di credito. Tale accordo consente, dunque, al creditore stipulante di veder preservata la propria posizione rispetto alla garanzia generica rappresentata dal patrimonio del debitore.

In particolare, con la garanzia negativa il debitore si obbliga «a non compiere determinati atti di disposizione sul patrimonio aziendale o su specifici beni che ne fanno parte, a non assumere ulteriori posizioni debitorie, a non compiere una serie di

²²⁵ SCANO, *Project financing. Società e impresa*, cit., 106; GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell’industria e del commercio finanziario, Trattato*, I, Padova, 1995, 853; ARRICA, *Il pegno sul diritto di superficie nel project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 207.

²²⁶ HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance*, cit., 369; MCCORMACK, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004, 231; LOBUONO, *Le garanzie nel project financing*, cit., 147; MALLOY, SMITH, *Real Estate*, Aspen Publishers, 2006, 183-184.

iniziative negoziali indicate espressamente»²²⁷.

Le garanzie negative possono essere essenzialmente suddivise in due tipologie: dichiarazione negativa semplice e dichiarazione negativa-positiva.

La prima individua l'obbligo per il debitore di non compiere determinati atti di disposizione specificatamente indicati nell'accordo. La seconda (c.d. *pari passu undertaking*²²⁸) è, invece, volta a ripristinare la *par condicio creditorum* laddove il debitore sia stato inadempiente alla garanzia negativa: la clausola di *pari passu* prevede, infatti, che il debitore, a semplice richiesta del creditore, debba costituire a favore di quest'ultimo delle ulteriori garanzie equivalenti in modo che sia ripristinato un egual grado di tutela del credito, leso dall'atto di disposizione posto in essere dal debitore inadempiente.

Infine, le garanzie c.d. indirette²²⁹ si compongono di due contratti: il *take or pay* o il *through-put*, cui si affianca il contratto di *assignment agreement*. Come detto, con i primi la società acquirente si impegna al pagamento incondizionato di una somma minima per l'acquisto del bene o del servizio prodotto dalla SPV ovvero ad un utilizzo minimo dell'impianto realizzato in *project financing*. In base all'accordo intercorrente tra la *project company* e i finanziatori, c.d. *assignment agreement*²³⁰, poi, il diritto di ricevere tutti i pagamenti dovuti in base al contratto di *take or pay* (o *through put*) viene trasferito ai finanziatori stessi. Questo schema contrattuale offre non solo tutela al soggetto finanziatore ma altresì indubbi vantaggi anche per lo *sponsor industriale*, il quale nella sua veste di utilizzatore del servizio, svolge anche la funzione di garante senza, tuttavia, incorrere negli svantaggi derivanti da un'assunzione diretta di garanzia, che comporterebbero limiti al livello di indebitamento e un impatto sfavorevole sul bilancio.

Infine, l'esigenza di mantenimento in vita del progetto e di controllo sull'andamento del medesimo trova tutela anche nei c.d. *direct agreements*, stipulati tra i finanziatori,

²²⁷ PIEPOLI, *Le garanzie negative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, 399.

²²⁸ IBRAHIM, SHIHATA, *The World Bank Legal Papers*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 304.

²²⁹ SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti e ruoli*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, cit., 55; MONTELLA, *Rischi e garanzie nelle operazioni di project financing*, in *Dir. e prat. delle soc.*, 2005, 24; LOBUONO, *Le garanzie nel project financing*, cit., 127.

²³⁰ RABITTI BEDOGNI, *Trust e operazioni di finanziamento*, in AA. VV., *Il trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1997; LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra legislazione nuova e autonomia privata*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, spec. 171-174; MORA, *In tema di garanzie nelle operazioni di project financing*, in VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 302.

la SPV e le controparti di questa (costruttori, gestori, fornitori, acquirenti, garanti). Infatti, attraverso tali accordi viene riservato a favore dei finanziatori il diritto di interferire direttamente nei rapporti tra la società di progetto e i terzi, controparti contrattuali della società stessa per *step into the shoes of the project company*²³¹. Detti terzi si impegnano a comunicare ai finanziatori la loro volontà di recedere o di risolvere il contratto in ragione di determinate condotte o inadempimenti della SPV, garantendo, ad ogni modo, che per il periodo pattuito, c.d. periodo di sospensione, non eserciteranno tale diritto. I finanziatori potranno, dunque, esercitare il diritto di subentrare nei diritti e negli obblighi della SPV (c.d. *step-in right*) al fine di sanare tali inadempimenti ed evitare l'esercizio di tali diritti da parte dei terzi. Al contempo, l'obbligo informativo di comunicare ai finanziatori eventuali inadempimenti grava anche sulla SPV: questa dovrà, infatti, avvisare di eventuali inottemperanze da parte dei terzi, permettendo ai finanziatori di intervenire ove la SPV non si attivi per la tutela dei suoi diritti²³².

Dunque, i *direct agreements* rispondono allo scopo di disciplinare le situazioni in cui i finanziatori hanno l'esigenza di intervenire nei rapporti tra SPV e controparti in una fase di criticità al fine di salvaguardare il proseguimento e il successo del progetto. Il diritto dei finanziatori a sostituirsi alla società di progetto in caso di suo inadempimento ovvero nel caso in cui questa, a fronte dell'inadempimento di una sua controparte, non si attivi è, infatti, diretto a mantenere inalterato l'equilibrio di bancabilità.

Attraverso l'individuazione *ex ante* di tutti i soggetti protagonisti dell'operazione economica – meccanismo di condizionamento reciproco tra i contratti – e la gestione di possibili inadempimenti – sistema delle garanzie -, il rischio finanziario connesso al progetto risulta effettivamente ripartito. In ciò, dunque, risiede la causa del contratto di finanza di progetto.

Escluso il collegamento negoziale – e parimenti l'operazione economica – in ragione dell'unicità della causa, se ne afferma la natura di contratto unitario plurilaterale.

Si deve ora indagare la sussistenza ovvero l'assenza della comunione di scopo.

²³¹ BULJEVICH, PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, cit., 114; VINTER, PRICE, *Project Finance: A Legal Guide*, cit., 273; MORRISON, *The Principles of Project Finance*, Gower Publishing, 2012, 367.

²³² SAMBRI, *Project financing*, cit., 444, 573, 589.

7.2. Il contratto plurilaterale con ovvero senza comunione di scopo

Da sempre tema controverso, il contratto plurilaterale è ancor oggi un concetto i cui confini non appaiono perfettamente nitidi, seppur innumerevoli e significative interpretazioni siano state compiute²³³.

Dalla formulazione dell'art. 1321 c.c. è possibile cogliere che il contratto può essere composto da due o da più parti ma, proseguendo con la lettura dell'art. 1420 c.c., si comprende come tale requisito non sia, in realtà, di per sé sufficiente per poter discorrere di contratti plurilaterali, essendo richiesta anche la sussistenza di uno scopo comune.

Ante codificazione del 1942, la dottrina aveva negato la compatibilità della struttura plurilaterale con il concetto di contratto. Sulla base della lettura dell'art. 1098 del codice civile del 1865 che parlava di “più persone” ma non di “più parti”²³⁴, si riteneva che il contratto non potesse che essere costituito dalla contrapposizione di due centri di interesse, al punto che, anche in presenza di più persone, queste si sarebbero pur sempre poste nell'uno o nell'altro, contrapposto, polo²³⁵. Ne conseguiva che un contratto non potesse che essere formato da due parti, dovendosi nelle altre ipotesi discorrere di atti complessi, come confermato dall'inquadramento all'epoca proposto circa l'istituto della società²³⁶. Veniva, altresì, rilevato come la contrapposizione degli interessi caratterizzante il contratto fosse incompatibile con il

²³³ ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro Lomb.*, 1932, 439; ID., *Il contratto plurilaterale*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano 1949, 259; ID., *Notarelle critiche in tema contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 265; ID., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 727; FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 678; MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano 1927; ID., *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 140; CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli 1967; BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 660; ID., *Contratto plurilaterale*, in *Digesto civ.*, IV, Torino 1989, 270; INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 476.

²³⁴ MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 140.

²³⁵ MAIORCA, *Considerazioni sui comitati e le pubbliche sottoscrizioni*, in *Riv. it. Scienz. Giur.*, 1936, n. 20. Più in generale, sui profili dubitativi della nozione di contratto plurilaterale, si v. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, 88; OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1938, 65; FRANCESCHIELLI, *I consorzi industriali*, Padova, 1939, 341; LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale, Parte Generale*, Milano-Messina, 1941, 272.

²³⁶ MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, cit., 67 il quale tuttavia, successivamente, ne riconosce la natura di contratto: ID., *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., 140; SCORZA, *Gli statuti degli enti a tipo associativo: con particolare riguardo alle società di commercio*, Roma 1934, 81; ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 145; AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937, 3.

concetto di comunanza di scopo²³⁷.

Con la codificazione del 1942²³⁸ e la positivizzazione del contratto plurilaterale agli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., il legislatore riconosceva la compatibilità tra la nozione di contratto e la pluralità di parti, ove le prestazioni di ciascuna di esse fossero volte al raggiungimento di uno scopo unitario²³⁹.

Valorizzando il dato finalistico, si è poi giunti a riconoscere che la pluralità di parti non sia requisito strettamente necessario²⁴⁰ per la configurabilità di un contratto plurilaterale, giustificandosi così l'evenienza che a un contratto a due parti ne aderiscano altre e che, per converso, un contratto a più parti si riduca a due, senza che tali modifiche soggettive comportino di per sé un'alterazione dello schema del contratto plurilaterale²⁴¹.

A tal fine risultava strumentale la previsione del negozio c.d. aperto di cui all'art. 1332 c.c., per sua natura applicabile solo alla tipologia dei contratti con scopo

²³⁷ FERRI, *La fusione delle società commerciali*, cit., 88.

²³⁸ Nella relazione del Guardasigilli del 1940, ripresa nella sua portata anche da quella del 1942, si legge che «il contratto plurilaterale racchiude una pluralità di rapporti; ed è caratterizzato dallo scambio tra la prestazione di una parte e quelle di tutte le altre, in cui ciascuna è tenuta solo alla propria prestazione. Una struttura del genere rende, però, autonome le posizioni dei contraenti, solo nei limiti dello scopo unitario che il contratto di propone di realizzare, mercè il complesso dei vincoli, di cui si costituisce. È ovvio, pertanto, che solo l'intensità del collegamento delle singole prestazioni può determinare la riflessione su tutto il contratto, di una situazione, concernente una sola delle parti contrapposte». Anche nella Relazione al codice del 1942 viene conferito particolare rilievo allo scopo comune, definito come «una serie di vincoli che si stringe in un fascio». Si v. sul punto, MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., 140.

²³⁹ ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., 115: egli, infatti, ritiene necessari, quali requisiti per la qualificazione del contratto plurilaterale, la comunione di scopo e la possibile partecipazione di più di due parti, giacché, anche ove il contratto sia concluso solamente tra due, l'eventuale struttura aperta dello stesso, permetterebbe la successiva adesione di altri contraenti. In senso analogo, MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., 145-148, secondo cui, tuttavia, oltre alla comunione di scopo e necessaria l'effettiva sussistenza della pluralità di parti. *Contra*, CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 450-451, secondo cui «son dovute certe riluttanze ad ammettere la figura del contratto plurilaterale (...) all'intuizione che esso non sia altro che un fascio o, meglio, una *universitas* di contratti bilaterali». Prosegue, infatti, affermando che «quale comunione di scopo si può intendere (...) anche il comune scopo di dissolvere una comunione. E perché no, allora, il comune scopo di dissolvere una compravendita? E, sulla medesima strada, il comune scopo di scambiare una somma di danaro con una cosa?».

In risposta, Ascarelli afferma che la comunione di scopo esistente in tutti i contratti non è la stessa che caratterizza i contratti plurilaterali: «Il comune scopo di scambio nella vendita indica la funzione del contratto e sarà "comune" ai contraenti solo nei confronti dei terzi; le prestazioni reciproche dei contraenti sono rispettivamente disciplinate in relazione al trasferimento della cosa e al pagamento del prezzo. La finalità di realizzare una attività determinata i cui utili debbano essere divisi rientra invece nel vincolo reciprocamente assunto da quanti contraggono una società».

²⁴⁰ ASCARELLI, ult. op. cit., 265. Diversamente, MESSINEO, ult. op. cit., 145-148, secondo cui, tuttavia, oltre alla comunione di scopo e necessaria l'effettiva sussistenza della pluralità di parti.

²⁴¹ Si pensi all'ipotesi della società con due soli soci e, oggi, con la riforma della s.r.l., anche alla società uni-personale.

comune. Nei contratti di scambio, infatti, l'adesione di nuovi soggetti comporterebbe intrinsecamente un'alterazione dell'equilibrio contrattuale, dando origine ad un nuovo contratto.

Posta l'attenzione sullo scopo comune, dunque, l'ambito del contratto plurilaterale veniva circoscritto ai soli contratti associativi²⁴², giacché simile finalità non risultava compatibile con la logica dei contratti di scambio nei quali la presenza di più soggetti era pur sempre riconducibile all'esistenza di due soli poli di interesse contrapposti.

Non, dunque, una distinzione tra contratti bilaterali e plurilaterali, quanto tra contratti a comunione di scopo e contratti a prestazioni corrispettive²⁴³, confinando le ipotesi di contratti plurilaterali privi di tale dato finalistico nella più ampia nozione di *negozio plurilaterale*²⁴⁴.

Tuttavia, più di recente, parte della dottrina²⁴⁵, muovendo dalla distinzione tra il concetto di scambio in senso economico e giuridico²⁴⁶, è giunta ad ammettere la compatibilità tra multilateralità e scambio.

In particolare, risulterebbero esistenti contratti connotati da più centri d'interesse tra loro contrapposti, in cui, pur essendo ravvisabile una pluralità di scambi economici,

²⁴² ASCARELLI, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, cit., 265; MESSINEO, ult. op. cit., 146.

²⁴³ ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1949; CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, cit.; FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., 680; GUGLIEMMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XV, Milano, 1972; OSTI, *Contratto*, cit.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., *passim*.

²⁴⁴ MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., 154 secondo cui il contratto era inteso come luogo della composizione di interessi frontalmente contrapposti, che, come tali, potevano originare solo da due parti, comportando che ove vi fossero più parti, il fenomeno doveva qualificarsi come negozio e non già come contratto. Diversamente FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., 680, secondo cui il contratto plurilaterale può sussistere solo in quanto sussiste uno scopo comune. Egli, infatti, pur non risolvendo la questione dell'inquadramento dei contratti tra più parti, in assenza di comunione di scopo, afferma che negozi giuridici quali il contratto di divisione, i cartelli, i sindacati azionari e il gioco al totalizzatore non possono essere ricondotti al contratto plurilaterale in quanto in detta tipologia contrattuale la soddisfazione dell'interesse individuale non è strettamente collegata alla prestazione quanto allo svolgimento dell'attività comune, tanto da potersi ipotizzare che il predetto scopo sia ad ogni modo conseguibile anche con il venir meno di taluna delle singole prestazioni in quanto «l'interesse individuale non si realizza giuridicamente per effetto della prestazione, ma presuppone un ulteriore elemento, e precisamente lo svolgimento di un'attività in comune, che appunto attraverso la prestazione delle parti viene ad essere consentita».

²⁴⁵ BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, 193-194; ID, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 531, 542.

²⁴⁶ Mentre nella prima accezione, lo scambio farebbe riferimento al dare o pretendere qualcosa in cambio di un'altra (e in quanto tale necessariamente bilaterale), in chiave giuridica indicherebbe, in contrapposizione alla comunione di scopo, l'assenza di un risultato finalistico unitario in capo alle parti, in posizione configgente tra loro.

non si esclude per ciò solo l'esistenza di un unico contratto²⁴⁷, determinando «un'ipotesi di contratto plurilaterale, nel quale le parti perseguono scopi tra loro diversi, scopi nei quali manca affatto la convergenza, composta appunto nell'accordo»²⁴⁸, giungendo in questo senso a parlare di contratti trilaterali di scambio o, in altri termini, di contratti plurilaterali senza comunione di scopo.

Pertanto, sulla base di tale approdo interpretativo, andrebbero ricondotti in tale inquadramento i nuovi schemi frutto dell'evoluzione economica, quali il *leasing* e il *leverage by-out*, nonché figure più tradizionali quali la delegazione di pagamento e la cessione di contratto, nei quali alla plurilateralità del modello unitariamente considerato si accompagna il perseguimento di uno scopo divergente dei diversi soggetti coinvolti²⁴⁹.

Sotto altro profilo, riconosciuta l'esistenza del contratto plurilaterale senza comunione di scopo, ne è stata rilevata da autorevole dottrina l'applicabilità, ancorché controversa²⁵⁰, della normativa codicistica dettata per i contratti con comunione di scopo²⁵¹ in quanto «la regola della conservazione del contratto plurilaterale con comunione di scopo può trovare applicazione anche con riguardo ai contratti plurilaterali senza comunione di scopo perché anche rispetto a questi contratti è possibile che il venire meno di una parte non sia essenziale all'economia dell'affare»²⁵². Da valutarsi a seconda dello specifico caso concreto.

²⁴⁷ Trasformerebbe «il problema della trasmissibilità del vizio dall'uno all'altro contratto (...) nel più semplice problema dell'influenza della nullità di una clausola o parte, rispetto al contratto nella sua interezza», (BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, cit., 214), sulla base del disposto dell'art. 1419 c.c.: «La questione della invalidità, allora, fuoriesce dagli ambigui e insicuri meccanismi della trasmissibilità dei vizi da un contratto ad un altro e rifluisce, semplicemente, nel tema della disciplina della invalidità parziale, da essa attingendo i risultati più proficui».

²⁴⁸ BARBA, ult. op. cit., 201.

²⁴⁹ Si pensi al contratto di *leasing*, su cui ampiamente GORGONI, *Credito al consumo e «leasing» traslativo al consumo*, cit.; ovvero al fondo patrimoniale costituito con apporti contestuali di uno dei coniugi e di un terzo, come ipotizzato da VALENZA, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Torino, 2005, 281.

²⁵⁰ MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in GENTILI (a cura di), *Rimedi*, IV, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, 2006, 133; BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, cit., 542.

²⁵¹ Così BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, cit., 694; CARRESI, *Il contratto*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1987, 242; ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2010, spec. 371; VALENZA, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, cit., 278.

²⁵² BIANCA, *Il contratto*, cit., ed. 1987, 58 il quale, facendo l'esempio della vendita con pluralità di acquirenti, afferma che «la regola della conservazione del contratto con comunione di scopo può trovare applicazione anche con riguardo ai contratti plurilaterali senza comunione di scopo perché anche rispetto a questi contratti è possibile che il venir meno di una parte non sia essenziale all'economia dell'affare».

Orduque, riprendendo le mosse dall'inquadramento dogmatico del *project financing*, ravvisata l'esistenza di una causa unitaria complessa di tale istituto, anche a non voler accogliere le successive argomentazioni in favore della ricostruzione dello stesso quale contratto plurilaterale con comunione di scopo, se ne dovrà in ogni caso ammettere la riconducibilità al contratto plurilaterale senza comunione di scopo. Sempre di contratto unitario e non di collegamento negoziale, dunque, si discorre.

7.2.1. Lo scopo comune nel *project financing*

Giunti all'approdo di una ricostruzione unitaria del contratto di *project financing*, superato il più tradizionale inquadramento come collegamento negoziale, deve ora compiersi un ulteriore e ultimo passo verso la qualificazione del medesimo come contratto plurilaterale con comunione di scopo.

Lo scopo comune²⁵³ risiede nella comunanza del fine perseguito da ciascun contraente e, a parere di chi scrive, anche nel contratto di *project financing* è possibile ravvisare tale comunanza di scopo, sussistendo in capo a ciascuno dei soggetti dell'operazione la volontà di concorrere a realizzare e a mantenere un equilibrio economico-finanziario, conforme ai risultati degli studi di fattibilità e bancabilità, in una condivisione dell'obiettivo economico di nascita e buona gestione del progetto.

In particolare, per quanto riguarda la comunanza di scopo tra SPV e finanziatori, viene in rilievo un parallelismo con gli storici contratti associativi agrari²⁵⁴ di mezzadria, colonia e soccida, seppur oggi non più previsti dall'ordinamento e convertiti in contratti di affitto a coltivatore diretto per logiche di tutela del colono, del mezzadro e del soccidante. Nel contesto di una società agricola, il proprietario

²⁵³ ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, cit., 115; SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 842; BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, cit., 273; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 2; MESSINEO, *Contratto plurilaterale*, cit., 147; FERRI, *La società di due soci*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 1952, 613; ROPPO, *Il contratto*, cit., 442.

²⁵⁴ BASSANELLI, *Struttura e funzioni del contratto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1952, I, 526; GALLONI, *La comunione di scopo nei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, 1965, I, 85; BOLLA, FRASSOLDATI, *Contratto agrario*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 537; GIUFFRIDA, *Precisazioni per la nozione di contratto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1975, I, 539; ROMAGNOLI, *L'impresa agricola*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XV, Torino, 1986, 1169; CASADEI, *I contratti associativi di coltivazione*, in COSTATO, BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, I, Torino, 2011, 193.

terriero o di bestiame affidava i suoi beni ad un agricoltore o ad un allevatore perché li coltivasse o allevasse, con l'impegno, alla fine dell'anno, di ripartire il ricavato del raccolto o gli utili derivanti dall'accrescimento del bestiame e dai prodotti (latte, formaggio, lana..). Le parti condividevano il medesimo obiettivo economico, costituito dalla buona gestione dei terreni o degli animali in ragione degli utili ricavabili.

Il rapporto tra SPV e finanziatori ricalca esattamente gli schemi dei succitati contratti agrari, rispecchiando l'evoluzione dell'economia della società moderna: i finanziatori assumono il ruolo del concedente e la SPV quello del mezzadro e i conferimenti non saranno più costituiti da terreni o animali ma da denaro. La logica sottesa rimane invariata: in entrambi si ravvisa la buona riuscita del progetto in vista della ripartizione delle successive utilità.

Un riscontro di come la logica associativa sia sottesa al rapporto tra finanziatori e SPV giunge anche da un prospettiva comparatistica con la finanza islamica. Quest'ultima riconosce l'esistenza di tecniche di finanziamento c.d. *profit-loss sharing*, attuabili per mezzo dei contratti di "Mudaraba" e di "Musharaka"²⁵⁵. Mentre nel primo caso, l'ente finanziatore investe capitale nel progetto, con diritto ai profitti a fronte di un apporto di lavoro da parte dei soggetti imprenditoriali; nel secondo caso la struttura contrattuale è più articolata e prevede che finanziatori e soggetti imprenditori costituiscono un'apposita società nella quale far confluire tanto i capitali dei finanziatori quanto le quote degli *sponsor* dell'iniziativa. Il contratto di *Musharaka*, tra i due, è ritenuto dal diritto islamico quello che meglio si attaglia alla specifica ipotesi di finanza di progetto, prevedendo la costituzione di una società veicolo in una logica perfettamente coincidente di isolamento economico e giuridico. Si noti che ad entrambi i detti contratti è attribuita natura associativa in quanto i soggetti che vi prendono parte condividono il medesimo scopo economico e partecipano allo stesso rischio imprenditoriale.

È, altresì, interessante notare come i due suddetti contratti commerciali trovino un

²⁵⁵ SEZNEC, *Special Feature: Ethics, Islamic Banking and the Global Financial Market*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, 161; BILAL, *Islamic Finance: Alternatives to the Western Model*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, 145; TAYLOR, *Islamic Banking. The Feasibility of Establishing an Islamic Bank in the United States*, in *Am. Bus. Law Jour.*, 2003, 385; MERNA, CHU, AL-THAN, *Project Finance in Construction: A Structured Guide to Assessment*, John Wiley & Sons, 2010, 137.

corrispettivo nei contratti del mondo agrario: così, il *Muzah'ah* e il *Musaqat*²⁵⁶ sono rispettivamente l'equivalente del contratto di *Mudaraba* e di *Musharaka*, calati nello specifico contesto dei contratti agrari, anch'essi qualificati dalla dottrina come contratti associativi e assimilabili agli italiani contratti di mezzadria e colonia.

Meno evidente potrebbe apparire la comunione di scopo in relazione ai soggetti fornitori, costruttori, gestori, acquirenti.

Giova, dunque, in prima battuta pensare all'ipotesi in cui tali soggetti coincidano con gli *sponsor* del progetto (c.d. *sponsor* industriali²⁵⁷).

La condivisione dello scopo appare sussistente anche per tali soggetti poiché, risultando l'opera o il servizio da realizzarsi funzionale al loro *core business*, potranno, anche in ragione degli alti livelli di conoscenze tecniche, ricoprire il ruolo di appaltatori dell'opera, di gestori o manutentori della stessa, ovvero ancora di fornitori di materie prime o di *know how* specifici. Si pensi altresì alle ipotesi di *sponsor* che mirino a svolgere i loro servizi all'interno della fase di progettazione o di realizzazione/gestione dell'opera o del servizio, incluse le consulenze necessarie durante l'attuazione del progetto; nonchè interessati ad un incremento della propria posizione competitiva sul mercato; ovvero ancora a quei soggetti imprenditoriali, che ricaveranno un'utilità dal progetto in termini di riduzione di costi e che saranno, dunque, i futuri acquirenti del bene o del servizio prodotto dalla SPV.

Questa doppia qualifica, tanto di *sponsor* quanto di fornitore, costruttore, gestore, acquirente, consente di individuare con maggior facilità la preordinazione degli interessi di tali soggetti verso il perseguimento dello scopo comune.

Ma anche allorquando non si riscontri una tale coincidenza di ruoli, i fornitori, gestori, costruttori, acquirenti partecipano, ad ogni modo, al raggiungimento dello scopo. I meccanismi condizionali e i *direct agreements* rendono consapevoli anche tali soggetti che non stanno concludendo un comune contratto di appalto, compravendita o di fornitura isolato dal complesso dell'operazione. Non si tratta, infatti, di contratti stipulati a progetto avviato ma di contratti che ne costituiscono i presupposti per la sua nascita (essendone *conditions precedent*) e che sono condizionati nella produzione dei loro effetti alla chiusura del contratto di finanziamento, il quale, in definitiva, proprio in ragione di questo meccanismo

²⁵⁶ IQBAL, *Islamic Financial Management*, Global Vision Publishing, 2009, 197.

²⁵⁷ Sul punto si v. Cap. I, § 5.2.

condizionale, sancisce il perfezionamento del contratto di *project financing*. Dunque, questa serie di ulteriori contratti partecipano sin dalla loro “nascita” allo scopo del progetto, essendo la loro stipulazione strumentale alla concessione del contratto di finanziamento. Ciascuno dei vari soggetti è consapevole che il suo contratto esiste in quanto parte del contratto di finanza di progetto e che, in assenza di tale più ampio rapporto negoziale, il suo singolo contratto non sarebbe stato concluso. E, anzi, detta logica sottesa ai negozi espressamente condizionati è propria non solo della fase genetica ma anche di quella funzionale, in quanto, anche a progetto avviato, il venir meno di uno dei contratti può comportare un’alterazione dell’equilibrio economico-finanziario tale da compromettere la proseguibilità del progetto.

Il meccanismo condizionale – in base al quale i contratti “satellite” rimangono improduttivi di effetti se non si realizza l’equilibrio economico-finanziario imposto dai finanziatori - e i *direct agreements* costituiscono i meccanismi attraverso i quali ogni attore della finanza di progetto assume un ruolo e una frazione di rischio del progetto in modo consapevole, concorrendo, dunque, nello scopo di realizzare il progetto e nel suo corretto e fruttifero funzionamento. I nessi relazionali sussistenti tra i diversi negozi, ciascuno autonomo, sono organizzati al fine di uno scopo, in una chiave di stabilità e coesione²⁵⁸ tra i diversi negozi.

Ulteriormente, si deve osservare che l’interesse di tali soggetti, seppur non connesso alla ripartizione dell’utile in quanto ad essi non spettante, è non di meno ancorato alla buona riuscita del progetto, provenendo il corrispettivo dei contratti dagli stessi stipulati in parte anche dagli utili: da un lato, infatti, il capitale investito nella SPV non sarà sufficiente a coprire i costi globali del progetto; dall’altro l’autonomia patrimoniale della SPV impedisce di aggredire finanziatori e *sponsor* in caso di crediti da recuperare.

La difficoltà di ammettere che anche tali soggetti possano partecipare alla logica associativa è insita nell’idea che il contratto sinallagmatico sia incompatibile²⁵⁹ con il contratto plurilaterale con comunione di scopo, in quanto l’interesse delle parti si rappresenta come opposto l’uno all’altro – prestazione contro corrispettivo – e non

²⁵⁸ CARRIÈRE, *Project Financing*, cit., 90.

²⁵⁹ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 215; OSTI, *Contratto*, cit., 495; ASCARELLI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 72; MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., 153; JAEGER, *L’interesse sociale*, cit., 2; MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 6.

come diretto in una medesima direzione. Tradizionalmente, infatti, si afferma che la comunione di scopo è inconciliabile con la nozione di contratto di scambio in quanto, nella prima le parti non possono trovarsi in quella posizione antagonistica che, invece, caratterizza i contratti sinallagmatici. Anzi, le prestazioni sono raffigurabili graficamente come frecce parallele ovvero dirette in un'unica direzione²⁶⁰, agli antipodi rispetto ai contratti di scambio in cui le prestazioni sono rappresentabili come opposte l'una all'altra.

7.2.2. Ancora sulla comunione di scopo: dai contratti agrari ai *relational contracts*

Come si è detto al paragrafo precedente, la presenza di un interesse più strettamente definibile come “personale” – il corrispettivo della propria prestazione - non inficia la possibilità che sussista, anche e contemporaneamente, un interesse comune al quale quel singolo soggetto partecipa²⁶¹. Se scopo comune, infatti, significa identità di scopo, esso non vuol dire anche esclusività, bensì concorso al conseguimento di esso²⁶², tanto che, accanto alla comunione di interessi al conseguimento del risultato, possono sussistere anche interessi ulteriori, non collimanti. Conferma proviene dall'esempio dei contratti associativi agrari, sulla base dei quali attenta dottrina distingue tra contratti associativi ordinari, caratterizzati dalla totale comunione di scopo, e contratti associativi senza pariteticità tra le parti, in cui, accanto alla comunione di scopo si pongono interessi non coincidenti e in conflitto²⁶³.

Che in simili contesti, quale quello del *project financing*, il contratto di scambio debba trovare una rilettura d'insieme trova conferma anche nella teoria dei *relational contracts*²⁶⁴ che si caratterizzano per essere accordi a lungo termine, necessariamente

²⁶⁰ FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., 680.

²⁶¹ VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, 26; ID., *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 944; HEERMAN, *The Status of Multilateral Synallagmas in the Law of Connected Contracts*, in AMSTUZ, TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Hart, 2009, 103; CAFAGGI, *Il contratto di rete*, Bologna, 2009, 27; GRUNDMANN, CAFAGGI, VETTORI, *The Contractual Basis of Long-Term Organisation. The Overall Architecture*, in ID., *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate, attualmente in corso di pubblicazione ma consultabile in anteprima in <http://www.ashgate.com/pdf/SamplePages/Organizational-Contract-Ch1.pdf>, spec. 3.

²⁶² MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., spec.147.

²⁶³ MESSINEO, ult. op. cit., spec.151-152.

²⁶⁴ MACAULAY, *Non Contractual Relations in Business: a Preliminary Study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963,

incompleti e incentrati su relazioni continuative improntate allo spirito di “reciprocità e solidarietà”²⁶⁵.

Mentre le *discrete transactions* consistono in contratti commerciali isolati, a efficacia istantanea e che, in assenza di rapporti pregressi e successivi tra le controparti, esauriscono la loro portata nell’operazione economica isolatamente considerata²⁶⁶, diversamente, nei *relation contracts* si realizza una inevitabile collaborazione tra operatori economici in quanto il contratto «non rappresenta più (soltanto) il luogo ideale di composizione di conflitti economici caratteristici del mercato di riferimento, che si esprimono innanzitutto nel gioco di domanda e offerta, nel presupposto che tanto il mercato quanto la specifica attività economica del contraente preesistono alla conclusione del contratto. Quest’ultimo costituisce, piuttosto, il modo stesso in cui l’impresa organizza la sua attività economica, sicchè potrebbe dirsi che l’affare non opera nel mercato (precostituito, alla stregua, perciò, di un dato a priori), ma contribuisce a crearlo. Si comprende allora come i protagonisti del mercato si qualifichino alla stregua non di operatori occasionali, bensì di contraenti

55; ID., *Elegant Models, Empirical Picture and the Complexities of Contracts*, in *Wis. Law Rev.*, 1985, 465; ID., *An Empirical View of Contracts*, in *Wisc. Law Rev.*, 1985, 465; ID., *Relational Contracts floating on a Sea of Customs? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 775; MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in *S. Cal. Law Rev.*, 1974, 691; ID., *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 1978, 854; ID., *The new Social Contract, New Haven: an Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980; ID., *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a «Rich» Classificatory Apparatus*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 1981, 1018; ID., *Barriers to the Idea of Relational Contracts*, in NICKLISH (a cura di), *Det complexe langzeitvertrag/The Complex Long Term Contract*, Heidelberg, 1987, 31; ID., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 877; WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, 1975; ID., *Transaction Cost Economics: the Governance of Contractual Relations*, in *Jour. Law Econ.*, 1979, 233; GOETS, SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in *Virg. Law Rev.*, 1981, 1089; ID., *Why There is No Law of Relational Contracts*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 737; SCOTT, *Conflict and Cooperation in Long Term Contracts*, in *Cal. Law Rev.*, 1987, 2005; ID., *The Case of Formalism in Relational Contract*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 847; SCHWART, *Relational Contracts in the Courts: an Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *Jour. Leg. Stud.*, 1992, 271; EISENBERG, *Relational Contracts*, nonché MCKENDRICK, *The Regulation of Long-Term Contracts in English Law*, entrambi in BEATSON, FREDMAN (a cura di), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, rispettivamente 291 e 305; SPEIDEL, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 823. Nella dottrina italiana si v. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1041-1042; TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, 621; MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all’obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. II, Milano 2008, 1026; GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

²⁶⁵ BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 467.

²⁶⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996.

consapevolmente interessati all'instaurazione di vincoli stabili e ben radicati, vincoli che finiscono per condizionare la stessa esigenza economica dell'impresa»²⁶⁷.

La natura associativa sarebbe, dunque, nel *project financing*, confermata dal quel "predefinito condiviso scenario di interessi"²⁶⁸, stabilito tra tutte le parti e volto alla condivisione e al mantenimento collettivo del piano economico-finanziario²⁶⁹, come stabilito dagli istituti finanziatori e posto quale parametro per l'erogazione del finanziamento e per il conseguente avvio del progetto.

La finanza di progetto realizza, dunque, la sua filosofia di finanziamento proprio attraverso un sistema equilibrato di contratti stabili e coesi tra loro. I singoli contratti, da un lato, si fondono in "una più ampia realtà organica, in un rapporto di natura essenzialmente associativa"²⁷⁰ e dall'altro, la stabilità permette di far emergere gli interessi che inducono i vari soggetti a prendere parte alla finanza di progetto e mantenere le condizioni contrattuali di partenza.

Come correttamente osservato – pur senza poi giungere alla conclusione che di contratto con comunione di scopo si tratti – «la finanza di progetto si caratterizza (..) in una prospettiva tutt'affatto diversa da quella del contratto di scambio, ponendosi quale privilegiato ed equilibrato sistema di dosaggio, di gestione e di ripartizione dei rischi connessi all'iniziativa imprenditoriale finanziata»²⁷¹. Si tratta, infatti, di un contratto «con cui vengono organicamente organizzati gli elementi rilevanti del finanziamento stesso, vale a dire rischi, interessi, flussi di cassa, responsabilità, soggetti e prestazioni, corrispettivi»²⁷².

In sintesi, il meccanismo condizionato di nascita ed efficacia dei contratti satellite, nonché di loro permanenza in vita e gli elementi rischio e tempo si pongono come un tutt'uno in relazione allo scopo del *project financing*, consentendosi, in conclusione, di parlare di contratto plurilaterale, con comunione di scopo.

²⁶⁷ MACARIO, *Relational Contracts and Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, spec. 138-139.

²⁶⁸ CARRIÈRE, *Project Financing*, cit., 87.

²⁶⁹ SCHWARTZ, SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, *Yale Law Jour.*, 2003, 541.

²⁷⁰ CARRIÈRE, *Project Financing*, cit., 68.

²⁷¹ TULLIO, *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di contratto collegato e di operazione economica*, cit., spec. 844. L'A., tuttavia, respinge la necessità di una ricostruzione dogmatica della finanza di progetto, valorizzando, invece, il potere dell'autonomia privata di cui il *project financing* è frutto. Questo altro non sarebbe se non una normale modalità esplicazione dell'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 c.c.

²⁷² TULLIO, *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di "contratto collegato" e di "operazione economica"*, cit., 843.

7.3. Il contratto di rete: verso la compatibilità tra contratto plurilaterale con comunione di scopo e contratto di scambio

Nell'annosa discussione circa i confini del concetto di contratto plurilaterale con comunione di scopo, vi è chi²⁷³ ha adottato una nozione più restrittiva, individuando in esso solo i fenomeni associativi in senso stretto, che si caratterizzano per la presenza di un fondo comune dotato di autonomia patrimoniale e di una organizzazione interna che svolga anche funzioni di rappresentanza del gruppo nei rapporti esterni.

Diversamente, vi è chi²⁷⁴ ha abbracciato una concezione più ampia, che ricomprende tutte le ipotesi in cui si ravvisa un "assetto di interessi mediato da un programma", includendovi, dunque, non solo i contratti associativi con rilevanza esterna, ma anche i contratti associativi con rilevanza interna.

Sulla base di quest'ultima considerazione si deve porre l'attenzione ai c.d. contratti di rete.

In risposta alle nuove esigenze economico-produttive, si registrano sempre più spesso forme di collaborazione tra imprese che, pur mantenendo una propria autonomia, decidono di agire in modo coordinato. Così, dopo il fenomeno giuridico dei distretti produttivi²⁷⁵, un nuovo modello di fare impresa ha preso piede, alternativo tanto al modello riconducibile alla struttura gerarchica quanto alla struttura di mercato²⁷⁶: quello delle reti di imprese, in cui il coordinamento deriva da

²⁷³ FERRI, *Contratto plurilaterale*, cit., 681; MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, cit., 152. Si v., altresì, circa la possibile distinzione tra contratti con comunione di scopo in senso restrittivo ovvero in senso ampio: GALGANO, *Della nullità del contratto. Sub art. 1420*, in SCIALOJA, BRANCA (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Bologna-Roma, 1998, 156; ID., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. sub artt. 36-38, 1976*, ivi, 12; ROPPO, *Il contratto*, cit., 75; OSTI, *Contratto*, cit., 494; BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali, sub art. 2247*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2000, 107; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, 32.

²⁷⁴ SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, 119; BORGIOLO, *Consorzi e società consortili*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1985, 77; MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., 5.

²⁷⁵ Per esso si intende un'agglomerazione di più realtà imprenditoriali, normalmente di dimensione piccola o media, situate in un territorio circoscritto, specializzate in una o più fasi della produzione e interrelate da un complesso di rapporti economici e sociali: così la disciplina, dapprima nell'art. 36 della L. 317/1991, poi modificata dall'art. 6 della L. 140/1999 ed oggi ai commi 366-368 dell'art. 1 della L. 23 dicembre 2005, n. 266 (così modificato prima dal comma 889 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296 e poi dalla lettera a) del comma 3 dell'art. 6-bis, D.L. 25 giugno 2008, n. 112), i quali hanno accordato ai "distretti produttivi" alcune agevolazioni di carattere tributario, amministrativo, finanziario ed in tema di ricerca e sviluppo.

²⁷⁶ CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento interimprenditoriale*, in

rapporti correnti tra più entità poste al medesimo livello.

Nel 2009²⁷⁷ il legislatore decideva di disciplinare tale fenomeno, consistente in un “sistema di relazioni contrattuali e/o proprietarie, caratterizzate da un forte livello di interdipendenza produttiva, da relazioni stabili, generalmente di natura fiduciaria”. Tra le imprese che vi prendono parte si attua un coordinamento mediante il ricorso a rapporti giuridici derivanti o dalla comune titolarità di alcuni elementi dell’organizzazione o da vincoli contrattuali: una pluralità di imprese costituisce una realtà economico-produttiva in qualche modo unitaria, in cui, tuttavia, ciascuna di esse mantiene la propria autonomia e indipendenza giuridica ed economica, perseguendo, oltre al singolo interesse individuale, un interesse comune attraverso una strutturazione dei loro rapporti in base alla quale ciascuna impresa condizioni e sia condizionata dalle altre.

Il legislatore, dapprima, ha preso in considerazione il solo modello a rilevanza esterna, dotato di autonomia patrimoniale perfetta, stabilendone i requisiti e prevedendo, a tutela della rilevanza esterna di tale accordo, la presenza di un fondo patrimoniale comune e un organo comune per l’attuazione del contratto di rete stesso, in rappresentanza delle imprese aderenti²⁷⁸.

ID., *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2004, 57; ID., *Reti contrattuali e contratto di rete: ripensando il futuro*, in CAFAGGI, IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita ed innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, 424; CAFAGGI, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2008, 493; CAFAGGI, IAMICELI, *Reti di imprese e modelli di governo inter-imprenditoriale: analisi comparativa e prospettive di approfondimento*, in CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, 279.

²⁷⁷ Nata con l’art. 3 comma 4-ter ss. D.L. 10 febbraio 2009 n. 5, così come convertito dalla L. 9 aprile 2009, n. 33, la disciplina sul contratto di rete è stata oggetto di successive modificazioni nel 2009 dall’art. 1 della L. 23 luglio 2009, n. 99, nel 2010 dall’art. 42, co. 2 bis della L. 30 luglio 2010, n. 122 e nel 2012 dall’art. 45 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. Decreto sviluppo) ed dalla relativa legge di conversione L. 7 agosto 2012, n. 134, fino a pervenire all’assetto attuale, che trova il proprio punto di riferimento nella L. 17 dicembre 2012, n. 221 che ha convertito il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. “Decreto sviluppo bis”).

²⁷⁸ CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009, 915; ID., *Il nuovo contratto di rete: learning by doing?*, in *Contr.*, 2010, 1143; GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema?*, in *Contr.*, 2009, 942; MACARIO, *Il “contratto” e la “rete”: brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Contr.*, 2009, 951; ID., *Reti di imprese, «contratto di rete» e individuazione delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica*, in IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese e contatti di rete*, Torino, 2009, 273; MAUGERI, *Reti di impresa e contratto di rete*, in *Contr.*, 2009, 957; ID., *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali. Non minor virtus est tueri et perficere rem inventam... quam reperire*, in *ObbL. e contr.*, 2009, 12; SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contr.*, 2009, 961; CAFAGGI, IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *ObbL. e contr.*, 2009, 7; CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contr.*, 2009, 928; ZANELLI, *Reti di impresa: dall’economia al*

La scelta del legislatore trovava ragione giustificativa nella volontà di applicare solo al modello prescelto dei *favor*, tra cui alcuni benefici fiscali²⁷⁹, senza, tuttavia, inficiare la possibilità per le imprese di adottare, sulla base della loro autonomia contrattuale, i diversi e plurimi modelli che la prassi aveva via via elaborato.

Colta l'impossibilità di ridurre il contratto di rete ad un solo modello contrattuale, con le più recenti modifiche dell'art. 3 comma 4 *ter* della legge 5/2009 il legislatore ammette, infatti, la configurabilità di modelli organizzativi ulteriori e diversi, recependo la necessità di flessibilità²⁸⁰ richiesta dal settore in cui il contratto di rete opera.

È particolarmente interessante osservare quali possano essere i modelli elaborati e comprendere come la dottrina li inquadri, al fine di valutare se vi possa essere un qualche punto di contatto con la figura della finanza di progetto e se le osservazioni di carattere dogmatico condotte in relazione ai contratti di rete possano apparire utili per comprendere la natura del *project financing*.

Le configurazioni prospettabili sarebbero in realtà plurime²⁸¹: si pensi alle reti strutturate su una pluralità o fascio di contratti di scambio uniti da un nesso di collegamento negoziale e riassunti in uno schema contrattuale unitario; su fasci di relazioni contrattuali bilaterali sinallagmatici (così, a livello esemplificativo, si pensi all'ipotesi delle filiere in cui si inseriscono più rapporti di subfornitura per la produzione di diverse componenti di un prodotto successivamente da assemblarsi), ovvero rapporti paralleli tra loro (si pensi, per esempio ad una rete distributiva); si

diritto, dall'istituzione al contratto, in *Contr. e impr.*, 2010, 4; CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Notariato*, 2010, 442.

²⁷⁹ Così, l'art. 1, comma 368, lett. a), come modificato dallo stesso art. 3 L. 33/2009. Sul punto si v. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema?*, cit., 934, nonché sull'attuale fiscalità, MARIOTTI, *La fiscalità delle reti d'impresa*, in *Contr.*, 2013, 845.

²⁸⁰ Per una analisi della più recente normativa, si v. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governante*, in *Soc.*, 2011, 1429; SANTAGATA, *Il "contratto di rete" fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 337; CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contr.*, 2011, 504; FRANCESCO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economia italiana*, in *Notariato*, 2012, 74; CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *Contr.*, 2013, 799; FERRARI, *La governance del contratto di rete nelle prime applicazioni: modelli di organo comune e natura del rapporto gestorio*, *ivi*, 816; MARSEGLIA, *Modelli decisionali nel contratto di rete tra disciplina generale del contratto e regime della comunione*, *ivi*, 822; BEBBER, *Doveri di collaborazione e libertà di uscita dalla rete: il recesso nei contratti di rete?*, *ivi*, 827; GRANELLI, *In margine alla ricerca della "Fondazione Bruno Visentini sulla prassi applicative del contratto di rete"*, *ivi*, 833; MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, *ivi*, 2013, 401; GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, 2.

²⁸¹ CAFAGGI, IAMICELI, *Reti di imprese e modelli di governo inter-imprenditoriale: analisi comparativa e prospettive di approfondimento*, cit., 279.

pensi ancora alle reti che utilizzano lo schema del contratto plurilaterale con comunione di scopo, con o senza rilevanza esterna, ma in ogni caso privo di base associativa; alle reti basate su schemi organizzativi di carattere associativo in senso proprio e tecnico; alle reti che fanno ricorso ad una combinazione di rapporti associativi e rapporti di scambio²⁸².

Alla luce di detta varietà tipologica con cui i contratti di rete si esplicano, in dottrina è stato osservato come tali contratti «soffrano la distinzione dicotomica tra contratti di scambio e contratti di comunione di scopo in quanto, tipicamente, si tratta di rapporti in cui le due anime dello scambio (e quindi del conflitto tra interessi di soggetti autonomi) e della comunione di scopo (e quindi della convergenza di interessi in una soggettività comune) s'intrecciano. Il problema dell'inquadramento e della disciplina dei rapporti tra imprese è che questi fenomeni non si collocano in modo appropriato né nella categoria dei contratti di scambio né nella categoria dei contratti associativi. (..) Sembra quindi di essere davanti ad una figura nuova, a metà tra i contratti di scambio ed i contratti associativi, che, a differenza dei primi non si limita al mero scambio e, a differenza dei secondi, non arriva a creare un soggetto giuridico che assorbe le parti»²⁸³. E, infatti, se nel 2009 il contratto di rete si caratterizzava come contratto con comunione di scopo a struttura bi - o plurilaterale, le successive modifiche del 2010²⁸⁴ hanno previsto che la comunione di scopo potesse trovare attuazione anche nella funzione di scambio, «indebolendo così il tradizionale abbinamento tra contratto bilaterale e causa di scambio, da una parte, e contratto plurilaterale e comunione di scopo dall'altra. In questa prospettiva merita riflettere sulla stessa tenuta della disciplina generale del contratto, ad oggi

²⁸² Circa la possibile commistione della logica del contratto di scambio con comunanza di scopo, si v. TEUBNER, *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks beyond Contract and Organisation*, in AMSTUZ, TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, cit., 3; HEERMAN, *The status of multilateral synallgmas in the law of connected contracts*, cit., 103; TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, 2008, trad. inglese di EVERSON e introduzione di COLLINS, Oxford and Portland, 2011; WEITZENBOECK, *A Legal Framework for Emerging Business Models: Dynamic Networks as Collaborative Contracts*, Edward Elgar, 2012; nonché ampiamente CAFAGGI, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Contractual Networks, Inter-firm Cooperation and Economic Growth*, cit.; ID., *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, cit.; ID., *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, in *Contr.*, 2009, 915; CAMPBELL, COLLINS, WIGHTMAN, *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart publishing, 2003.

²⁸³ ESPOSITO, *Il contratto di rete dopo il c.d. "Decreto Sviluppo"*, in *Ricerche giur.*, 2012, I, 99.

²⁸⁴ Per una ricostruzione circa l'inquadramento odierno del contratto di rete, si v., tra i molti, PISANI MASSAMORMILE, *Proili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 353.

incentrata sull'ipotesi del contratto bilaterale di scambio. Del resto la prassi sta mostrando di fare ampio uso di queste categorie, variando tra il contratto bilaterale di rete e quello plurilaterale e talora combinando comunione di scopo e causa di scambio»²⁸⁵. L'ambito dei contratti di rete si è, dunque, dimostrato essere un terreno fertile per nuove riflessioni sulla nozione di contratto plurilaterale con comunione di scopo che, secondo parte della dottrina,²⁸⁶ risulterebbe compatibile anche con il contratto di scambio.

Richiamando quella dottrina²⁸⁷ che distingue tra contratti associativi in senso stretto, riconducendo ad essi solo quelli dotati di autonomo organo rappresentativo verso l'esterno e autonomia patrimoniale perfetta, e contratti plurilaterali con comunione di scopo, ove manchi tale rilievo esterno, e richiamando le brevi considerazioni svolte in tema di contratti di rete, si direbbe possibile confermare ulteriormente che la finanza di progetto possa essere riletta come contratto plurilaterale con comunione di scopo, similmente alle ipotesi di contratto atipico di *joint ventures* con vincolo "associativo" interno.

La breve analisi prospettata in tema di contratti di rete consente, in ultima battuta, di trarre argomentazioni favorevoli alla possibilità che anche contratti di scambio concorrano al perseguimento di una logica comune o, per dirla con altre parole, di uno scopo comune²⁸⁸.

²⁸⁵ CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, cit., 799; CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., 27; GRUNDMANN, CAFAGGI, VETTORI, *The Contractual Basis of Long-Term Organisation. The Overall Architecture*, cit.

²⁸⁶ CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: learning by doing?*, cit., 1146.

²⁸⁷ MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., 11; MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 611.

²⁸⁸ Analoghe considerazioni potrebbero dedursi anche dalla disciplina della ristrutturazione dei debiti: nel senso che essi configurino un contratto plurilaterale con comunione di scopo, PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e il ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 129; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2011. In senso contrario TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, 25, secondo cui si tratta di un fascio di negozi bilaterali tra il debitore e i singoli creditori (o i terzi) coinvolti. In una posizione intermedia, secondo cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti può assumere entrambe le forme, si v. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 543; CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. Fall.*, 2013, 186. Secondo quest'ultimo, in particolare, «il differente modo di atteggiarsi degli accordi rende vano ogni tentativo di inquadramento anche dal punto di vista strutturale. In concreto l'accordo potrà articolarsi secondo una struttura bilaterale e ciò nell'ipotesi più semplice che intervenga con un solo creditore. (...) L'accordo potrebbe invece articolarsi con l'intervento di più creditori. In tal caso è più facile rappresentarsi come normale l'ipotesi che in esso venga dedotto l'intento, comune alle parti, di rimuovere lo stato di crisi tramite la ristrutturazione dei debiti e di perseguire le finalità dell'art. 182-bis legge fallim. Anzi, a rigore, potrà essere utile chiarire se l'intento comune si indirizzi alla sola rimozione dello stato di crisi o siano voluti anche gli specifici effetti dell'art. 182-bis legge fallim. (come ad esempio l'esonero da revocatoria). In dette ipotesi,

Che il fine sia proprio quello di ripartire i rischi commerciali e produttivi tra diversi soggetti e che ciascuno di essi abbia un interesse a che la produzione sia efficiente e continuativa appare incontestabile. Che i contratti di rete si strutturino come contratti di durata e pretendano flessibilità nel loro contenuto, da un lato per la loro finalità organizzativa e per la loro intrinseca incompletezza, dall'altro per la necessità di far fronte alle sopravvenienze in un rapporto che presenta frequentemente i tratti di un *relational contract* appare altrettanto incontestabile. I profili di contatto e di similitudine tra contratti di rete e finanza di progetto sono plurimi giacchè medesima è la prospettiva che caratterizza il contratto di *project financing*. Il comportamento dedotto in obbligazione da ciascun soggetto è, infatti, percepito come obbligazione a favore di una pluralità di "creditori" e troverebbe conferma anche nella logica delle clausole dei *direct agreements*: i soggetti che entrano nella relazione contrattuale possono, infatti, divenire tutti potenziali danneggiati in caso di un inadempimento e hanno, dunque, uno specifico interesse alla corretta esecuzione della prestazione dedotta in ogni singolo contratto. Il fatto che ciò comporti un inevitabile aumento di rischi e responsabilità e che ogni soggetto sia consapevole di ciò in ragione dei particolari meccanismi contrattuali di cui si è già parlato rende evidente come il perseguimento dello scopo comune non possa che caratterizzare la configurazione dogmatica della finanza di progetto.

7.4. L'*iter* formativo del contratto unitario di *project financing*

Sotto un secondo e diverso profilo, riprendendo la nozione di procedimento, già utilizzata dai sostenitori della teoria dell'operazione economica e valorizzando il ruolo dell'autonomia privata nella configurazione negoziale, risulta possibile

provando a schematizzare, ma con i limiti che ogni schematizzazione comporta, potrebbe configurarsi sia la fattispecie del contratto plurilaterale con (o senza) comunione di scopo (così Trib. Roma, 20 aprile 2005, in *Fall.*, 2006, 198; Trib. Milano, 21 dicembre 2005, *ivi*, 460), sia quella della pluralità di negozi bilaterali che siano tra loro differenti quanto ai singoli contenuti sostanziali ma nello stesso tempo collegati funzionalmente in vista del comune intento perseguito (Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 263). (...) Non manca pure la prospettazione in termini di contratto bilaterale con l'imprenditore da un lato e l'insieme dei creditori dall'altro (Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1692). E può anche configurarsi l'ipotesi di un accordo quadro, seguito da successivi accordi attuativi di esso (in tal senso, ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 376)».

costruire la finanza di progetto quale *unicum* tanto funzionale quanto strutturale²⁸⁹.

Il procedimento²⁹⁰ consiste, infatti, nella combinazione di negozi e atti, volti attraverso una formazione progressiva, ad un effetto finale. Dunque, il ricorso a detto concetto consente, da un lato, di conferire rilevanza giuridica non solo agli atti negoziali, ma anche a quelli non negoziali, quali, per esempio, nel *project financing*, le dichiarazioni assertive degli istituti di credito in ordine all'affidabilità del progetto; e al tempo stesso, permette di qualificare tali atti come parti di un'unica fattispecie procedimentale a formazione progressiva²⁹¹ in quanto, pur mantenendo la loro individualità, si ricongiungono in una "superiore unità di significato causale"²⁹² che si conclude con la nascita del contratto finale, secondo le regole procedimentali stabilite proprio dalle parti dell'operazione.

L'autonomia privata può, dunque, incidere non solo sul profilo contenutistico di un contratto ma anche sulla modalità della sua nascita o, per meglio dire, sul suo *iter* formativo, dando origine al c.d. negozio di configurazione²⁹³. Dunque l'autonomia privata si esplica non solo attraverso la previsione di diritti e obblighi contrattuali bensì anche in una forma di autonomia procedimentale che sancisce le regole di comportamento procedurale.

La prospettata ipotesi ricostruttiva appare ben attagliarsi all'istituto del *project financing*: esso si formerebbe secondo una procedimentalizzazione dei rapporti che legano i vari soggetti dell'operazione, in una sequenza di oneri in base alla quale il compimento di un atto non costituisce un obbligo della parti, bensì una possibilità per un dato soggetto di tenere un determinato comportamento nel proprio interesse, poiché in mancanza di esso non si produrrebbe un effetto giuridico a lui favorevole.

²⁸⁹ ROBLES, *Project financing pubblico e formazione del "consenso negoziale"*, cit., 791; ID., *Finanza di progetto e responsabilità professionali. Profili civilistici dell'asseverazione bancaria*, Napoli, 2011, spec. 171-257.

²⁹⁰ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 300; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 190; SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit.; FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 192; DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 837.

²⁹¹ GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, cit.; CESARO, *Contratto aperto ed adesione del terzo*, Napoli, 1979; MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 599 rileva come sia possibile che il contratto associativo con più parti si formi in maniera progressiva soltanto se si tratti di contratto nel quale «le parti perseguono uno scopo comune e dove, quindi, nuovi soggetti possono inserirsi senza lesione degli interessi dei contraenti originari».

²⁹² ROBLES, *Project financing pubblico e formazione del consenso negoziale*, cit., 815

²⁹³ ROBLES, ult. op. cit., 795.

Nel caso di specie l'onere sarebbe costituito dalla conclusione dei vari e successivi contratti perché si possa perfezionare il contratto di finanza di progetto e conseguire lo scopo di rendere il relativo progetto funzionante e redditivo.

Secondo taluni²⁹⁴, detta procedimentalizzazione risulterebbe dal negozio di configurazione stabilito tra promotori ed ente pubblico, avente ad oggetto la predeterminazione dei futuri rapporti che compongono la finanza di progetto nella prospettiva di condivisione del piano economico-finanziario, come prestabilito dall'asseverazione bancaria²⁹⁵ prevista dalla disciplina pubblicistica (art. 153 comma 9 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163).

Se certamente l'asseverazione rappresenta il momento cardine in ordine alla procedimentalizzazione della finanza di progetto nell'ambito pubblicistico, anche in ragione della sua necessità a pena di improcedibilità dell'*iter* normativo, la conclusione cui detta dottrina giunge non appare pienamente condivisibile.

Sotto un primo profilo, verrebbe a crearsi una situazione di disparità tra la finanza di progetto pubblica e privata, mancando in quest'ultima l'asseverazione bancaria, e dovendosi, quindi, individuare un diverso atto da cui far discendere le scelte in tema di *iter* contrattuale. In secondo luogo, deve aversi riguardo non già all'asseverazione in quanto tale, bensì al giudizio di bancabilità ad esso sotteso, che accomuna tanto le ipotesi di *project financing* pubblico quanto privato.

È, infatti, il giudizio di bancabilità in sé, con l'indicazione delle *conditions precedent* e con l'individuazione del rapporto tra *equity* e *debt* che determina lo schema procedimentale delle successive fasi della finanza di progetto, gli ulteriori rapporti negoziali necessari, le relative modalità e tempistiche.

Parrebbe dunque potersi affermare che nell'ambito del *project financing* pubblico l'asseverazione bancaria non costituisca il momento di predisposizione del negozio di configurazione, bensì proprio una fase di tale negozio, in cui l'equilibrio economico-finanziario del progetto viene condiviso anche dall'ente pubblico.

²⁹⁴ ROBLES, ult. op. cit., 797.

²⁹⁵ Cons. Stato, 8 febbraio 2011, n. 843, in www.leggiditaliaprofessionale.it; SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni ter*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, 25; CAPUTO NASSETTI, *Valutazione e predisposizione del piano economico-finanziario: l'asseverazione bancaria e le responsabilità connesse all'asseverazione*, in MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 45; SAMBRI, *Project financing*, cit., 469.

Il negozio di configurazione sembrerebbe, infatti, essere presente tanto nelle ipotesi di finanza di progetto pubblica quanto privata ed essere costituito dall'articolazione negoziale programmata tra *sponsor* ed enti finanziatori in cui si inseriscono via via gli ulteriori rapporti negoziali. L'interesse alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario, nella sua componente dinamica, permea, infatti, il contratto di *project financing* tanto nel suo momento genetico quanto nel suo svolgersi: semplicemente nell'ambito pubblicistico, in virtù della peculiarità del rapporto sussistente tra contratto di concessione e finanza di progetto (giacché il venir meno del primo comporta la caducazione del secondo) e nell'affidamento che l'ente pubblico ripone nel giudizio di bancabilità del progetto, la legge dispone, a corollario di detta valutazione, l'ulteriore previsione dell'asseverazione bancaria, quale documento proveniente da un soggetto terzo, rispetto a *sponsor* e pubblica amministrazione, contenente valutazioni positive a supporto della bontà e della possibile finanziabilità del progetto.

Da un punto di vista operativo, dunque, l'autonomia procedimentale delle parti si esplica attraverso un doppio livello di tipizzazione²⁹⁶: il primo, rappresentato dalla conclusione di ogni singolo contratto; il secondo costituito dal contratto di *project financing* vero e proprio che si origina attraverso la manifestazione di consenso diretta alla SPV, implicita nell'adesione di ciascuna parte ai singoli frammenti contrattuali e diretta all'attuazione dello scopo comune, secondo lo schema dell'art. 1332 c.c. L'equilibrio economico fotografato nel giudizio di bancabilità determina, infatti, un ordine logico e cronologico con cui devono concludersi i singoli contratti affinché, nella loro articolazione, divengano *project financing*.

8. La disciplina applicabile: le patologie contrattuali e la nozione di parte contrattuale

Abbracciata la logica associativa, si deve in ultima battuta valutare se gli aspetti critici che caratterizzavano l'ipotesi ricostruttiva della finanza di progetto quale collegamento negoziale siano superati, alla luce della nuova ricostruzione.

Risultano, in prima analisi, applicabili gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., quale

²⁹⁶ ROBLES , *Project financing pubblico e formazione del consenso negoziale*, cit., 795.

regole dettate con specifico riguardo al contratto plurilaterale con comunione di scopo²⁹⁷.

Ne consegue che l'eventuale nullità, annullabilità, inadempimento di un contratto non comporta l'automatica caducazione dell'intera operazione, in una logica di conservazione del contratto²⁹⁸ che si contrappone rispetto a quella caducatoria sottesa al collegamento negoziale, salvo che, secondo le circostanze, la specifica prestazione dedotta nel contratto viziato non debba considerarsi essenziale per l'operatività del progetto stesso,.

Con ciò si può, dunque, superare quella distinzione tra contratto principale e contratto accessorio che non risultava calzante alla logica complessa del *project financing*, per approdare, invece, ad una valutazione di necessità e imprescindibilità del singolo contratto, anche in ragione del momento temporale in cui la patologia si manifesta e della possibilità ovvero impossibilità di "sostituire" il contratto invalido con una nuova relazione negoziale.

La valutazione in merito all'opportunità che l'intera operazione sia travolta in ragione delle ripercussioni che un singolo rapporto negoziale ha sul progetto complessivo, infatti, deriva da una valutazione di necessità del singolo rapporto che sarà operata in concreto dai finanziatori, soggetti ai quali la rete di clausole contrattuali riserva tale facoltà.

Essi, dunque, saranno chiamati a valutare se il singolo frammento contrattuale infici così significativamente l'operazione da comportarne l'intera caducazione.

Orbene, non di un effetto automatico si tratta ma di una valutazione da condurre caso per caso: la logica del *simul stabunt simul cadent* può, dunque, essere abbandonata, ma non già in favore di un tentativo di temperamento di tale principio attraverso un'applicazione estensiva dell'art. 1419 c.c., bensì applicando la previsione degli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., essendo il *project financing* inquadrabile come contratto plurilaterale con comunione di scopo.

Ne deriva una piena compatibilità tra la suddetta logica conservativa e quella caratterizzante le clausole di sterilizzazione.

Il collegamento negoziale nasce, giustappunto, per riconoscere la ripercussione di un

²⁹⁷ BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt.1420, 1446, 1459, 1466, c.c.*, cit.,660; CARRESI, *Il contratto*, cit., 242; MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, cit., 6.

²⁹⁸ TUOZZO, *Riflessioni sugli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, in *ObbL. e contr.*, 2009, 138.

vizio contrattuale sugli altri negozi che compongono l'operazione: se, all'opposto, una tipologia contrattuale esclude sistematicamente la ripercussione automatica delle invalidità sugli altri rapporti, ne consegue un'incompatibilità intrinseca delle clausole che impediscono la produzione dell'effetto tipico del collegamento negoziale con il contratto di specie. E, infatti, le clausole di sterilizzazione, dette anche, non a caso, clausole di sopravvivenza, hanno proprio la finalità opposta e, cioè, quella di impedire il riverbero delle patologie contrattuali e di mantenere, dunque, in vita l'operazione. Per mezzo di queste clausole, determinati eventi, accadimenti, patologie vengono valutati dalle parti, già alla stipula del contratto e, dunque, *ex ante* rispetto al loro possibile verificarsi come non produttivi dell'effetto caducatorio dell'intero progetto.

Se certamente è vero che le parti sono libere di scegliere come modulare gli effetti dei singoli contratti collegati, inserendo talune clausole volte ad evitare l'automatica estensione delle vicende patologiche di un contratto sugli altri negozi ed attenuando dunque il principio *simul stabunt, simul cadent*, è altrettanto vero che la presenza delle clausole di sterilizzazione nella finanza di progetto si atteggia non già come una facoltà delle parti che nella loro autonomia contrattuale le prevedono di tanto in tanto, bensì quale elemento strutturale e fondamentale della logica contrattuale. Nella prassi non si registrano, infatti, operazioni di finanza di progetto in cui simili clausole non siano contemplate e ciò in quanto è interesse generale di tutti i partecipanti all'operazione che il progetto trovi attuazione, prevenendo possibili situazioni di "rischio".

Il piano logico, dunque, non sarà "*simul stabunt simul cadent* quale regola e clausola di sterilizzazione quale eccezione" ma diverrà quello in base al quale le patologie contrattuali non si riflettono sugli altri contratti, salva la possibilità che le stesse ritengano *quel* rapporto essenziale nella più ampia valutazione del progetto. Nello specifico, poi, tale valutazione non sarà tendenzialmente effettuata ad evento verificatosi o a patologia contrattuale eccepita quanto al momento pregresso della conclusione del contratto, proprio per il tramite delle predette clausole di sterilizzazione. Ciò in quanto una simile valutazione *ex ante* permette di meglio sterilizzare²⁹⁹ i rischi derivanti dalla realizzazione del progetto stesso, impedendo che

²⁹⁹ ROBLES, Project financing *pubblico e formazione del "consenso negoziale"*, cit., 795.

la caducazione di un negozio provochi conseguenze sugli altri, sempre nella logica causale della finanza di progetto di “traslazione dei diversi rischi relativi al singolo contratto fra i vari soggetti che, a diverso titolo, entrano in gioco”³⁰⁰.

La struttura associativa trova, dunque, compatibilità, da un lato, con le clausole di sterilizzazione; dall’altro con la previsione dei *direct agreements*, che consentono ai finanziatori di assicurarsi un’incisiva capacità di controllo sull’attività della SPV, attraverso stringenti obblighi di informazione, di comportamento, di dichiarazione, integrazione e specificazione della clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.*

Ulteriormente, i *direct agreements* comportano un ridimensionamento del principio di relatività contrattuale: tutti i soggetti partecipanti all’operazione devono qualificarsi rispetto agli effetti propri di questa, come parti della stessa, e non come parti rispetto ad alcuni contratti e terzi rispetto ad altri. Ravvisandosi un unico contratto plurilaterale, ciascun partecipante all’operazione non può essere considerato quale terzo rispetto ai rapporti contrattuali di cui non è parte in senso formale, essendolo, ad ogni modo, in senso sostanziale.

9. Il superamento della nozione di relatività contrattuale (c.d. *privity of contract*): uno sguardo verso i Paesi di *common law*

Nei sistemi di *common law* le nozioni di collegamento negoziale e di contratto unitario con comunione di scopo risultano sconosciute. Anche i rapporti contrattuali più complessi, ivi incluso il contratto di società, sono sempre stati qualificati come fasci di contratti bilaterali.

Di recente, come si dirà a breve, l’analisi comparatistica del diritto ha, tuttavia, fatto emergere un interesse anche nel sistema inglese per una lettura d’insieme delle operazioni economiche, dimostrando la necessità di cogliere l’aspetto globale e unitario di tali contratti in cui entrano in gioco più parti, così da permettere una maggior tutela degli attori in una prospettiva di pianificazione *ex ante* dei rischi economici.

³⁰⁰ TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., 330.

L'analisi di tale evoluzione può risultare, quindi, di particolare interesse anche in relazione al *project financing*, figura emblematica di come i singoli contratti che lo compongono non possono essere letti nella loro individualità.

Nel sistema inglese non è riscontrabile un'idea di contratti tra loro collegati nel perseguimento di un medesimo risultato economico³⁰¹, tanto che la riversione delle patologie da un contratto all'altro non deriva da un principio di interdipendenza tra due o più negozi, bensì si integra solo se espressamente prevista da specifiche statuizioni contenute in leggi o regolamenti. Così, per esempio, la *Regulation 15*, in tema di *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000/2334* stabilisce che la risoluzione del contratto di compravendita deve comportare analogo effetto risolutorio anche "su qualsiasi contratto connesso di credito"; e, analogamente, la *Regulation 11* in tema di *Doorstep Selling* del 2008 o la *Section 69* del *Consumer Credit Act*³⁰².

Se l'effetto pratico non differisce tra i due blocchi di sistemi legislativi – *civil law*, da una parte; *common law*, dall'altra - profonda è in realtà la diversità con cui il meccanismo opera. Mentre, come si è detto, ove si riconosce la nozione di collegamento negoziale, il meccanismo della riversione opera, in linea di principio, automaticamente da un contratto all'altro, in conseguenza del concetto di unità economica sotteso a tale istituto, nei sistemi di *common law*, e inglese in particolare, invece, tale effetto deriva da specifiche prescrizioni normative, richiedendo solamente che il contratto di credito sia "*related*" al contratto di compravendita.

Centrale è, dunque, la visione dei contratti interdipendenti come serie di *bilateral contracts* in relazione a ciascuno dei quali la legislazione disciplina le implicazioni derivanti da risoluzione o patologie. Da tale visione discende che un soggetto, parte in senso ampio dell'operazione economica, ma terzo rispetto ad un dato rapporto della medesima non potrebbe agire in via contrattuale avverso le parti di tale rapporto, dovendo, per converso agire in *tort*, con le conseguenti limitazioni sul piano risarcitorio. Al contempo, le eventuali clausole di esonero o di limitazione di responsabilità pattuite in tale rapporto non saranno opponibili a detto terzo.

³⁰¹ COLLINS, *Introduction*, in TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, cit., 30.

³⁰² COLLINS, *Introduction*, cit., 36.

Il principio sotteso a tali regole si rinviene nella storica *doctrine of privity of contract*³⁰³, in base alla quale i soggetti di un contratto non possono nè conferire diritti né tanto meno imporre oneri a coloro che non siano ad essi contrattualmente vincolati in quanto gli effetti del contratto non si estendono ai terzi, né a loro favore, né contro di essi.

Tuttavia, mentre il principio per cui non possono imporsi oneri ai terzi è da sempre una regola incontestata³⁰⁴, non altrettanto può dirsi per la possibilità che un soggetto terzo benefici di diritti o prestazioni provenienti da un contratto che non lo vede parte e che possa agire giudizialmente per l'esecuzione di quanto spettantegli. Il riconoscimento di tutela del terzo beneficiario di una promessa, infatti, aveva trovato riconoscimento già nel caso *Provender v. Wood*³⁰⁵, in cui veniva riconosciuto che «the party to whom the benefit of a promise accrews, may bring his action», rimanendo incontestato (con la sola eccezione dalla pronuncia *Bourne v. Mason*³⁰⁶) fino alla fine del 1800.

A partire, tuttavia, dalla pronuncia *Tweddle v. Atkinson*³⁰⁷, confermata poi nel famoso caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd.*³⁰⁸, viene affermato che il terzo non può agire per ottenere l'adempimento di un contratto di cui sia beneficiario.

³⁰³ PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, London, 2007, 613; MCKENDRICK, *Contract Law*, Palgrave Macmillan, 2009, 110; CHEN-WISHART, *Contract Law*, Oxford University Press, 2010, 185; nonché tra la dottrina italiana, VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit.; ALPA, FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano 2000.

³⁰⁴ Si possono tuttavia ravvisare tre eccezioni a tale principio che si qualificano “a danno” del terzo, limitandone la possibilità di acquistare diritti. La prima eccezione riguarda le ipotesi di rivendita di beni, secondo cui chi acquista dei beni per farne commercio può essere sottoposto a delle limitazioni (ad esempio i rivenditori di equipaggiamenti di alta fedeltà non possono rivendere al di fuori di una data zona e non possono vendere a prezzi inferiori a quelli di listino, onde evitare concorrenza interna, purché la clausola sia approvata dalla *Restrictive Practices Court*, secondo quanto disposto dal *Resale Prices Act* del 1976). La seconda attiene ai casi di compravendita immobiliare in cui le parti stipulano un *restrictive covenant*, il quale, o perché iscritto nei registri immobiliari o perché conosciuto o conoscibile dal terzo, diviene una servitù fondiaria. L'ultima eccezione riguarda i contratti per l'utilizzazione di una nave, i quali risultano opponibili a terzi, anche se contengono clausole che limitano la libertà di una parte di vendere la nave stessa (così *Lord Strathcona Steamship Co. Ltd. v. Dominion Coal Co. Ltd.*, [1926] AC 108), attraverso un'applicazione analogica delle regole previste in tema di beni immobili.

³⁰⁵ [1631] Hetley 31,124 ER 318. Si v. MAY, *Limiting Leviathan: Hobbes on Law and International Affairs*, Oxford University Press, 2013, 24, nota 6.

³⁰⁶ [1668] 1 Ventris 6.

³⁰⁷ [1861] EWHC QB J57

³⁰⁸ [1915] UKHL 1

Veniva osservato come una tale facoltà avrebbe reso, di fatto, vani i diritti della parti di modificare o estinguere il contratto stesso e, al contempo, come un così stringente principio di relatività del contratto trovasse fondamento nella sostanziale coincidenza con la regola della *consideration*³⁰⁹. La *privity of contract* veniva letta come l'altra faccia della medaglia della *consideration*, ovverosia del "*benefit or detriment*" che deve essere presente in ogni contratto³¹⁰: affermare un simile diritto a favore di un soggetto che non è parte contrattuale equivaleva a riconoscere che l'accordo iniziale difettava di *consideration*.

Alla luce di tale principio, il terzo poteva agire esclusivamente in *tort* con i conseguenti svantaggi rispetto a una diretta azione contrattuale.

Per ovviare, dunque, a tale situazione la regola della *privity of contract* è stata aggirata attraverso l'uso di alcuni strumenti del diritto forniti da singole aree del *commercial law*³¹¹: la necessità era quella di creare o "simulare" la sussistenza di una "*direct contractual relationship*" tra l'esecutore del contratto e il terzo beneficiario, così da legittimare un'azione contrattuale.

Il c.d. *legal black hole* – l'ingiustizia sostanziale che si originava – viene superato, in primo luogo, attraverso l'*assignment*³¹², in base al quale il committente della prestazione assegna il *benefit* del contratto al terzo, che, ricevuti i diritti per agire nei confronti del debitore, li potrà azionare in nome del committente, *in his legal shoes*. L'*assignment*, tipico dell'area del *contract law* e del *real estate*, nonché previsto legislativamente anche dal *Law of Property Act* del 1925, consiste, infatti, nella

³⁰⁹ FULLER, *Consideration and Form*, in *CoL. Law Rev.*, 1941, 799; PATTERSON, *An Apology for Consideration*, in *CoL. Law Rev.*, 1958, 946; TREITEL, *Consideration: A Critical Analysis of Professor Atiyah's Fundamental Restatement*, in *Austr. Law Jour.*, 1974, 439; POSNER, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, in *Jour. Leg. Studies*, 1977, 411; ID., *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2003, 100; SMITH, *The Law of Contract-Alive or Dead?*, in *The Law Teacher*, 1979, 73; ATIYAH, *Consideration: A Restatement*, in *Atiyah's Essay on Contract*, Clarendon Press, 1986, 193; FLANNIGAN, *Privity - the End of an Era (Error)*, in *Law Quat. Rev.*, 1987, 586; GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1988; COLLINS, *The Law of Contract*, Butterworths, 1997. Per un'ampia ricostruzione delle origini della *consideration* e della sua evoluzione storica, nella dottrina italiana, si v. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 21 ss.

³¹⁰ MOCCIA, *Contract*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 13: «Per contrasto con la causa, dunque, la *consideration* muoveva dalla negazione del valore intrinsecamente vincolante della promessa pura e semplice, ricollegandosi ad un principio di segno opposto che avrebbe trionfato (in teoria) sul continente. Si trattava, cioè, del principio secondo cui: nessuna promessa in generale obbliga (ancorché lecita e accettata), a meno di non essere sorretta da una ragione o, meglio, manifestata in un contesto (di circostanze) capace di renderla giuridicamente sanzionabile (*enforceable*)».

³¹¹ GILLIES, *Business Law*, Federation Press, 2004, 363; KOFFMAN, *Macdonald, The Law of Contract*, Oxford University Press, 2010, 480; MERKIN, *Privity of Contract: The Impact of the Contracts (Right of Third Parties) Act 1999*, CRC Press, 2013, 216.

³¹² *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* [1994] 1 AC 85.

facoltà delle parti di trasferire diritti da un soggetto ad un altro, compreso il diritto di credito e la sua azionabilità: ciò comporta che a un soggetto debitore possa essere richiesto di adempiere anche da parte di un soggetto diverso dal creditore originario, il quale, in forza del suddetto *assignment*, può aver trasferito il suo diritto.

Un'ulteriore eccezione alla *privity of contract* consiste nella possibilità che il creditore della prestazione contrattuale agisca verso il debitore per conto del beneficiario, in una sorte di estensione della c.d. *Albazero exception*³¹³ anche a contratti diversi da quelli di trasporto di merci via mare. Così, per esempio, nel caso *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Limited*³¹⁴ fu riconosciuta la possibilità per il *trustee* di agire avverso il *settlor* per conto del beneficiario, soggetto terzo rispetto alla relazione contrattuale; e, analogamente, in tema di *estates*³¹⁵ ove il terzo può agire verso la parte contrattuale inadempiente in qualità di esecutore immobiliare e in rappresentanza del proprietario dei beni oggetto del contratto.

Ulteriormente, è possibile statuire un “*duty of care deed*”³¹⁶, ovverosia un accordo formale tra le parti in base al quale esse riconoscono che al beneficiario spetti un “*direct contractual right*” avverso il debitore per la qualità e l'adeguatezza della prestazione da eseguire.

Un quarto strumento di superamento della *privity of contract* è rappresentato dall'istituto dell'*agency*: un soggetto, l'*agent*, commissiona una prestazione o un servizio ad un debitore, il quale sarà vincolato contrattualmente tanto al committente, quanto al soggetto *principal* che ha conferito mandato all'*agent* per la conclusione del contratto. Potranno, dunque, verificarsi ipotesi di contratti con menzione espressa del mandato, come previsto nel *Consumer Credit Act* del 1974, e ipotesi *undisclosed agency*, in cui si dovrà valutare l'effettiva sussistenza del rapporto tra mandante e mandatario.

Infine, appartengono sempre all'ambito delle deviazioni del principio di *privity* anche i *negotiable instruments*, che consistono in una tipologia di contratto volta a permettere il trasferimento di denaro: il *drawer*, titolare di un rapporto bancario, rilascia ad un *payee* – il terzo - un *negotiable instrument*, nel quale vi è la promessa

³¹³ *Albacruz (Cargo Owners) v. Albazero* [1977] A.C. 774.

³¹⁴ *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Limited*, [1919] A.C. 801.

³¹⁵ *Beswick v. Beswick* [1967] UKHL 2.

³¹⁶ *McAlpine (Alfred) Construction Ltd v. Panatown Ltd* [2001] 1 AC 518.

proveniente dal *drawee* – l'istituto bancario - che provvederà al pagamento dell'importo ivi indicato.

Fino al 2000, i sopracitati strumenti erano gli unici che consentivano al terzo di agire in via contrattuale per ottenere tutela. In un sistema che, di per sé, non tutelava il *promisee* con riguardo alle promesse gratuite ricevute³¹⁷, si comprende, allora, come apparisse ancor più priva di fondamento la richiesta di azionabilità di una promessa di prestazione gratuita da parte del soggetto terzo beneficiario: se certamente si può rinvenire una *consideration* in capo alle parti, la gratuità della prestazione rispetto al soggetto beneficiario comporta, per converso, che nessun *detriment* sia ravvisabile in capo al terzo³¹⁸.

Solo sulla base delle istanze sociali e delle critiche avverso una così severa regola, nonchè sotto il peso degli *Acts of Parliament*³¹⁹ che prevedevano di volta in volta eccezioni alle regola, nel 1999 il suddetto principio è stato legislativamente riformato dal *Contracts (Rights of Third Parties) Act*³²⁰, rendendo possibile, a determinate condizioni, per il terzo beneficiario agire giudizialmente per ottenere l'adempimento di un contratto di cui non sia parte. In particolare, tale tutela è ammessa solo ove il contratto lo preveda specificatamente (*section* 1(1) a) e sia il terzo sia identificato o, quantomeno, identificabile³²¹ in quanto membro di un particolare gruppo designato. Ulteriormente tale facoltà è prevista nell'ipotesi in cui il contratto "*purports to confer*

³¹⁷ FARNSWORTH, *The Past of Promise: an Historical Introduction to Contract*, in *CoL. Law Rev.*, 1969, 576; ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., 1-30.

³¹⁸ Sul punto si v. *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* [1989] EWCA Civ 5 in cui si individua una forte espansione del concetto di *consideration* tale da permettere che la stessa sia individuabile anche con riferimento a soggetti terzi, beneficiari di promesse gratuite. Non deve, inoltre, trascurarsi l'importanza della sempre più tutelata *reliance*, grazie all'uso dello strumento di equità dell'*estoppel* (*promissory stoppel*, nello specifico). Sul punto, si v. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 28 ss.

³¹⁹ Tra i molti, si pensi al *Road Traffic Act* del 1988, in virtù del quale le vittime di incidenti stradali possono agire nei confronti dell'assicurazione del conducente, pur non essendo parte del rapporto assicurato/assicuratore.

³²⁰ FLANNIGAN, *Privity – The End of An Era (Error)*, cit., 564; MACMILLAN, *A Birthday Present for Lord Denning: the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Mod. Law Rev.*, 2000, 721; ANDREWS, *Strangers No Longer: The Reversal of the Privity Rule under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Camb. Law Jour.*, 2001, 353; in senso critico SMITH, *Contracts for the Benefit of Third Parties: in Defence of the Third Party Rule*, in *Oxford Jour. Leg. Studies*, 1997, 643; KINCAID, *Privity reform in England*, in *Law Quat. Rev.*, 2000, 43; STEVENS, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Law Quat. Rev.*, 2004, 292.

³²¹ *Avraamides v. Colwill* [2006] EWCA Civ1533.

a benefit" nei riguardi di un terzo³²² (*section 1(1) b*), salvo che dal contratto risulti che la parti non intendessero attribuire alcun diritto al terzo³²³.

L'ampiezza di tale seconda ipotesi preoccupava gli operatori, in particolare, per la sua applicabilità ai contesti di complessi contratti di appalto e costruzione, caratterizzati da *networks* di contratti tra *main contractor* e vari *sub contractors*: la preoccupazione muoveva dal fatto che simili contratti, c.d. *multy parties contracts*, sono composti da una pluralità di soggetti in cui non tutti, tra di loro, sono vincolati dalla presenza di un *bilateral contract*. Così, per esempio, due subappaltatori, entrambi vincolati all'appaltatore, in assenza di un contratto tra di loro, non hanno diritti contrattuali o obblighi reciproci. Se, prima del 1999, la possibilità del terzo di agire in via contrattuale era, dunque, limitata, anche nel campo dei *construction multy party contracts*, alle sole ipotesi previste quali *escamotages* rispetto alla *privity of contract*³²⁴, con la *Statutory reform*³²⁵ tale possibilità è riconosciuta in modo molto più ampio³²⁶, essendo oggi sufficiente che il contratto *expressly provides that he may in his own right enforce a terms of the contract* ovvero che *the term purports to confer a benefit on him*.

Viceversa, al di fuori di tali ipotesi, l'allocazione del rischio, tipica dei contratti articolati di costruzione con pluralità di attori, sarà governata dalle regole del *tort*, in cui si registra un riconoscimento da parte delle corti del *property damage*, ma non anche del *pure economic loss*³²⁷.

Così, poteva accadere che un soggetto commissionasse una prestazione o un servizio in favore di un terzo, e che questi subisse un danno – un *pure economic loss* – ma

³²² Le parti contrattuali non possono modificare o estinguere il contratto se il terzo ha dichiarato di voler azionare il contratto o di riporre "*reliance*" su di esso e il promittente ne è a conoscenza o ci si può attendere che ne sia a conoscenza e, in caso di *breach of contract*, al terzo sono riconosciuti tutti i diritti di cui godrebbe se fosse stato parte del contratto stipulato.

³²³ *Nisshin Shipping Co. Ltd v. Cleaves & Co. Ltd* [2003] EWHC 2602; *Laemthong International Lines Co. Ltd v. Artis, (The Laemthong Glory n. 2)* [2005] EWCA Civ 519.

³²⁴ *New Zealand Shipping Co. Ltd v. AM Satterthwaite & Co. Ltd* [1975] AC 154.

³²⁵ Law Commission, *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties* (Report n. 242 (1996)), spec. 74-94 (<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc242.pdf>); STEVENS, *The Contract (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Law Quat. Rev.*, 2004, 292; BURROWS, *Contracts (Rights of Third Parties) Act and its Implications for Commercial Contracts*, in *Int. Mar. Comm. Law Quart.*, 2000, 540.

³²⁶ *Nisshin Shipping Co. Ltd v. Cleaves & Co. Ltd*, cit.; *Laemthong International Lines Co. Ltd v. Artis*, cit.

³²⁷ BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, 1996; BUSSANI, PALMER, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003; VAN BOOM, KOZIOL, WITTING, *Pure Economic Loss*, Springer, 2004; PALMER, BUSSANI, *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*, Routledge-Cavendish, 2009.

che, in ragione dell'assenza di un rapporto contrattuale che lo vincolasse al debitore della prestazione, non potesse agire per il ristoro del suo danno³²⁸. Infatti, il *pure economic loss* è una voce di danno risarcibile solo in ipotesi di responsabilità contrattuale, non tutelabile nel caso prospettato, in cui il terzo era costretto ad agire in *tort*³²⁹. La tipologia di *tort* concessa al terzo è, infatti, il *tort of negligence*³³⁰, nato solamente con il caso *Donoghue v. Stevenson* e basato sul concetto di “*duty of care*”³³¹, in cui il danno riconosciuto si articola in *personal injuries* e *damage to property*, che, a sua volta, ricomprende l'*economic loss*³³² derivante da un danno fisico (*personal injury*) o da un danno alla proprietà dell'attore. Il *pure economic loss*, invece, è un danno economico che si realizza in assenza di una relazione consequenziale rispetto ad un *property damage* o a una *personal injury*³³³, spesso conseguenza di inadempimento contrattuale³³⁴ (*negligent performance of a contract*). Trattandosi di ipotesi in cui l'attore non è uno dei contraenti che agisce verso la controparte ma un terzo reclama il ristoro del *pure economic loss* sofferto in conseguenza dell'inadempimento, l'accoglimento di simili domande implicherebbe un allargamento delle eccezioni alla *doctrine of privity*.

³²⁸ *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398.

³²⁹ Si v. *Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465; *Spartan Steel & Alloys Ltd v. Martin & Co. (Contractors) Ltd* [1973] 1 QB 27.

³³⁰ Gli elementi costitutivi del *tort of negligence* sono: la sussistenza di un *duty of care* e la sua violazione (*Bolton v. Stone* [1951] AC 850; *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)); la sussistenza di un danno che deve qualificarsi come diretto (*directness*) e prevedibile (*foreseeability*): *Re Polemis & Furness Withy & Company Ltd.* [1921] 3 KB 560; *Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound n. 1)* [1961] AC 388; *Hughes v. Lord Advocate* [1963] AC 837; *Doughty v. Turner Manufacturing Company* [1964] 1 QB 518; *Greenland v. Chaplin* (1850) 5 Ex 243; *Smith v. The London and South Western Railway Company* (1870-71) LR 6 CP 14; *Glasgow Corp v. Muir* [1943] AC 448; *Tremain v. Pike* [1969] 1 WLR 1556; *Smith v. Leech Brain & Co Ltd* [1961] 2 QB 405; *Bourhill v. Young* [1943] AC 92, 108.

³³¹ Con riferimento al *duty of care* si v. *Bourhill v. Young*, cit.; *Palsgraf v. Long Islands Railroad Co.* 162 NE 99 (NY CA 1928); *Dorset Yatch v. Home Office Co. Ltd* [1970] UKHL 2. Si v. *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] UKHL 2 con riferimento al test di risarcibilità second cui devono ricorrere tre condizioni: “*the concept of reasonable foreseeability of harm; the claimant and the defendant being in a relationship of proximity; and it being fair, just and reasonable to impose liability on the defendant for his careless actions*”.

³³² Si pensi al mancato guadagno, in conseguenza di un incidente.

³³³ Si pensi al danno subito da una famiglia che, in conseguenza di un incidente, perde il componente del proprio nucleo familiare che la sostentava: il danno fisico è subito dal deceduto, ma non anche da parte della famiglia; ovvero si pensi al caso del danno di produzione di un'impresa derivante da una interruzione di elettricità dovuta alla recisione dei cavi da parte di uno scavatore che stava eseguendo un intervento pubblico (*Spartan Steel and Alloys Ltd v. Martin & Co. Ltd*, cit.). *Hedley Byrne v. Heller*, cit.; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, cit.; *Smith v. Eric S Bush*, cit.; *Caparo Industries v. Dickman*, cit.; *White v. Jones*, cit.; *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd* [1994] UKHL 5.

³³⁴ Nel caso *Bianco v. Jones* l'esecuzione negligente aveva ad oggetto la stilatura di un testamento; in *Henderson v. Merrett Syndicates* la consulenza di investimenti; in *Junior Books v. Veitchi*: la costruzione di un piano di un edificio; in *Caparo v. Dickman* la revisione contabile di un'azienda.

Molte sono le ragioni³³⁵ che inducono a non riconoscere un simile danno in capo ai terzi che agiscono in *tort*: dall'impossibilità di determinare *ex ante* i precisi confini di responsabilità per un soggetto che esegue un contratto, all'indeterminatezza dei suoi possibili attori, all'impossibilità di assicurare alcuni rischi ma, soprattutto, un'alterazione dei profili di allocazione di questi. Il rapporto tra accordi contrattuali in relazione all'allocazione dei rischi di *property damage* e *pure economic loss* e le regole di *negligence liability* in *tort* appare, dunque, particolarmente rilevante nell'ambito dei *multi-party contracts*.

Uno dei primari obiettivi di un contratto³³⁶ e, a maggior ragione, di un *networks* di contratti, è proprio la funzione programmatica connessa all'allocazione anticipata dei rischi, da cui dipende, in ultima battuta, la determinazione del prezzo del servizio fornito e la decisione circa l'opportunità ovvero la convenienza di assicurare taluni di detti profili di rischio. Secondo un'analisi economica, infatti, gli accordi assicurativi risultano tanto più efficienti quanto più stipulati dalla persona che era nella "miglior posizione" di poter stimare e prevedere i possibili rischi per i quali viene concluso un contratto di assicurazione.

Ovvero, all'opposto, le parti possono avere interesse ad allocare le responsabilità connesse all'inadempimento, prevedendo, dunque, clausole limitative di responsabilità verso taluni soggetti.

Ne consegue, in applicazione della *doctrine of privity of contract*, che un terzo non può, in principio, beneficiare di una clausola di esclusione o limitazione di responsabilità prevista in un contratto di cui non sia parte in senso stretto³³⁷.

Tuttavia, la particolare strutturazione dei *network of contracts*³³⁸ e l'importanza sempre crescente di tali articolazioni contrattuali nell'economia attuale hanno portato

³³⁵ MARKESINIS, *An Expanding Tort Law - The Price of a Rigid Contract Law*, in *Law Quart. Rev.*, 1987, 354; CANE, *Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?*, in *Mod. Law Rev.*, 1989, 200; STAPLETON, *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, in *Law Quart. Rev.*, 1991, 249; ID., *Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence*, in *Law Quart. Rev.*, 1995, 301; BARKER, *Unreliable Assumptions in the Modern Law of Negligence*, in *Law Quart. Rev.*, 1993, 461; O'SULLIVAN, *Suing in Tort where no Contractual Claim will Lie - a Bird's Eye View*, in *Penn. Law Rev.*, 2007, 165.

³³⁶ *Norwich City Council v. Harvey* [1989] 1 WLR 828 (CA); *Marc Rich & Co AG v. Bishop Rock Marine Ltd (The Nicholas H)* [1996] AC 211 (HL); *Smith v. Eric S Bush* [1990] 1 AC 831 (HL); *Junior Books Co. Ltd v. Veitchi* [1983] 1 AC 520 (HL).

³³⁷ *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd* [1962] AC 446.

³³⁸ ECCLES, *The Quasifirm in the Construction Industry*, in *Jour. Econ. Beh. Org.*, 1981, 335; MARKESINIS, *Eternal and Troublesome Triangles*, in *Law Quart. Rev.*, 1990, 556; STAPLETON, *Tort, Insurance and Ideology*, in *Mod. Law Rev.*, 1995, 820; WHITTAKER, *Privity of Contract and the Tort of*

ad affermare che la responsabilità in *tort* non debba alterare l'allocazione dei rischi voluta dalle parti³³⁹, permettendo, dunque, l'opponibilità di eccezioni previste nel contratto anche ai terzi.

Così, per esempio, nel caso *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd*³⁴⁰ la House of Lords ha affermato che l'allocazione dei rischi stabilita dalle parti attraverso la strutturazione del *network* fosse volta proprio ad alterare le ordinarie regole di *contractual* e *tortious liability*, riconoscendo un implicito rapporto di *agency* tra il trasportatore principale e il sub-trasportatore. Nei successivi casi *Norwich City Council v. Harvey*³⁴¹, *Pioneer Container*³⁴², ulteriormente, vengono individuate delle

Negligence: Future Directions, in *Oxford Jour. Leg. Studies*, 1996, 191; COLLINS, *Introduction*, cit. 50.

³³⁹ *Young & Marten Ltd v. McManus Childs Ltd* [1969] 1 AC 454 (HL); *Gloucestershire County Council v. Richardson* [1969] 1 AC 480 (HL); *Greaves & Co (Contractors) Ltd v. Baynham Meikle & Partners* [1975] 3 All ER 99 (CA).

³⁴⁰ [1962] AC 446 (HL). Lord Reid, rilevando come in linea di principio la *privity of contract* non permettesse l'estensione delle clausole di limitazione di responsabilità verso soggetti terzi, risolve il caso applicando l'eccezione fornita dal contratto di *agency*: «I can see a possibility of success of the agency argument if (first) the bill of lading makes it clear that the stevedore is intended to be protected by the provisions in it which limit liability, (secondly) the bill of lading makes it clear that the carrier, in addition to contracting for these provisions on his own behalf, is also contracting as agent for the stevedore that these provisions should apply to the stevedore, (thirdly) the carrier has authority from the stevedore to do that, or perhaps later ratification by the stevedore would suffice, and (fourthly) that any difficulties about consideration moving from the stevedore were overcome. And then to affect the consignee it would be necessary to show that the provisions of the Bills of Lading Act 1855 apply».

³⁴¹ [1989] 1 WLR 828. Il caso aveva ad oggetto la realizzazione di una piscina. Il contratto concluso tra il *main contractor* e il committente prevedeva esplicitamente che il rischio di incendio fosse supportato da quest'ultimo, che avrebbe, conseguentemente, stipulato idonea copertura assicurativa. Durante l'esecuzione dei lavori ad opera di un *sub contractor* si verificò un incendio e il committente decise di agire in *tort of negligence for property damages* verso quest'ultimo per ottenere il risarcimento dei danni. Tuttavia, la Corte rigettò la domanda, accogliendo le difese di Harvey, il sub appaltatore, secondo cui la sua responsabilità per il rischio di incendio non sussisteva in quanto esclusa, a monte, nei confronti del *main contractor* dal contratto principale. La Corte, infatti, accolse l'idea che le clausole di tale rapporto contrattuale avessero, di riflesso, determinato anche i profili di rischio sul *sub contractor*. In particolare, valorizzando l'esistenza di comunicazioni dirette tra il committente e il sub appaltatore, Harvey avrebbe riposto un legittimo affidamento circa il fatto che il contratto di sub appalto era stato concluso sulle stesse basi di quello del *main contractor*, includendo, dunque, anche l'esclusione della responsabilità da incendio. Superando, dunque, l'assenza di un rapporto contrattuale diretto tra committente e sub appaltatore, la Corte accoglie l'eccezione secondo cui l'esclusione di responsabilità nei confronti del *main contractor* si estende anche al *sub contractor*: «the building owner's negligence action must fail because it was not just and reasonable to impose a duty of care upon the defendant».

Analogamente, si v. *Junnior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, cit. in cui la Corte riconosce il risarcimento del *pure economic loss* in favore dell'attore che agiva in *tort*.

³⁴² *KH Enterprise v. Pioneer Container (The Pioneer Container)* [1994] 2 AC 324. Il proprietario di alcuni beni conclude un contratto di trasporto marittimo con un contractor, autorizzando quest'ultimo alla stipula di un sub contratto. Il carrier quindi sottoscrive un sub-bailment con Pioneer Container, prevedendo una clausola di giurisdizione esclusiva in Taiwan. In virtù di tale clausola, il *Privy Council* respinge l'azione dell'*owner*, sostenendone l'estensione di efficacia anche ai rapporti tra committente e sub trasportatore poiché il proprietario dei beni aveva autorizzato il *bailee* a far trasportare le merci da un *sub-bailee*. «When the sub-contractor is faced with a claim from the

ipotesi in cui la limitazione di responsabilità risulta, in ogni caso, opponibile, a tutela dell'affidamento riposto dal sub-contraente: così, nel primo caso, l'esclusione di responsabilità per danno da incendio nel contratto principale non genera *duty of care* per il predetto rischio in capo al sub-appaltatore e nel contratto di *bailment*, oggetto del secondo caso, le condizioni alle quali il *sub-bailee* accetta i beni legano il proprietario della merce (*bailor*) se quest'ultimo ha acconsentito che vi fosse un sub contratto e ha espressamente o tacitamente acconsentito a tali condizioni, proprio in quanto i terzi sub contraenti ripongono affidamento sulla base del contenuto del contratto principale.

Nonostante, come già detto, nel sistema inglese non sussista una nozione di collegamento negoziale ovvero di contratto con comunione di scopo, tuttavia, è innegabile, alla luce dell'analisi compiuta, come sia riscontrabile un *trend* volto a valorizzare il dato unitario di articolate operazioni contrattuali, evidenziando la presenza di stretti "rapporti di natura organizzativa" tra le parti dei negozi *related*, tanto da parlarsi di "*networks*".

Su questa linea si pone la riforma del 1999 con la quale il terzo può agire in via contrattuale in un numero crescente di ipotesi, da un lato; l'apertura delle Corti in favore di una responsabilità "interna" tra i soggetti del *network* anche se non strettamente legati da un rapporto contrattuale, dall'altro.

shipper, it may rely on the terms of the contract (usually limitation clauses) between the main contractor and the shipper, by reason of a 'Himalaya clause' contained in the main contractor's agreement with the shipper».

CAPITOLO III

LE SOPRAVVENIENZE ECONOMICHE E L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE

1. Il *project financing* e le sopravvenienze economiche - 2. Il rapporto tra sopravvenienze e presupposizione - 2.1. Le sopravvenienze non impossibilitanti: la soluzione tedesca - 2.2. (Segue): l'approccio di *common law* - 2.3 (Segue): la soluzione italiana - 3. *Long term contracts* e *relational contracts*: le nuove esigenze operative al cospetto del diritto - 4. Il *favor contractus* nella prassi operativa - 5. L'obbligo di rinegoziazione *ex lege* nell'esperienza comparata - 5.1. La sentenza *Alcoa*: un caso rimasto isolato - 6. L'obbligo di rinegoziazione nell'ordinamento italiano - 7. L'obbligo di rinegoziazione nel contesto pubblicistico - 8. L'obbligo di rinegoziazione: dai *relational contracts* al collegamento negoziale

1. Il *project financing* e le sopravvenienze economiche

Esaminato il *project financing* sotto il profilo dogmatico, si vuole ora procedere ad un'analisi dell'istituto nella sua componente dinamica, con particolare attenzione alle sopravvenienze economiche che possono verificarsi durante la vita del progetto e comprometterne la realizzazione.

Tre sono le caratteristiche della finanza di progetto emerse nei precedenti capitoli, fondamentali nell'indagine che si vuole ora compiere: la componente temporale, che consente di qualificarlo quale contratto a lungo termine; la componente associativa in virtù della quale si definisce il *project financing* come *relational contract*; l'interesse delle parti a rendere il progetto, in una logica "protettiva", quanto più impermeabile possibile alle vicende patologiche.

Proprio per la sua ontologica durata temporale, il *project financing*, presenta interessanti profili di valutazione circa le possibili ed imprevedibili evoluzioni dei singoli frammenti negoziali che lo costituiscono. Da un lato, infatti, ciascuno dei rapporti contrattuali presenta dei profili di incompletezza, data l'impossibilità di prevedere *ex ante*, in fase di stipulazione di un contratto, tutti gli eventuali e futuri eventi, disciplinandone la relativa gestione; dall'altro, un'alterazione dell'equilibrio economico di un contratto comporta, secondo le previsioni del codice civile, la possibilità di ricorrere al rimedio risolutorio per la parte che subisce l'eccessiva onerosità. Tuttavia, il *favor* per il rimedio ablativo contrasta con la *ratio* sottesa alla finanza di progetto, totalmente improntata, come si è visto, ad una logica di carattere manutentivo.

Come già rilevato da autorevole dottrina¹, il *project financing* si presenta come un terreno particolarmente fertile per l'applicazione dei meccanismi di rinegoziazione.

L'esigenza di evitare la paralisi del progetto e la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta ovvero per l'eccessiva onerosità relativa ad un singolo rapporto non sostituibile (o sostituibile con costi o tempistiche incompatibili con il progetto) induce a verificare la percorribilità di un riequilibrio dei rapporti economici, indagando se tale possibilità debba rimanere confinata entro gli schemi dell'autonomia privata ovvero se possa individuarsi nel nostro ordinamento un principio generale, cui risulti connessa una corrispettiva facoltà di intervento del giudice.

Analizzato il concetto di sopravvenienza, definito nei suoi esatti confini, si procederà con l'indagare gli strumenti riequilibrativi elaborati dalla prassi e, successivamente, l'obbligo rinegoziativo, secondo le sue fonti, volontarie e legali, per giungere a valutare l'esistenza di un generale principio dell'ordinamento conforme a tale obbligo. Se parte della dottrina italiana, percorrendo diverse vie argomentative, si è già espressa in tal senso, così come le normative di alcuni Paesi europei, tra cui Germania e Olanda, si pone l'opportunità di comprendere se una simile logica possa essere trasfusa anche nell'ambito del contratto unitario con comunione di scopo.

¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 47.

2. Il rapporto tra sopravvenienze e presupposizione

Al fine di poter discorrere del fenomeno della rinegoziazione, appare preliminarmente necessario esaminare il concetto di “sopravvenienza” e tracciare un campo di indagine definito anche in rapporto all’istituto della presupposizione.

Sotto un primo profilo, infatti, l’accoglimento giurisprudenziale della nozione di causa concreta permette di ridefinire i confini applicativi delle sopravvenienze: da un lato attraverso la riconduzione degli eventi voluti dalle parti ma inesistenti *ab origine* entro i confini della nullità; dall’altro attraverso un allargamento delle ipotesi che permettono l’applicazione del rimedio codicistico risolutorio. Prendendo spunto da un recente indirizzo giurisprudenziale originato da un contratto di “vacanza tutto compreso”² la Cassazione dimostra come, attraverso la nozione di causa, possano divenire giuridicamente rilevanti situazioni che rendano la prestazione pattuita non più corrispondente all’interesse creditorio, esonerando da responsabilità il debitore.

Si conferisce, dunque, valenza giuridica a situazioni che prima del succitato orientamento giurisprudenziale dovevano trovare protezione entro i più incerti confini della presupposizione.

L’interesse per una simile ricostruzione non rimane a sè stante: evidenziare l’esistenza di una macro-categoria di eventi “non impossibilitanti”, che non si esaurisce nella sola ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, permette di riflettere poi su eventuali (residui) margini di interesse delle parti per l’applicazione di un rimedio diverso da quello risolutorio.

Una simile riflessione, apparentemente di mero rilievo teorico, presenta, in realtà, interessanti ricadute applicative nei contesti dei contratti plurilaterali, quale il *project financing*, in cui possono emergere interessi per l’applicazione di un rimedio manutentivo più ampi di quelli riscontrabili normalmente nella classica categoria dei contratti di scambio a prestazione istantanea, da valutarsi in riferimento al più articolato scopo dell’operazione economica, comune a tutti i soggetti che vi prendono parte.

La premessa da cui partire è, dunque, la definizione dei confini dell’indagine e i rapporti con l’istituto della presupposizione. Definire cosa essa sia è opera non facile,

² Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte nel Cap. II e, in particolare, § 6 e ai riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi citati.

tanto per la sua origine interamente dottrinale, priva a tutt'oggi in Italia di riscontri normativi, quanto per le incertezze ricostruttive³ che rendono ancora attuale e vivace il dibattito circa la sussumibilità dell'istituto alla condizione inespressa⁴, all'errore sul motivo determinante⁵, alla ricostruzione in termini di interpretazione del contratto in buona fede⁶, di causa concreta, di allocazione del rischio contrattuale⁷; nonché, circa quale sia il rimedio ivi connesso tra nullità, invalidità, risoluzione e recesso.

Genericamente, la presupposizione potrebbe definirsi come sopravvenuta mancanza di circostanze presupposte dalle parti che pregiudicano l'esecuzione del contratto senza determinare l'impossibilità di nessuna delle prestazioni in esso dedotte⁸, per poi assumere, nelle diversi elaborazioni dottrinali che l'hanno vista protagonista, sfumature e significati differenti⁹.

Così, nella sua prima formulazione, risalente al pensiero di Bernard Windscheid della metà del XIX secolo¹⁰, la presupposizione poteva definirsi quale "caduta" o "modifica del fondamento negoziale" (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)¹¹, basata su un meccanismo di «condizione non sviluppata», una limitazione inespressa della volontà dichiarata. Windscheid affermava, in particolare, che «chi manifesta una volontà sotto una presupposizione vuole, al pari di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti; ma egli non giunge sino a far dipendere l'esistenza dell'effetto da questo stato dei rapporti. La conseguenza di ciò è che

³ Per un'ampia ricostruzione delle diverse soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza, si v. IANNELLI, *La presupposizione come motivo comune alle parti*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 481; RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario al codice civile, sub. Art. 1467-1469*, Bologna, 2010.

⁴ In senso critico RESCIGNO, *Condizione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 418; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 144.

⁵ MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 102; PONTANI, *La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all'errore ed alla causa*, in *Quadrimestre*, 1991, 857.

⁶ OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1973, 320; FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 70.

⁷ BESSONE, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1966, 326; ID., *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 207; ID., *Errore sul motivo, fauste cause e questioni di presupposizione*, in *Foro it.*, 1972, IV, c. 35; ID., *Principio della presupposizione e interpretazione del contratto*, in *Foro pad.*, 1972, I, 265; ID., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 281; ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1986, 619; GABRIELLI, *Alea e rischio*, Napoli, 1997, 115.

⁸ BESSONE, DANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326.

⁹ Per un approfondimento si v. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., 418; GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, in ID., *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, 2335.

¹⁰ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di FADDA, BENZA, I, 1, Torino, 1930, 333.

¹¹ COMPORTELLI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 102.

l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero e proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà (con ciò non si vuol dire semplicemente che, conoscendo, ossia prevedendo il vero stato delle cose, non si sarebbe determinata la volizione), e quindi la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione che la giustifichi»¹². Una simile concezione appariva, al suo ideatore, pienamente conforme al principio di garanzia della volontà dei soggetti contraenti che imperniava di sé la dottrina pandettistica dell'epoca, tanto da legittimare un'indagine della stessa anche nelle sue componenti psicologiche.

Così, al pari della condizione espressa, la presupposizione determina il contenuto del rapporto giuridico in quanto la dichiarazione di volontà è implicitamente subordinata ad uno stato di fatto specifico. Una sorta di motivo che, tuttavia, acquista rilevanza in quanto parte integrante della stessa dichiarazione di volontà¹³: una condizione tacita, da intendersi come limitazione inespressa dalla volontà dichiarata¹⁴.

Tuttavia, le critiche a simile ricostruzione non mancarono fin da subito anche nel panorama tedesco, osservandosi come la *Voraussetzung* non fosse altro che un motivo¹⁵, come tale irrilevante, nel rispetto della primazia assoluta della *willensherrschaft* del codice civile tedesco del 1896 che vedeva il suo culmine nel recepimento del concetto di negozio giuridico.

Numerosi furono i tentativi di superamento delle ritenute criticità di tale impostazione¹⁶, abbandonando le concezioni volontaristiche in favore di una ricostruzione della presupposizione in chiave oggettiva. Sostanzialmente, si dava rilievo all'insieme delle circostanze che motivavano la proposta o l'accettazione, creando aspettative o previsioni di una parte condivise dall'altra o comunque note alla controparte e si affermava come la *Geschäftsgrundlage* (c.d. teoria del fondamento del contratto) fosse formata, quindi, dalla rappresentazione (*Vorstellung*) delle parti circa l'esistenza ovvero la sopravvenienza di certe circostanze, sulla base

¹² WINDSCHEID, op.ult. cit., 334.

¹³ GIRINO, *La presupposizione. La dottrina di Windscheid*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 776; CALVO, *La codificazione della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo §313 BGB)*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 775.

¹⁴ GIACOBBE, *La presupposizione*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Il contratto in generale*, III, t. 2, 488.

¹⁵ SERIO, *Presupposizione*, in *Digesto Civ.*, XIV, Torino, 1996, 294.

¹⁶ OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921.

delle quali veniva ad esistenza la volontà contrattuale da esse manifestata. Rappresentazione che poteva essere condivisa dalle parti ma che poteva, affinché rilevasse, essere anche semplicemente conosciuta dalla controparte, che si impegnava ad adempiere alla luce della comune base contrattuale del negozio¹⁷.

In ciò si differenziava dai motivi: questi appartengono alla logica di una dichiarazione, mentre la *Geschäftsgrundlage* esce dal campo meramente psicologico per divenire fondamento del contratto: per l'appunto, base contrattuale del negozio.

In tale prospettiva, si giunse anche a distinguere tra il fondamento soggettivo del contratto (*subjektive Geschäftsgrundlage*) e il fondamento oggettivo (*objektive Geschäftsgrundlage*), intendendosi con il primo la rappresentazione comune ai contraenti; con il secondo il complesso delle circostanze la cui esistenza o conservazione è un presupposto coerente con lo spirito del regolamento contrattuale, a prescindere dalla conoscenza che ne avessero le parti¹⁸, cui risulta connesso il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Anche in Italia la teoria della presupposizione trovò terreno fertile¹⁹, sebbene formalmente non accolta dal legislatore: dapprima, con il codice civile del 1865, per

¹⁷ CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, 12.

¹⁸ LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung veränderter Umstände*, in *Zivilrecht*, München-Leipzig, 1951, 21; BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, cit., 281.

¹⁹ OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1; ID., *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, *ivi*, 1913, 471; ID., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 356; OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 328; ID., *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 15; GIOVENE, *Sul fondamento specifico dell'istituto delle "sopravvenienze"*, *ivi*, 1921, I, 177; ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *ivi*, 1938, I, 366; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; ID., *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, in *Foro pad.*, 1971, I, 804; ID., *Principio della presupposizione ed interpretazione del contratto*, *ivi*, 1972, I, 265; ID., *Ratio legis dell'art. 1467 c.c., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1979, 5; ID., *Impossibilità economica della prestazione, clausola generale di buone fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49; SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 163; BIGIARI, *In tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 173; MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, cit., 70; BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 239; ALPA, *Regole di mercato e disciplina del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 22; PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 735; COSTANZA, *La presupposizione nella giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1984, 597; ID., *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 293; ID., *La teoria della presupposizione*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Torino, 2009, 571; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979; BESSONE, D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 341; PIETROBON, *La presupposizione*, in *Quadrimestre*, 1987, 602; FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 54; CHECCCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti, (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*,

l'assenza di una qualsiasi disciplina in tema di sopravvenienze; poi, per un'iniziale mancata comprensione della potenziale portata applicativa dell'art. 1467 c.c.

Gli studi iniziali sulla presupposizione, in un'ottica soggettivistica che risentiva dell'influsso tedesco, hanno fatto riferimento alla c.d. teoria delle sopravvenienze e, in particolare, al dibattito relativo alla validità della clausola *rebus sic stantibus*²⁰: identificando presupposizione e sopravvenienze²¹, si proponeva di annoverare tra gli elementi negoziali essenziali anche gli stati di fatto presupposti dalle parti²², affermando che ad ogni contratto sarebbe apposta implicitamente una clausola *rebus sic stantibus*²³, cosicché una sua alterazione avrebbe comportato l'invalidità del contratto. Altri autori, invece, ne sottolineavano le differenze, ritenendo che la sopravvenienza, diversamente della presupposizione, si riferisse solo ad eventi futuri e imprevedibili²⁴ ovvero esterni al contenuto negoziale²⁵.

Alternativamente, ma pur sempre in un quadro volontaristico, la presupposizione veniva qualificata come errore sul motivo determinante manifestato alla controparte²⁶ e da questa non contestato ovvero veniva ricondotta nella nozione di causa, intesa

1991, I, 229; TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis*, in *Int. Rev. Law & Econ.*, 1991, 63; BIANCA, *Il contratto*, cit., 425; COMPORI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, cit., 102; COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 3; CALDERONI, *Presupposizione e disciplina del contratto*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3161; GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 843; PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 673; DEGLI'INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 79; VIOLA, *La presupposizione nella giurisprudenza recente*, in *Studium iuris*, 2010, 756; FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 331; SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 395.

²⁰ COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1913, 424; OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., 353; FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 54.

²¹ Cass., 19 febbraio 1937, n. 141, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1007; Cass., 29 luglio 1938, n. 3088, *ivi*, 1939, I, 85; Cass., 24 giugno 1940, n. 2079, in *Foro it.*, 1941, I, c. 511.

²² COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, cit., 424.

²³ OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, cit., 1.

²⁴ DE SIMONE, *Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 34; MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, cit., 78; nonché in giurisprudenza Cass., 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1981; Cass., 6 gennaio 1979, n. 37, in *Riv. notariato*, 1970, 523.

²⁵ OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, cit., 10.

²⁶ MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, cit., 102.

all'epoca come scopo del negozio, per attribuire una maggiore elasticità²⁷ al contratto.

Giunti alla vigilia del codice del 1942, la dottrina discuteva, quindi, quale soluzione adottare per tutelare le parti da fattori di squilibrio contrattuale non previsti né prevedibili al momento dello scambio dei consensi, ma in grado di alterare l'equilibrio delle prestazioni. Le due ipotesi erano, da un lato, quella di applicare il principio *pacta sunt servanda*, dall'altro quello di accogliere un nuovo meccanismo giuridico espresso della clausola *rebus sic stantibus*.

Con l'elaborazione del Codice del 1942, si scelse di regolare le sopravvenienze con la previsione di due apposite norme: l'art. 1463, con riferimento all'impossibilità sopravvenuta delle prestazione e l'art. 1467 relativamente alla sopravvenuta eccessiva onerosità della stessa; nonché di adottare un concetto di causa identificabile con la ragione economico-sociale dell'affare.

Con un richiamo alle concezioni volontaristiche, parte della dottrina individuava nell'art. 1467 c.c. la codificazione del principio espresso dalla clausola *rebus sic stantibus*²⁸ e, in quanto coincidente, la nozione di presupposizione²⁹.

Tale impostazione è stata, tuttavia, fortemente avversata dall'orientamento maggioritario³⁰, seguito dalla giurisprudenza che aderiva a un concetto di presupposizione basato sulla teoria oggettiva di *Geschäftsgrundlage*. Il risultato è stato una costruzione, assimilabile al concetto oggettivo di causa, che intende la presupposizione come «fondamento dell'affare», «situazione base», «presupposto comune» ad entrambi i contraenti, i quali «sulla sua esistenza e persistenza hanno fondato il loro consenso, senza dedurre l'evento presupposto *in condicione*»³¹.

²⁷ BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 137; SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, 95.

²⁸ FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 55.

²⁹ DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1972, 127. *Contra* BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467 cc. e risoluzione per eccessiva onerosità ed alea normale del contratto*, cit., 541.

³⁰ BESSONE, "Presupposizione" di eventi e circostanze dell'adempimento, in ALPA, BESSONE, *Rischio contrattuale ed autonomia privata*, Napoli, 1982, 293, il quale critica il tentativo di derivare dall'art. 1467 c.c. la disciplina di evenienze diverse dall'imprevedibile, riconducendo alla norma quegli «eventi che costituiscono terreno di applicazione della presupposizione».

³¹ BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, 1327. La prima sentenza ad aver attribuito rilevanza alla presupposizione è Cass., 15 febbraio 1932, n. 351, in *Mass. Foro it.*, 1932, 116: «presupposizione è quella circostanza ed evento che, sebbene non svolto, costituisce pur sempre parte od elemento del contenuto volitivo, circoscrivendone l'efficacia».

La *ratio* dell'art. 1467 c.c., infatti, non va ricercata né nella clausola *rebus sic stantibus*, né nel concetto di presupposizione, ma nel difetto funzionale della causa³², elidendo, dunque, la possibilità di individuare in tale disposizione il fondamento della presupposizione³³.

Anche la giurisprudenza applica l'istituto della presupposizione richiamando, non sempre con linearità³⁴, le diverse teorie elaborate in dottrina, così dimostrando, come «la presupposizione costituisce un tema tipicamente trasversale, che interseca i territori dell'errore e della sopravvenienza, della condizione, dei rapporti fra volontà espressa e tacita, dell'interpretazione del contratto e, infine, della relazione tra causa e motivi»³⁵.

In questo intricato quadro ricostruttivo, deve, tuttavia, rilevarsi come non tutti gli eventi genericamente riconducibili alla nozione di presupposizione possano essere trattati indistintamente e congiuntamente: così, per fare riferimento a due celebri situazioni, il caso relativo alla compravendita del terreno agricolo in relazione al quale le parti confidano nell'imminente conversione in edificabile non può trovare la

³² PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 127; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1995, 25.

³³ SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, cit., 166; BESSONE, D'ANGELO, *Presupposizione*, cit., 341; GIRINO, *Presupposizione*, cit., 781; ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 213; SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nella vicenda della edificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2340; GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 275; GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1739; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997, 400; GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1998, 387; COMPORZI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, cit., 104; BIANCA, *Il contratto*, cit., 464.

³⁴ Infatti, in alcune pronunce (Cass., 15 febbraio 1932, n. 351, cit.) la Suprema Corte rimanda alla condizione, statuendo che «la presupposizione (o condizione non sviluppata o inespressa) è configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto, comune e determinante, della volontà negoziale, la mancanza del quale comporti la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non sia fatto espresso riferimento»: così Cass. 9 novembre 1994, n. 9304, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2882.

In altre, invece, assumono rilievo i motivi (Cass., 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 173) o il fine sostanziale, stabilendo che «la mancata espressa indicazione del fine sostanziale per cui una parte s'induce a contrattare non esclude la nullità del negozio se il fine era noto alla controparte come presupposto del contratto». In altre ancora (Cass., 12 marzo 2005, n. 544, in *Foro it.*, 2005, I, c. 233) si attribuisce rilevanza giuridica alla presupposizione in senso soggettivo, a due condizioni: i) se si tratta di un'errata rappresentazione o previsione comune a entrambe le parti e ii) se essa è relativa a una situazione o a un evento importante per entrambe. Solo in questo caso la presupposizione «si distacca dalla sfera dei motivi contrattuali per divenire parte integrante del contenuto del contratto», ricorrendo l'istituto in questione «quando una determinata situazione di diritto o di fatto costituisce il presupposto comune ad entrambi i contraenti, per modo che la considerazione di quella situazione forma parte della dichiarazione di volontà».

³⁵ ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato diritto privato*, Milano 2001, 1041.

medesima soluzione del caso della locazione del balcone per assistere all'incoronazione reale, poi rinviata. La presupposizione assume, infatti, «un diverso valore a seconda che abbia per oggetto una situazione falsamente presupposta come esistente al momento della conclusione del contratto oppure riguardi il successivo mutamento della situazione originariamente presupposta. Nel primo caso il contratto è nullo per mancanza di causa in concreto, non essendo in grado di assolvere la funzione economica-sociale che gli è propria; nel secondo caso è, invece, affetto da un vizio funzionale che ne determina la risoluzione»³⁶. In particolare, così intesa, la presupposizione assumerebbe una doppia valenza³⁷: fonte di invalidità quando la situazione voluta dalla parti manca *ab origine*; fonte di risoluzione allorquando l'evento sopraggiunge e fa venire meno la funzione del contratto, determinando un'alterazione funzionale della causa³⁸.

La teoria della causa concreta, già proposta prima dell'odierna codificazione e risposta alla fine degli anni Settanta³⁹, sembra oggi quanto mai illuminante e calzante, alla luce dell'accoglimento della nozione di causa quale funzione economico-individuale⁴⁰. Quella che era stata autorevolmente definita come la “falsa presupposizione”⁴¹ può, dunque, trovare soluzione attraverso la regola di nullità del contratto per assenza di uno dei requisiti fondamentali, la causa⁴². Analogamente, allorquando i fatti presupposti sono comuni alle parti ed assunti dalle stesse come certi, con carattere di obiettività, il loro venir meno in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto non può non essere preso in considerazione in relazione al profilo causale⁴³.

³⁶ GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 555.

³⁷ BELFIORE, *La presupposizione, Il contratto in generale*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2003, 1.

³⁸ GALGANO, *Il contratto*, cit., 554; AMBROSOLI, *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Contr.*, 2006, 1079.

³⁹ Si v. Cap. II, § 6.

⁴⁰ Per un'analisi delle similitudini e differenze tra presupposizione e presupposti causali si v. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 293.

⁴¹ PIETROBON, *Presupposizione*, cit., 590; ID., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

⁴² COSTANZA, *Della causa di presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 291; PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, cit., 735; REVIGLIONO, *La cosiddetta “falsa presupposizione”*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 793; ANDREATTA, *Ancora poca chiarezza sulla natura giuridica della presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3251; PETRONE, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, in *Obbl. e contr.*, 2005, 163. Così Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Giust. civ.*, 1976, I, 977.

⁴³ BELLUCCO, *La presupposizione tra diritto e realtà*, in *Foro pad.*, 2012, I, 212.

Fatta eccezione per un'isolata pronuncia⁴⁴ che accoglieva le preoccupazioni della dottrina⁴⁵ per cui un elemento essenziale, qual è la causa, non può venire a mancare dopo la conclusione di un contratto in ragione della potenziale lesione dei diritti acquisiti dai terzi, la Suprema Corte⁴⁶ dimostra di applicare il rimedio della risoluzione, argomentando come lo stesso risulti correttamente esperibile anche nell'ipotesi in cui il venir meno della realizzabilità della causa concreta del contratto sia dovuta ad un'inutilità della prestazione da parte del creditore e non solo, dunque, nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione stessa: un'equiparazione, in sostanza, tra l'impossibilità sopravvenuta e il mancato conseguimento dello scopo del contratto o, altrimenti detto, una frustrazione della causa del contratto dovuta alla sopravvenuta inutilità della prestazione⁴⁷.

Accogliendo la nozione di causa concreta, si osserva, infatti, come, sebbene vi sia una distinzione concettuale tra le due situazioni, non essendo la seconda ipotesi strettamente riconducibile né alla previsione dell'art. 1463 c.c. né dell'art. 1464 c.c.,

⁴⁴ In senso divergente rispetto alla giurisprudenza dominante, solo Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Foro it.*, 2007, I, c. 832, in cui la Corte, discostandosi dall'orientamento tradizionale, ha stabilito che «la presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso "esterna", che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra -, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso».

AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1181; BERTOTTO, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 309.

Le argomentazioni elaborate circa la presupposizione quale specifico presupposto oggettivo che deve essere tenuto distinto sia dai c.d. presupposti causali sia dai c.d. risultati dovuti richiamano quelle di autorevole dottrina, BIANCA, *Il contratto*, cit., 463 che definisce la presupposizione come «quei fatti o circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni, assumono un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale». L'A. ritiene che, a fianco dei presupposti oggettivi generali (le condizioni di mercato e della vita sociale) che incidono sull'economia del contratto, vi sarebbero, infatti, anche dei presupposti specifici del contratto che rappresenterebbero il terreno di applicazione della presupposizione. Il venir meno della presupposizione non determina l'automatica risoluzione del contratto bensì il rimedio del recesso unilaterale in favore della parte per la quale il vincolo contrattuale è diventato insostenibile o inutile ed anche nelle ipotesi in cui il presupposto oggettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile da verificarsi.

⁴⁵ AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 116.

⁴⁶ Cass., 24 marzo 2006, n. 6631, in *Foro it.*, I, c. 441; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 531; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921.

⁴⁷ ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, 930; BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contr.*, 2008, 786; NARDI, *Contratto di viaggio tutto compreso e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 531; IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Giur. it.*, 2008, 1133; PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. notariato*, 2010, 1219.

tuttavia, risulti ad ogni modo applicabile il rimedio risolutorio in via analogica⁴⁸, trattandosi di eventi che incidono sulla causa concreta del contratto.

Da una parte, dunque, patologia dell'atto; dall'altra difetto nell'attuazione del programma, in cui, ad ogni modo, la nozione di causa concreta rimane centrale, essendo possibile "proiettare la causa stessa sulla fase di esecuzione del rapporto, operazione che il legislatore compie con l'oggetto del contratto, elemento essenziale che trova un suo corrispondente nella fase attuativa del negozio nella disciplina dell'impossibilità della prestazione"⁴⁹.

Potrebbe, dunque, affermarsi che oggi il terreno originariamente occupato dall'istituto della presupposizione sia stato lentamente eroso da altri istituti: dalla causa in concreto, da un lato; dalla frustrazione dello scopo del contratto, dall'altro.

Come a dire: l'ordinamento non necessita di ricorrere all'istituto della presupposizione, non accolto nel nostro codice e discusso e criticato in dottrina, poiché il suo campo di applicazione ben può essere occupato da altri istituti, viceversa pacificamente accolti, giungendo, di fatto, a similari risultati applicativi.

2.1. Le sopravvenienze non impossibilitanti: la soluzione tedesca

Il quadro storico risulta il tassello fondamentale per la comprensione dell'osservazione sopra condotta: la presupposizione nasce in un contesto in cui le parti erano tenute alla prestazione dedotta in contratto a prescindere da qualsiasi sopravvenienza si verificasse, secondo il noto brocardo *pacta sunt servanda*; in cui, dunque, non rilevava l'impossibilità sopravvenuta e neppure l'eccessiva onerosità; in cui l'assenza di disciplina delle summenzionate sopravvenienze induceva a ritenere sovrapponibili le nozioni di presupposizione e di clausola *rebus sic stantibus*; in cui l'affidamento di una parte non trovava protezione.

Il codice italiano del 1942 si pone come fortemente innovativo nel panorama europeo, prevedendo legislativamente l'ipotesi e la tutela per i casi di eccessiva onerosità sopravvenuta, provocando, in realtà, un irrigidimento di sistema giunto

⁴⁸ AIELLO, *L'applicazione del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 310.

⁴⁹ AIELLO, *op. ult. cit.*, 311.

solamente negli ultimi anni a prendere in considerazione una più ampia macrocategoria di eventi sopravvenuti non impossibilitanti che, come a breve si dirà, trovano soluzione attraverso la frustrazione della causa concreta, riecheggiando la nozione di *frustration of the consideration*, propria degli ordinamenti di *common law*.

Nel sistema tedesco ante-riforma del 2002⁵⁰, l'unico riferimento normativo alle sopravvenienze passava attraverso il concetto di *Leistungsverstorungen*, che ricomprendeva tutte le ipotesi di inadempimento, imputabile e non, discutendo la dottrina tra le qualificazioni dell'impossibilità oggettiva (*Unmöglichkeit*) ovvero soggettiva (*Unvermogen*); nonché tra impossibilità imputabile e non imputabile e riconducendo l'ipotesi dell'eccessiva onerosità ora all'una ora all'altra categoria, in assenza di una disciplina sulla sopravvenienze non impossibilitanti.

Il rifiuto delle elaborazioni di Windscheid⁵¹ parrebbe, dunque, non essere legato all'idea della presupposizione *ex se* e ai suoi incerti profili quanto al più generale rifiuto di accogliere la clausola *rebus sic stantibus* e di ammettere che il debitore potesse essere esonerato da responsabilità per non aver adempiuto alla prestazione in conseguenza di sopravvenute circostanze, tra cui l'eccessiva onerosità.

Se nelle prime formulazioni tedesche la presupposizione veniva costruita in termini di *Voraussetzung*, le successive ricostruzioni si mostrano più pragmatiche, di fronte all'esigenza primaria di dare una risposta ai casi di eccessiva onerosità⁵².

L'eccessiva onerosità era stata dapprima risolta attraverso un'applicazione estensiva delle norme in tema di impossibilità⁵³ parziale (§ 325 BGB), ovvero attraverso un'estensione della disciplina in tema di impossibilità assoluta (giuridica o materiale)

⁵⁰ Per un'ampia analisi del sistema tedesco, si v. MACARIO, *Adeguamento del contratto e obbligo di rinegoziare nel diritto italiano e tedesco. Contributo di diritto comparato alla luce del diritto europeo dei contratti. Atti del convegno "Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi". XXI Congresso: Problemi attuali della responsabilità e dell'illecito in Italia e in Germania*, 6-7 ottobre 2006, Catania e parzialmente consultabile in www.lex.unict.it/connections/congressoitalotedesco/macario_it.pdf; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; ID., *Le sopravvenienze*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, I Rimedi, 2, Milano, 2006, 729; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, 2008, 1026; GALLO, *Sopravenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, cit.

⁵¹ Inizialmente accolte nel § 742 del primo progetto di formulazione del BGB.

⁵² ZWEIGERT-KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tubingen, 1984, 242.

⁵³ MARKESINIS, LORENTS, DANEMANN, *The Law of Contracts and Restitution: A comparative Introduction*, in MARKESINIS (a cura di), *The German Law of obligations*, I, Oxford, 1997, 398; SACCO, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, 53; WERTHEIMER, *Die Leistungsstörungen im Bürgerlichen Recht*, Berlino, 1998, 678; MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Monaco, 2000, 179.

anche all'impossibilità relativa, in cui veniva ricondotta l'impossibilità economica (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), per giungere, infine, a risolvere dette situazioni applicando le norme relative all'esecuzione in buone fede ai sensi degli § 157 e § 242 BGB⁵⁴. Si deve notare come in tale ultima applicazione giurisprudenziale che fa perno sul concetto di buona fede⁵⁵ venissero assimilate le ipotesi di sopravvenienze che influiscono sul valore della prestazione a quelle che rendono la prestazione inesigibile o non più corrispondente all'interesse del creditore, in una sorta di parallelismo con le evoluzioni giuridiche dei sistemi di *common law* di cui si dirà a breve.

Il numero esiguo di casi in cui i giudici tedeschi riconoscevano l'esonero di responsabilità del debitore nelle ipotesi di eccessiva onerosità era dovuto all'individuazione del fondamento giustificativo nella sopravvenuta impossibilità di raggiungere l'obiettivo delle parti, secondo l'equilibrio statuito dalle stesse in un dato contratto. Ne conseguiva che la sopravvenuta eccessiva onerosità dovesse configurarsi quale straordinaria e totalmente imprevedibile alterazione del sinallagma economico che ne rendeva impossibile il raggiungimento dell'obiettivo.

E, infatti, il perfezionamento delle teorie della presupposizione e la loro riformulazione nel concetto di *Geschäftsgrundlage*⁵⁶ ha permesso di fronteggiare le ondate inflazionistiche *post* prima guerra mondiale⁵⁷, dimostrando ancora una volta lo stretto rapporto tra "circostanze poste a fondamento di un contratto", sopravvenienze economiche e svalutazione monetaria⁵⁸. «Non ogni evento imprevedibile giustific(ava) la concessione della tutela ma solamente quello che produc(eva) una radicale modifica o caduta delle circostanze sulle quali poggia(va) il contratto di modo che risult(asse) intollerabile, in quanto contrario alla legge ed al principio generale di buona fede del § 242 BGB, il costringere le parti alla

⁵⁴ TRAISCI, *Sopraavvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, 97.

⁵⁵ Reichsgericht, 10 ottobre 1918, in *RGZ*, 94, 68.

⁵⁶ Poi, ulteriormente, circoscritta in termini di *objektive Geschäftsgrundlage*.

⁵⁷ Reichsgericht, 21 settembre 1920, in *RGZ*, 100; Reichsgericht, 3 febbraio 1922, in *RG*, 103, 328; Reichsgericht, 6 gennaio 1923, in *RGZ*, 106, 7; Reichsgericht, 28 novembre 1923, in *RGZ*, 107, 78; Bundesgerichtshof, 14 ottobre 1959, in *NJW*, 1959, 2203. DAWSON, *The Effects of Inflation in Private Contrats: Germany 1914-1924*, in *Mich. Law Rev.*, 1934, 171.

⁵⁸ MARKESINIS, LORENTS, DANEMANN, *The Law of Contrats and Restitution: A comparative Introduction*, cit., 530 e i riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

prosecuzione del rapporto sulle basi iniziali»⁵⁹, riconoscendosi, ancora una volta, la rilevanza tanto dell'alterazione dell'equilibrio economico tra prestazioni quanto dell'inesigibilità della prestazione ove si fosse verificata un'impossibilità che incideva sulla conseguibilità dello scopo "rilevante ma ulteriore del contratto"⁶⁰.

Lo sviluppo delle sopravvenienze non impossibilitanti si è, dunque, sempre mosso, in parallelo, tra il venir meno dell'equivalenza economica tra le prestazioni contrattuali, e i casi in cui la sopravvenienza rende non più corrispondente all'interesse creditorio⁶¹ l'adempimento della prestazione, in quanto l'obiettivo che le parti volevano perseguire è stato frustrato, discorrendosi così di uno scopo ulteriore rispetto alla causa del contratto (*Vertragszweck*). Il richiamo appare forte con il concetto di causa concreta oggi abbracciato anche dalla giurisprudenza italiana.

La novella del 2002 del § 275 BGB⁶², valorizzando proprio il profilo della funzione causale del contratto, sembra essersi mossa nella direzione di allargare il concetto di impossibilità scusante fino a ricomprendervi le ipotesi di inutilità dell'esecuzione della prestazione. Parte della dottrina⁶³ ha osservato come detta norma abbia determinato l'accoglimento di un'unitaria categoria onnicomprensiva dell'impossibilità fisica e giuridica, dell'eccessiva onerosità e della sopravvenuta carenza di interesse creditorio al ricevimento della prestazione, in quanto ipotesi accomunate dall'alterazione della causa concreta del contratto.

2.2. (Segue): l'approccio di *common law*

Sebbene secondo linee differenti, una simile evoluzione, incentrata sul concetto non tanto di sopravvenienza quanto sulla possibilità di liberare il debitore da una prestazione divenuta non più corrispondente all'interesse originario dedotto in contratto dalle parti, si è registrata anche nei sistemi di *common law*. In tali Paesi,

⁵⁹ TRAISCI, *Sopraavvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., 127.

⁶⁰ TRAISCI, op. ult. cit., 130.

⁶¹ OLG Bremen, 18 marzo 1952, in *NJW*, 1953, 1393; Bundesgerichtshof, 16 gennaio 1953, in *MDR* 1953, 282; Bundesgerichtshof, 11 marzo 1982, in *BGHZ*, 83, 197; BGH, 8 febbraio 1984, in *NJW*, 1984, 174; OLG Karlsruhe, 15 maggio 1992, in *NJW* 1992, 3176.

⁶² FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, 142.

⁶³ HUBER, FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, Monaco, 2002, 12. Si v., in precedenza, NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, cit., 847.

infatti, il concetto di *frustration of contract*⁶⁴ si è sviluppato in modo incrementale, in una lenta evoluzione che originava dall'impossibilità materiale e poi giuridica per giungere solo successivamente alla tutela delle ipotesi in cui il creditore di una prestazione, per il verificarsi di fatti sopravvenuti, non ha più interesse al ricevimento della stessa, configurando l'eccessiva onerosità quale sottoipotesi di tale frustrazione, che in quanto tale trova tutela solo nel sistema statunitense ma non anche in quello inglese.

Dapprima, dunque, trovava rigida applicazione la regola di *sanctity of contract* secondo cui le parti contrattuali sono sempre chiamate ad una *absolute liability*, come affermata nel noto caso inglese *Paradine v. Jane*⁶⁵, giacché, ove le stesse non avessero previsto statuizioni contrattuali, implicitamente accettavano il rischio che la prestazione divenisse impossibile, rimanendo responsabili per il relativo inadempimento.

⁶⁴ BESSONE, *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equity*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 426; ID., *Svolgimento storico della Law of Contract, il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 491; CABELLA PISU, *L'impossibilità sopravvenuta come limite della responsabilità contrattuale nel diritto anglo-americano*, in *Contr. e impr.*, 1990, 630. Si v. altresì, BERMANN, *Excuse for Non-Performance in the Light of Contract Practices in International Trade*, in *Colum. Law Rev.*, 1963, 83 e anche in *Studi in memoria di Ascarelli*, Milano, 1969, I, 104; STEWART, CARTER, *Frustrated Contracts and Statutory Adjustment: the Case for a Reappraisal*, in *Cambr. Law Journ.*, 1992, 66; TRACKMANN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, in *MoD.L. Rev.*, 1983, 39; AUBREY, *Frustration reconsidered. Some Comparative Aspects*, in *Int. and Comp. Law Quart.*, 1963, 1165; HAYCROFT, WAKSMAN, *Frustration and Restitution*, in *Jour. Bus. Law*, 1984, 207; CHANDLER, *Self-induced frustration, foreseeability and risk*, in *North. Ir. Leg. Quart.*, 1990, 362.

⁶⁵ 82 Eng. Rep. 897 (1647): «[W]hen the party, by his own contracts, creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, *if he may*, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it». Il presente caso sarebbe, tuttavia, stato oggetto di una scorretta interpretazione, divenendo erroneamente il fondamento dell'*absolute liability*. I fatti oggetto della controversia riguardavano lo spossessamento delle terre date in concessione al *lessee*.

Tuttavia, mentre l'obbligazione del *lessee* consisteva nel pagamento periodico di una somma di danaro per il godimento dei terreni, la controprestazione del proprietario consisteva esclusivamente nella *conveyance*, essendo escluso dalle previsioni contrattuali un qualsiasi obbligo in capo al *lessor* di assicurare il pacifico godimento dei terreni. Lo spossessamento, dunque, nel caso di specie non rendeva la prestazione del pagamento del canone impossibile.

Il riferimento dei giudici all'impossibilità della prestazione sarebbe stato, dunque, riferito alla frustrazione dell'ulteriore scopo del *lessee*, ovvero sia quello di ricavare utili dalle terre al fine di poter poi provvedere al pagamento dei canoni e non già a quello del pagamento in sé.

Con riferimento alla regola dell'*absolute liability*, sotto il profilo dell'impossibilità giuridica, in cui sono ricomprese le ipotesi di illiceità della prestazione e di contrarietà ai principi di ordine pubblico, si v. il caso *Brewster v. Kitchell* 1 Salk. 1698 1 Wils. 21 S. In dottrina si v. WLADIS, *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, in *Georg. Law Jour.*, 1987, 1575.

Solo con la sola pronuncia *Taylor v. Caldwell*⁶⁶ si riconosce l'eccezione costituita dalle sopravvenienze connesse all'impossibilità materiale⁶⁷.

Restano, tuttavia, escluse le ipotesi di eccessiva onerosità della prestazione: a fronte di un tentativo rimasto isolato e non accolto di estendere la teoria dell'*impossibility* anche all'ambito dell' "impossibilità economica sopravvenuta", la successiva evoluzione si deve all'elaborazione della *doctrine of frustration of the purpose*, sulla base del caso *Krell v. Henry*⁶⁸. Secondo i giudici, la cancellazione del corteo reale, per assistere al quale era stato concluso un contratto di locazione di un balcone, comportava una frustrazione dell'interesse della parti di cui l'evento costituiva il fondamento giustificativo, la *foundation* del contratto.

Così, nel caso di impossibilità la *frustration* deriva da un oggettivo ed insuperabile impedimento al raggiungimento dell'obiettivo contrattuale; nei casi di *frustration of the purpose* dal venir meno dell'interesse al ricevere la prestazione, seppur ancora possibile.

⁶⁶ *Taylor & Anor v. Caldwell & Anor* [1863] EWHC QB J1, in cui si riconosce che l'impossibilità della prestazione dovuta a perimento non imputabile al debitore costituisce un limite legale all'obbligo di adempiere. Il giudice Blackburn ritenne che tra le parti sussistesse una condizione implicitamente voluta in base alla quale il perimento della cosa o il venir meno della persona avrebbero costituito esonero di responsabilità per l'inadempimento, giacché il permanere della situazione presupposta avrebbe costituito il *common object* del contratto.

⁶⁷ Così anche le ipotesi di perimento del bene senza che ciò derivi da dolo o colpa del debitore; di decesso o incapacità del debitore nei contratti in cui rileva l'*intuitus personae*. Per un'ampia ricostruzione si v. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., 185 ss.

⁶⁸ [1903] 2 K.B. 740. Tra i *coronation cases* si deve porre attenzione anche al caso *Chandler v. Webster*, di un solo anno successivo alla pronuncia *Krell v. Henry*, in cui, tuttavia, la vicenda si differenziava in quanto ad agire in giudizio era stato il conduttore per la restituzione dell'anticipo corrisposto. La pretesa argomentata in termini di *failure of consideration* non fu accolta dai giudici.

La decisione di *Chandler v. Webster* non deve essere, dunque, letta in contrasto con la dottrina della *frustration* in quanto il *distinguishing* riguarda il contenuto preciso dell'obbligazione del conduttore: poiché il locatore aveva richiesto il pagamento anticipato di *tutto* il canone e la cancellazione della processione era avvenuta successivamente alla scadenza dell'obbligazione del conduttore, il mancato pagamento di quanto pattuito aveva già determinato inadempimento, comportando l'impossibilità per il conduttore inadempiente di eccepire alcuna difesa e di vantare pretese restitutorie sull'anticipo, dovendo, anzi, provvedere al saldo del dovuto.

Il caso *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] A.C. 32; [1942] All E.R. 122, avrebbe, poi, *overruled Chandler v. Webster*, argomentando come, una volta *frustrated* l'obbligazione del locatore, anche l'obbligazione del conduttore deve considerarsi non dovuta per *total failure of consideration*, giacché le due prestazioni sono dipendenti tra di loro. La decisione presa nel caso *Fibrosa* sulla retroattività del rimedio restitutorio a seguito di frustrazione dello scopo sarebbe, infine, stata avallata dal *Frustrated Contracts Act* del 1943, in base al quale chi ha corrisposto la somma pattuita in esecuzione del contratto ha diritto alla restituzione del pagato (salva la possibilità che il giudice assegni una *reasonable sum* a copertura delle spese sostenute dalla controparte per l'adempimento della sua prestazione poi divenuta *frustrated*) ovvero, se la parte vi era tenuta contrattualmente ma non vi ha ancora adempiuto, cessa di essere obbligata alla relativa esecuzione.

Poiché, dunque, nelle ipotesi di eccessiva onerosità la prestazione rimane ancora possibile e poiché tendenzialmente tale evento economico non altera l'interesse del creditore, non può parimenti affermarsi che vi sia frustrazione della *consideration* del contratto⁶⁹. E, infatti, i giudici inglesi, nelle controversie note come *Suez Cases*⁷⁰ stabilirono che l'impossibilità di attraversare il canale di Suez, chiuso a causa di eventi bellici, non comportava una causa di risoluzione del contratto per il debitore in quanto sussisteva la possibilità di consegnare le merci effettuando un diverso percorso di navigazione, essendo irrilevanti le maggiori tempistiche necessarie e i maggiori costi che ne conseguivano. La prestazione sostanzialmente rimaneva conforme a quella pattuita tra le parti, senza che gli eventi sopravvenuti ne modificassero *in nuce* l'essenza.

In una simile prospettiva, dunque, ben si comprende la ragione per la quale solo nel caso in cui la nave, impossibilitata nell'attraversamento del canale, trasportasse beni deperibili⁷¹, venne concesso il *discharge* del debitore: in tal caso le tempistiche brevi entro cui la merce trasportata sarebbe scaduta comportava che l'attraversamento del canale fosse ritenuto dalle parti come modalità essenziale dell'adempimento, risultando incompatibile con tale genere di trasporto alimentare una diversa modalità di adempimento. La giustificazione di tale rimedio risiedeva, dunque, non tanto nell'eccessiva onerosità che sarebbe conseguita al diverso percorso marittimo che la nave avrebbe dovuto intraprendere, quanto all'impossibilità di soddisfare l'interesse delle parti sotteso alla conclusione del contratto⁷², in piena conformità a quanto precedentemente deciso nel caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd*⁷³.

⁶⁹ *Carapanayoti & Co., Ltd. v. E.T. Green, Ltd.* [1959] 1 Q.B. 131.

⁷⁰ *Ocean Tramp Tankers Corporation v. V/O Sovracht (the "Eugenia")*, [1964] 2 Q.B. 226 che *overruled* il caso *Société Franco-Tunisienne D'Armement v. Sidermar S.p.a. ("the Massalia")*, [1961] 2 Q.B. 278, non ritenendosi applicabile la dottrina della *frustration*: i noleggiatori della nave avevano attraversato il Canale di Suez dopo l'apertura delle ostilità tra Egitto e Israele, violando un'espressa clausola negoziale che impediva ai noleggiatori di far navigare l'imbarcazione in acque "a rischio" ma Lord Denning ritenne che, anche se la nave avesse effettuato il giro più lungo, la prestazione non sarebbe stata radicalmente diversa da quella originariamente pattuita poiché le merci trasportate non erano deperibili e il ritardo di circa trenta giorni non doveva considerarsi una situazione "*fundamentally different*" da quella originariamente prevista. Si v. altresì *Palmco Shipping v. Continental Ore Corp. ("the Captain Gerge K")*, [1970] 2 Lloyd's Rep. 21 e, per un confronto con le soluzioni dei giudici italiani, Cass., 18 settembre 1961, n. 2029, in *Giust. civ.*, 1962, I, 87; nonché il Lodo Arbitrale, 26 gennaio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 692; Trib. Milano, 5 dicembre 1974, in *Giust. civ.*, 1975, I, 679.

⁷¹ *Carapanayoti e Co.Ltd.v. E. T. Green Ltd*, cit.

⁷² In senso analogo *Morgan v. Manser* [1948] 1 K.B. 184, nonché i casi concernenti il conflitto tra Iran e Iraq: *International Sea Tankers Inc. v. Hemisphere Shipping Co. Ltd (The Wenjiang N. 2)*,

Le sopravvenienze non impossibilitanti – la disdetta del corteo; la chiusura del canale di Suez; le pessime condizioni meteorologiche – costituiscono eventi che rendono la prestazione *radically different* da quella voluta dalle parti e, dunque, sostanzialmente incompatibile con lo scopo economico dell'operazione contrattuale.

Il sistema inglese risulta esemplificativo di come il concetto di *frustration of the contract* costituisca una macrocategoria, che racchiude la specie dell'impossibilità sopravvenuta e la specie della *frustration of the consideration*, al cui interno è, a sua volta, possibile individuare l'ulteriore ipotesi dell'eccessiva onerosità, sebbene raramente ritenuta applicabile⁷⁴, che diverrà rilevante solo ove, per le concrete modalità con cui si espliciti, determini la nascita di una prestazione radicalmente diversa e tale da determinare una frustrazione dello scopo delle parti.

La distinzione tra sconvolgimento del programma contrattuale che determina l'irraggiungibilità dello scopo per cui il contratto era stato stipulato (area in cui, tradizionalmente, si parla di presupposizione), da un lato; e superamento dell'alea economica originariamente stabilita dalle parti, tale da determinare un forte squilibrio nel sinallagma così da comportare un'onerosità eccessiva rispetto al rischio assunto da una o da entrambe le parti, dall'altro, parrebbero quasi fondersi nell'unitario concetto di frustrazione della causa del contratto.

Diversamente, nel sistema statunitense, l'allargamento della nozione di *impossibility* all'ambito dell'eccessiva onerosità ha trovato successo, assumendo l'autonoma qualificazione di *commercial impracticability*, disciplinata alla s. 2.615 dell'UCC e al §§ 261 del *Second Restatement of Contracts*.

A fronte dei primi casi in cui si discuteva di indisponibilità, di perimento e di esaurimento⁷⁵ del bene più che di eccessiva onerosità in senso stretto, si è giunti a discorrere di un'*impossibility*⁷⁶ più ampia tale da ricomprendere anche ipotesi di

[1983] 1 Lloyd's Rep. 400; *Finelvet A.G. v. Vinava Shipping Co. Ltd* (The Chrysalis) [1983] 1 WLR 1469.

⁷³ (1874) 44 LJCP 27.

⁷⁴ *Staffordshire Area Health Authority v South. Staffordshire Waterworks Co* [1978] 1 WLR 1387.

⁷⁵ In tal senso, si v. i c.d. *Repaid Cases*, tra cui il *leading case* rappresentato da *Mineral Park Land Co. v. Howard* 156 P.458 (CaL. 1916); nonché *Hartford Fire Ins. Co. v. Riefolo Constr. Co.* 81 N.J. 514, 410 A.2d 658 (1980) e, ulteriormente, i c.d. *Crop failure cases*, tra cui *Dunavant Enterpr. v. Ford* 294 So.2d 788 (Miss.1974) e *ConAgra Inc. v. Bartlett Partnership* 540 n.w.2d 333 (neb. 1995).

⁷⁶ HALPERNS, *Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for the "Wisdom of Salomon"*, in *Un. Penns. Law Rev.*, 1987, 1123; JACOBS, *Legal Realism or Legal Fiction? Impracticability Under the Restatement (Second) of Contracts*, in *Com. Law Jour.*, 1982, 289; SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-best World*, in *Jour. Leg. Stud.*, 1990, 43;

impossibilità economica. Tuttavia, si deve notare come, anche in tale sistema, i profili dell'eccessiva onerosità non assumano connotati quantitativi⁷⁷, similmente alla logica caratterizzante il sistema italiano, bensì più marcatamente qualitativi⁷⁸. Si pone, dunque, l'attenzione non già all'aumento dei costi in quanto tale ma a quell'aumento che comporti una decisiva e significativa alterazione della natura della prestazione da eseguirsi, tale per cui, seppur possibile, la prestazione sarebbe divenuta inutile per l'esplicazione della causa del contratto, determinando una prestazione *essentially different from that for which the parties contracted*.

Se, dunque, il sistema statunitense mostra una maggiore propensione verso l'accoglimento delle teorie dell'eccessiva onerosità⁷⁹, si deve al contempo notare come la sua applicazione concreta risulti ad ogni modo abbastanza limitata: appare comunque sempre centrale l'idea dell'esplicazione della funzione del contratto e del raggiungimento ovvero dell'impedimento al conseguimento del suo scopo, tanto da indurre ad affermare che le potenziali sopravvenienze economiche potrebbero trovare soluzione attraverso l'applicazione della dottrina della *frustration of purpose*.

Così, oggi, con il termine di *frustration of the contract* possiamo ricomprendere tanto l'*impossibility* (casi in cui eventi imprevedibili ed eccezionali determinano l'impossibilità di eseguire una prestazione) quanto la *frustration of the purpose* o *frustration of the consideration* (alterazione dell'equilibrio originario del contratto) nonché, nel sistema statunitense, l'*impracticability*: tre *species* del *genus* sopravvenienze, in cui l'attenzione cade sempre sul profilo funzionale del contratto.

TRACKMANN, *Winner Take Some: Loss Sharing and Commercial Impracticability*, in *Minn. Law Rev.*, 1984, 471.

⁷⁷ In origine Llewellyn ne aveva proposto una interpretazione in termini di aumento dei costi di esecuzione dell'obbligazione raddoppiato o triplicato. In tal senso si v. *Mineral Park Land v. Howard*, cit.; *International Paper Co. v. Rockfeller*, 161 A.D. 180, 146 N.Y.S. 371 (1914).

⁷⁸ WLADIS, *Impracticability as Risk Allocation: The Effect of Changed Circumstances Upon Contract Obligations for the Sale of Goods*, in *Georgia Law Rev.*, 1988, 584.

⁷⁹ Emblematico, a tal riguardo, il caso *Aluminum Company of America (Alcoa) v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa 1980), di cui più ampiamente in seguito, in cui si riconobbe l'esistenza di un potere giudiziale volto a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale per mezzo di un riadeguamento dei prezzi ai mutati costi della prestazione (un *equitable reformation of the price*).

2.3. (Segue): la soluzione italiana

Alla luce di tale ricostruzione si può osservare come l'esempio dei *conoration cases* non risulta poi così dissimile dal caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte italiana, relativo al contratto di pacchetto di viaggio "tutto compreso", in cui la soluzione offerta dalla Corte passa attraverso la nozione di causa concreta e come, grazie alla nozione di *impracticability* americana, siano stati risolti dei casi di inutilità della prestazione dovuta ad una evoluzione delle tecnologie utilizzate nei settori di riferimento⁸⁰ che in Italia avevano, invece, trovato soluzione solo sulla base delle teorie della presupposizione.

Il codice italiano, nato dopo le travagliate vicende inflazionistiche della prima guerra mondiale⁸¹, introducendo innovativamente la disciplina dell'eccessiva onerosità⁸² ha, dunque, subito una sorta di irrigidimento avverso le (residuali) ipotesi di sopravvenienze non impossibilitanti, conducendo la giurisprudenza ad applicare l'istituto della presupposizione per non lasciare prive di tutela molte situazioni.

In una sorta di *climax*, conformemente anche alle evoluzioni dei Paesi analizzati, si registrerebbe: l'impossibilità sopravvenuta, già disciplinata nel codice del 1865;

⁸⁰ *McGinnis v. Cayton*, 312 S.E.2d 765 (S.C.A. 1984): nel 1893 le parti convenivano la concessione dello sfruttamento di gas e petrolio, epoca in cui tali prodotti non trovavano una diffusa applicazione anche a causa delle insufficienti tecnologie utilizzabili per la distribuzione. Circa cento anni dopo, mutato radicalmente il contesto economico e industriale, i proprietari del fondo chiedevano di modificare o annullare l'accordo perché *commercially unreasonable*. La Corte Suprema della West Virginia, riconoscendo la legittimità delle pretese degli attori e, dunque, la possibile applicazione dell'*impracticability*, rimise la decisione ai giudici di appello i quali preferirono, tuttavia, risolvere il caso applicando l'istituto dell'errore comune. Vicende analoghe furono sottoposte anche al vaglio dei giudici italiani, con riferimento ad un contratto di illuminazione a gas del Comune di Firenze poi divenuto inutile in seguito all'introduzione dell'energia elettrica (Corte Appello Firenze, 24 novembre 1891, in *Foro it.*, 1892, I, c. 393) e dei giudici francesi con riferimento ad un contratto di consegna della posta divenuto anch'esso inutile in seguito alla costruzione di una linea ferroviaria che collegava più comodamente il centro postale con la società. Si tratta del c.d. caso di Rouen, cui fa riferimento NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, cit., spec. 854, nota 16.

⁸¹ Nel sistema italiano dell'inizio del XX secolo simili disposizioni assumevano il carattere dell'eccezionalità: si pensi al D.L. 27 maggio 1915 n. 739 che, per le obbligazioni contratte anteriormente alle vicende belliche, riconosceva l'efficacia liberatoria dell'eccessiva onerosità; al R.D.L. 21 luglio 1927 n. 1316 che prevedeva meccanismi di rinegoziazione del prezzo per la P.A. ovvero di risoluzione del contratto ove l'aumento dei prezzi avesse superato il 30% del costo complessivo dei lavori; al R.D. 1 luglio 1926 n. 1130 che consentiva la revisione dei contratti di lavoro collettivi ed individuali anche prima della loro scadenza.

⁸² CABELLA PISU, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale, I, Inadempimento e rimedi*, cit., 487; ID., *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, *ivi*, 554; GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, 229; ZINGALES, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Dir. e formazione*, 2005, 691.

l'eccessiva onerosità sopravvenuta, introdotta con il codice del 1942; e l'irraggiungibilità dello scopo del contratto o, altrimenti detto, l'inutilizzabilità sopravvenuta in quanto la prestazione rimane possibile ma il creditore non ha più interesse a riceverla giacché il contratto nasceva per il raggiungimento di uno scopo, cristallizzato nella sua causa concreta, che gli eventi hanno frustrato.

Tra l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità si riscontra, quindi, l'esistenza di un'ulteriore categoria, quella dell'inutilità della prestazione, meglio nota come inesigibilità, nella quale confluiscono anche le ipotesi classificate sotto l'etichetta della presupposizione, in cui le parti hanno confidato in buona fede sul mantenimento di una situazione di fatto o di diritto che sussisteva al momento dell'accordo, una situazione non vaga e non incerta, obiettiva e comune alle parti o, ad ogni modo, percepibile dalla controparte, tanto da trovare giustificazione nella causa concreta del contratto. Una sopravvenienza, quindi, di tipo qualitativo, rispetto al rischio quantitativo dell'eccessiva onerosità. Dentro le maglie della categoria dell'inesigibilità vi rientrano certamente i casi in cui le parti hanno posto una particolare attenzione alla strutturazione fattuale, riponendo in essa un affidamento e determinando in essa l'equilibrio economico-normativo voluto (le ipotesi classiche di presupposizione⁸³) e tutte quelle ipotesi in cui gli eventi non previsti e non considerati dai contraenti hanno influito sulla prestazione, in astratto ancora eseguibile ma senza alcuna possibilità di realizzare lo scopo perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto, essendo venuto meno l'interesse creditorio.

Dunque, attraverso la nozione di inutilità della prestazione, ancorata e giustificata dall'accoglimento della nozione di causa concreta del contratto⁸⁴, possono trovare tutela diverse ragioni per le quali fino ad oggi si doveva scomodare la dibattuta

⁸³ MACARIO, *Le sopravvenienze e i fondamenti teorici della loro rilevanza giuridica: la dottrina della presupposizione*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 1176.

⁸⁴ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 8 osservava già prima dell'accoglimento della nozione di causa concreta da parte della giurisprudenza come la stessa, congiuntamente all'applicazione della clausola generale di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto, permettesse di risolvere i casi di presupposizione. Egli, in particolare, sottolineando la distinzione tra i concetti di buona fede e di equità e ancorando i suoi ragionamenti solo sul primo, affermava che non si sarebbe incorsi nel rischio "di una pura giurisprudenza di equità". La buona fede, infatti, secondo Mengoni, permette una valutazione del comportamento delle parti «alla stregua dei tipi di comportamento riconosciuti come norme sociali»; l'equità, invece, consente al giudice di fare ricorso ad un potere più ampio, adattando il regolamento negoziale per farvi entrare esigenze di giustizia, tenendo conto delle circostanze particolari del caso.

nozione di presupposizione e il criterio di buona fede per l'individuazione delle relative circostanze rilevanti⁸⁵.

Ne consegue che, come dimostrato dalla Cassazione, il rimedio più correttamente applicabile risulta essere quello della risoluzione in quanto, seppur si voglia vedere nei sopraesposti casi, tre diverse categorie di sopravvenienze, ovvero due, riconducendo quella dell'inutilità della prestazione all'interno dell'impossibilità ovvero in quella dell'eccessiva onerosità, si tratta, ad ogni modo, di una situazione sopravvenuta che condivide la *ratio* dell'istituto disciplinato dal capo XIV, titolo II del libro IV del codice civile⁸⁶.

Delineata, dunque, l'esistenza di una categoria comune di eventi sopravvenuti non impossibilitanti, si può ritenere che l'interesse manifestato per la dottrina nei confronti della rinegoziazione con riferimento alle ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta possa essere esteso anche ad altre tipologie di evento, facendo emergere un possibile interesse manutentivo in ipotesi di alterazione della prestazione contrattuale originariamente pattuita tanto sotto il profilo quantitativo sia qualitativo. Il rimedio della presupposizione comportava necessariamente una soluzione di carattere caducatorio: la rinnovata nozione della causa consente oggi di ricondurre le ipotesi che in essa trovavano unica soluzione entro i diversi confini della frustrazione dello scopo del contratto, area in cui si ritiene esistente, come a breve si dirà, un possibile interesse delle parti alla salvaguardia del contratto.

Il *project financing*, ancora una volta, si presta ad essere campo elettivo di tale interesse.

3. *Long term contracts e relational contracts*: le nuove esigenze operative al cospetto del diritto

Definito il campo di indagine e analizzato come il rimedio codicista più opportuno, in presenza di una sopravvenienza, sia la risoluzione del contratto, si vuole ora indagare se le parti possano avere un interesse alla conservazione del rapporto

⁸⁵ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 207; ALPA, *Rischio contrattuale*, cit., 619.

⁸⁶ Con riferimento all'opportunità di applicare il rimedio di cui all'art. 1463 c.c. ovvero 1467 c.c., si v. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, cit., 305.

attraverso uno strumento di carattere manutentivo, nonché se tale eventuale preferenza trovi fondamento normativo o rimanga una facoltà rimessa all'autonomia privata.

Il tema risulta di particolare rilevanza con riferimento a quella categoria che, con una sineddoche⁸⁷, viene qualificata come “contratto di durata”, ossia quei contratti in cui si ravvisa uno scollamento temporale tra il momento della conclusione e quello dell'esecuzione, assumendo il *long term contract*, secondo la terminologia anglo-americana, ovvero *langfristige Verträge*, secondo quella tedesca, una valenza non più esclusivamente economica bensì anche giuridica⁸⁸ e costituendo primario ambito di indagine per il problema delle sopravvenienze e della rinegoziazione.

L'analisi dei *long term contracts* pone in evidenza l'insufficienza dell'approccio classico incentrato sulla concezione del contratto quale scambio di promesse⁸⁹: una visione statica che si limita a fotografare il rapporto contrattuale nel suo momento genetico, trascurando tuttavia la sua “vita”; un approccio unidimensionale che non permette di cogliere l'aspetto dinamico di tale tipologia contrattuale che, seppur non centrale nelle discipline codicistiche, risulta, tuttavia, presa in considerazione in varie leggi di settore. Che i contratti di durata siano presenti anche nel nostro codice è un dato oggettivo, benché non sia stata prevista una disciplina specifica per il relativo rapporto sottostante che, in quanto caratterizzato da valori di durevolezza, solidarietà e reciprocità, non trova soddisfazione nelle regole previste dal legislatore ritagliate sul modello del contratto di cambio istantaneo, in cui, all'opposto, centrale appare l'individualismo e l'inserimento dello stesso in una vicenda separata dal contesto e circoscritta temporalmente⁹⁰.

La categoria dei *relational contracts*, nata e particolarmente discussa negli Stati Uniti⁹¹, deve, in particolare, essere assunta come ulteriore modello contrattuale in

⁸⁷ Come sottolinea OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 e 227 (parte seconda), la durata attiene al rapporto sottostante al contratto e non al contratto *ex se*.

⁸⁸ TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 1998, 619.

⁸⁹ Per un'ampia ricostruzione del progressivo sviluppo dedicato al tema, si rinvia a GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007, 25 ss., nonché agli ampi riferimenti dottrinali statunitensi ivi indicati. Nel panorama italiano il tema è stato trattato per primi da OPPO, *I contratti di durata*, cit., 207 e MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 57.

⁹⁰ GRANIERI, ult. op. cit., 44.

⁹¹ MACNEIL, *The New Social Contract*, cit.; ID., *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classic, Neoclassical and Relational Contracts Law*, cit., 340; ID., *Relational Contract Theory: Unanswered Questions a Symposium in Honor of Ian R. Macneil: Challenges and*

quanto permette di porre in risalto i profili dinamici delle relazioni poste alla base dei *long term contracts*: in un rapporto di strumentalità, l'elemento relazionale permette di conferire autonomia ai contratti di durata.

L'opportunità di assumere a modello plurimi schemi contrattuali emerge dall'evoluzione della *contract law*: il contratto anglo-americano passa dal conferire tutela solo alle ipotesi in cui vi è stata una parziale esecuzione, rimanendone, dunque, privo il mero scambio di promesse⁹², alla tutela di schemi contrattuali distanti dalla pura logica di scambio⁹³ e incentrati su affidamento, giustizia contrattuale e cooperazione che danno origine a diversi modelli⁹⁴, tra cui, nella declinazione europeistica, quello consumeristico. Emerge come, anche nel più classico contratto commerciale⁹⁵, si ravvisi un *trend* evolutivo di progressivo allontanamento dal modello tradizionale, potendosi al riguardo parlare, in talune ipotesi, di "terzo contratto"⁹⁶. Rilevante, in tal senso, è l'osservazione secondo cui il diritto sta

Queries, cit., 877; MACNEIL, CAMPBELL, *The Relational Theory of Contract, Select Works of Ian Macneil*, London, 2001; FEINMAN, *Relational Contract Theory in Context*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 737; SCOTT, *The Case for Formalism in Relational Contract*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 845 e i più ampi riferimenti dottrinali di cui al Cap. II., § 7.2.2.

⁹² Il passaggio verso la tutela dello scambio di promesse trova fondamento in *Humber Ferry's case* del 1348 (la decisione si può leggere in BAKER, MILSOM, *Sources of English Legal History. Private Law to 1750*, London, 1986, 358), risolto tuttavia attraverso l'applicazione del *writ of trespass*, per mezzo della *fictionis juris* circa l'esistenza dell'affronto fisico *vi et armis*. L'applicazione di detto *writ in consimili casu* conduce allo sviluppo dell'*assumpsit* con il quale si tutela l'affidamento tradito dall'inesatto adempimento della prestazione, trasformandosi, dunque, da tutela delittuale a tutela contrattuale ove vi fosse l'esecuzione di una prestazione; la stessa fosse inesatta; e tale esecuzione inesatta avesse tradito l'affidamento riposto dalla controparte. Il metodo incrementale di *common law* conduce poi applicazione dalle ipotesi di inesatto adempimento alle ipotesi di inadempimento totale (*nonfeasance*), in parallelo allo sviluppo della teoria della *consideration* che permette di stabilire quando le promesse divengono vincolanti per le parti: si v. *Slade's case* (1602) 4 Co Rep 91 a.

⁹³ Il modello contrattuale che il legislatore considerava come centrale era, infatti, quello del negozio giuridico bilaterale che realizzava, per eccellenza, lo scambio di ricchezza nell'economia del tempo: la compravendita.

⁹⁴ AMATO, *Tutela e affidamento*, Milano, 2012, 12.

⁹⁵ AMATO, op. ult. cit., 13: l'A., in particolare, fa riferimento alla disciplina in tema di subfornitura (L. 20 ottobre 1998, n. 192 che, all'art. 9 comma 3, prevede la nullità il contratto che violi il divieto di abuso di dipendenza economica); al divieto di abuso di posizione dominante (art. 3 della L. 10 ottobre 1990, n. 287); all'adempimento dei debiti pecuniari derivanti da transazioni commerciali (l'art. 7 del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231); alla legge sul *franchising* (L. 6 maggio 2004, n. 129, artt. 6 e 8), in cui gli atteggiamenti reticenti del *franchisor* che siano contrari a correttezza e trasparenza sono sanzionati con l'annullabilità.

⁹⁶ L'espressione è stata coniata da PARDOLESI nella prefazione del testo di COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004. Sul punto si rinvia a ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2005, 53; MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 701; GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata e collettiva*, Napoli – Roma, 2006, 138; CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di Messinetti*, Napoli, 2008, 177; GITTI, VILLA (a cura di), *Il contratto terzo*, Bologna, 2008 e ivi, in particolare, gli scritti di

lentamente assumendo una funzione imperativa volta non più solo alla correzione dell'autonomia privata ma ad una vera e propria regolazione del mercato⁹⁷ e come, dunque, il profilo di durata temporale, da un lato e i possibili comportamenti abusivi, dall'altro, comportino la necessità di rivedere l'opportunità di applicare i soli rimedi dalla validità/invalidità in ambiti in cui risulterebbero più opportuni anche rimedi di carattere correttivo o manutentivo⁹⁸.

In particolare, nei c.d. *long term contracts*⁹⁹ l'esecuzione del contratto si snoda lungo un arco temporale significativo, in cui l'elemento tempo è connesso alla necessità di

AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, 14, VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazioni di asimmetria*, 114 e MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio e nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., 182; RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2009, 124.

⁹⁷ COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924, trad. it. *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981; FRANCESCHELLI, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 501; MOTTI, *Il mercato come organizzazione*, in *Banca impresa*, 1991, GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., 85-88. Sul tema del rapporto tra diritto privato e regolamentazione del mercato si rinvia all'ampia letteratura dei *Critical Legal Studies*, tra cui, in particolare, KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harv. Law Rev.*, 1976, 1685 (1976); ID., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, 1983; ID., *A Critique of Adjudication*, 1997.

⁹⁸ MACARIO, *Sopraavvenienze e gestione del rischio e nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., 182.

⁹⁹ Nell'analisi italiana, si v. per tutti, OPPO, *I contratti di durata*, cit., 146 e 277; TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104; GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit.; ID., *Revisione del contratto*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998, 431; MACARIO, *Modificazioni del mercato e contratti di fornitura di energia*, Rimini, 1991; ID., *Revisione e rinegoiazione del contratto*, cit., 1026; ID., *Le sopraavvenienze*, cit., 495; ID., *Adeguamento e rinegoiazione nei contratti a lungo termine*, cit.; ID., *La rinegoiazione delle condizioni nell'appalto*, in IUDICA (a cura di), *Appalto pubblico e privato*, Padova, 1997; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63; ID., *Adeguamento e rinegoiazione*, in RESCIGNO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2006, 1851; ID., *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., 179; ID., *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. Scuola Sup. econ. e fin.*, 2005, 119; ID., *Relational contracts e Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 123; RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto in diritto italiano*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, 304; TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoiazione contrattuale*, cit., 619; GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoiare nei contratti di durata*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 195; CESARO, *Clausola di rinegoiazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 20; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1037; ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contr.*, 2001, 723; ID., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, 611, nonché in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, 11; D'ARRIGO, *Il controllo delle sopraavvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in TOMMASINI (a cura di), *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 491; SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 722; GAMBINO, *Problemi del rinegoiare*, Milano, 2004; ID., *Rinegoiazione*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, XV, Roma, 2007, 179; MARASCO, *La rinegoiazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 539.

conseguire un dato risultato, non perseguibile con un *discrete contract*, privo della componente relazionale.

Ne consegue che l'impossibilità di prevedere *ex ante* tutte le possibili sopravvenienze verificabili comporti un'ontologica incompletezza contrattuale¹⁰⁰, cui non corrisponde necessariamente una consapevole scelta di allocazione del rischio, quanto una mancata previsione di tali circostanze per la limitata razionalità degli operatori economici nonché per gli alti costi che deriverebbero dalla necessità di assumere tutte le relative informazioni da valutarsi e dalle lunghe trattative connesse. I contratti relazionali si caratterizzerebbero, nello specifico, per il profilo temporale, cui si intreccia quello dell'incompletezza e dell'interdipendenza tra le parti.

Sotto il primo profilo, emerge come la durata del contratto non rimanga confinata a modalità esecutiva, al pari di una compravendita ad esecuzione frazionata, bensì acquisisca un valore diverso ed ulteriore che permea di sé anche la causa del contratto. Ancora una volta, si pensi al contratto di *project financing* nel quale l'articolata struttura relazionale e la ripartizione del rischio del progetto non potrebbero trovare esplicazione attraverso un contratto istantaneo, dovendo necessariamente il contratto prolungarsi nel tempo per dare attuazione alla sua funzione causale.

Sotto il secondo profilo, si osserva come in simili contratti trovino specifica tutela le esigenze degli operatori economici che, non agendo in modo occasionale, hanno necessità di creare rapporti stabili attraverso i quali organizzare l'attività di impresa¹⁰¹. Si pensi, infatti, a come la società veicolo, nel *project financing*, non produca di per sé beni, ma realizzi il prodotto o il servizio attraverso la particolare coordinazione dell'attività di ciascuno dei soggetti che vi prende parte, dimostrandosi la logica del contratto di scambio insufficiente a giustificare le relazioni intercorrenti tra tali attori.

¹⁰⁰ WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, New York, 1975; ID., *Transaction-cost-Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *Jour. Law & Econ.*, 1979, 233; ID., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Admin. Science Quart.*, 1991, 282; COOTER, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, 274; BELLANTUONO, *I contratti incompleti fra economia e diritto*, Padova, 2000, 140; FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005; COASE, *La natura dell'impresa*, in ID., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, 79, trad. it. a cura di GRILLO.

¹⁰¹ CONTE, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2009, 679; LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 501.

Non solo, infatti, ciascuno dei soggetti che prende parte alla realizzazione della finanza di progetto concorre allo scopo comune, dando nuova vita e nuove potenzialità alla categoria dei contratti associativi, ma, ulteriormente, ciascun rapporto costituisce esso stesso un frammento di organizzazione dell'impresa, segnando un'evoluzione del contratto dallo scambio all'organizzazione.

Il richiamo corre nuovamente ai contratti di rete, in cui il profilo temporale congiuntamente a rapporti stabili, duraturi e strettamente interconnessi¹⁰² – *rectius*: interdipendenti - permette una vera e propria organizzazione dell'attività economica, secondo la forma prescelta dalle parti.

La natura dei contratti a lungo termine e la sua inclinazione all'adeguamento in ragione della sua incompletezza e della necessità che si adatti alle esigenze delle parti nel tempo pone, dunque, il problema se il sistema rimediale costituito dalle invalidità e dalla risoluzione, immaginati dal legislatore per i *discrete contracts*, risultino soddisfacenti anche per tale categoria contrattuale.

4. Il *favor contractus* nella prassi operativa

Una prima risposta in senso negativo emerge dall'analisi dei numerosi meccanismi rimessi all'utilizzo dell'autonomia privata: assai frequente risulta l'utilizzo nei

¹⁰² Con riferimento alla possibilità che in tali rapporti si possano originare ipotesi di abuso di dipendenza economica, in virtù del quale si crea la possibilità di un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi nei rapporti commerciali tra i diversi soggetti imprenditoriali (abuso) e, al contempo, incapacità per l'attore che subisce l'abuso di reperire alternative soddisfacenti sul mercato (dipendenza economica), nonché sulla possibilità che l'art. 9 della L. 192/1998, trovi applicazione non solo con riferimento ai contratti di subfornitura ma più genericamente a tutti i rapporti tra imprese, si v. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449; BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998; SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, 191; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regole*, 1999, I, 9; PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 389; BERTELOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 455; PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, nota a *Trib. Roma*, 12 settembre 2002, *Trib. Roma* 16 ottobre 2002, *Trib. Bari*, 2 luglio 2002, *Trib. Roma*, 20 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3210; MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, cit.; NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.

contratti di *project financing* di rimedi di carattere manutentivo, volti a ristabilire l'equilibrio contrattuale. Si pensi allo *jus variandi* e all'arbitraggio, da un lato; alle clausole di *hardship* e di indicizzazione, dall'altro.

L'esempio più frequente e più semplice di meccanismo che consente l'adeguamento del contratto rispetto alle sopravvenienze è la clausola di prezzo variabile che consente alle parti di rideterminare il prezzo della prestazione contrattuale attraverso il riferimento al prezzo di mercato o di indicizzazione.

Tali clausole, in particolare, consentono un adeguamento automatico del contratto, successivamente alla sua conclusione, rappresentando uno strumento che conferisce la flessibilità necessaria affinché molti rapporti contrattuali di durata possano rimanere in vita, sopravvivendo agli accadimenti esterni che potrebbero, altrimenti, dar luogo a ipotesi di risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità.

La previsione *ex ante* di presupposti e criteri per la determinazione delle prestazioni e del loro prezzo durante l'esecuzione del contratto rappresenta, dunque, un «sistema di ripartizione del rischio relativo al decorso del tempo»¹⁰³ che garantisce la manutenzione del contratto.

Nella medesima logica di “manutenzione-correzione” del contratto si pongono, seppur in un contesto di maggior indeterminatezza e discrezionalità, le pattuizioni che consentono ad una della parti stesse ovvero ad un terzo la rideterminazione dell'oggetto contrattuale, delle prestazioni, delle sue condizioni.

Lo *ius variandi* rappresenta, in particolare, il diritto potestativo di una parte di modificare unilateralmente il regolamento negoziale concordato, anche senza il consenso della controparte¹⁰⁴, rappresentando un utile strumento di garanzia di flessibilità del contratto, soprattutto «quando la materia del contratto è soggetta a

¹⁰³ MACARIO, *I rimedi manutentivi. L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *I rimedi*, 2, Milano, 2006, 711.

¹⁰⁴ Secondo GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 4, lo *ius variandi* è « il diritto potestativo di un contraente di modificare *ex uno latere* il vincolo contrattuale, talché l'unilaterale manifestazione di volontà incide sul regolamento negoziale senza necessità di raccogliere il consenso dell'altra parte»; RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, 96; NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Dir. priv.*, 1996, 319; PAGLIANTINI, *Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato*, in *Studi senesi*, 1998, 412; GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000, 79; FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, 402.

evoluzioni e sopravvenienze che possono richiedere aggiustamenti successivi nell'interesse comune dei contraenti»¹⁰⁵.

Se da un lato tale strumento può prestare il fianco a utilizzi abusivi e strumentali, essendo rimesso ad una sola della parti, dall'altro presenta l'innegabile vantaggio dalla rapidità nell'adeguare il rapporto¹⁰⁶. Esso, infatti, si caratterizza per la congiunta presenza di due situazioni giuridiche contrapposte, in quanto a fronte del potere – peraltro, discrezionale - di una sola parte di modificare il contratto, la controparte è in uno stato di soggezione rispetto alla modificazione, non essendo necessaria la sua collaborazione affinché la modifica possa trovare attuazione¹⁰⁷.

Non pochi risultano, dunque, i problemi di legittimità di simili previsioni, in ragione del principio di intangibilità contrattuale che può essere derogato solo quando il legislatore attribuisce ad una o ad entrambe le parti lo specifico potere di modificare unilateralmente il rapporto¹⁰⁸. La dottrina maggioritaria¹⁰⁹ ritiene, ad ogni modo, che

¹⁰⁵ ROPPO, *Il contratto*, cit., 558.

¹⁰⁶ SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 24.

¹⁰⁷ SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 17; FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, cit., 389.

¹⁰⁸ Così, l'art. 2094 c.c. che prevede il potere per il datore di lavoro di "specificare" il contenuto della prestazione del lavoratore, attraverso le "istruzioni" impartite nel corso dello svolgimento del rapporto, con il limite che le nuove mansioni devono essere "equivalenti alle ultime effettivamente svolte" (art. 1683 c.c.) ovvero l'art. 2103 c.c., che permette al datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni diverse ma equivalenti a quelle assegnate all'atto dell'assunzione o alle ultime effettivamente svolte, e di trasferirlo da un'unità produttiva a un'altra per «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive». Un ulteriore esempio è il potere attribuito dall'art. 1661 c.c. al committente di apportare variazioni unilaterali al progetto purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto e a condizione che ciò non comporti notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima.

E, ancora, SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi") del rapporto contrattuale*, cit., 20, ricorda i poteri unilaterali accordati alle parti in caso di eventi anomali sopravvenuti: si va dalle facoltà riconosciute di richiedere adeguamenti di canoni e corrispettivi a fronte del fenomeno inflattivo, ai poteri di chiedere "revisioni" (art. 1664 c.c.) del contratto per "onerosità o difficoltà" dell'esecuzione di una obbligazione, o di interrompere o variare l'attuazione del programma contrattuale (artt. 1577, 1583, 1686, 1690, 1770 c.c.), fino al potere generale di evitare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

Ipotesi legislativamente previste sono inoltre, nell'ambito amministrativo, quelle riferite alla pianificazione urbanistica e alle opere pubbliche. La prima consiste nel potere della Pubblica Amministrazione di modificare i piani regolatori (art. 10 L.U., commi 7, 8, 9) in presenza di gravi ragioni di pubblico interesse, che devono essere illustrate nella motivazione dell'atto amministrativo, osservando i principi di buona amministrazione e di tutela dell'affidamento. Così, costantemente il Consiglio di Stato: Cons. Stato, sezione IV, 23 aprile 1998, n. 670, in *Cons. Stato*, 1998, I, 572; Cons. Stato, 4 dicembre 1998, n. 1732, in *Appalti urb. ed.*, 1999, 697; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 1999, n. 24, in *Cons. Stato*, 1999, I, 2029; Cons. Stato, sezione IV, 15 marzo 2000, n.1408, in *Foro amm.*, 2000, 830. La seconda ipotesi prevista è disciplinata dall'art. 343 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (cosiddetta legge sui lavori pubblici) secondo cui l'Amministrazione può, in

le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata *ex art. 1322*, comma 1 c.c. possano prevedere una simile facoltà anche fuori dai casi normativamente previsti¹¹⁰.

caso di necessità, prevedere, con riferimento a progetti di lavori pubblici già in corso di esecuzione, variazioni o aggiunte non previste originariamente dal contratto, ritenuti indispensabili sotto un profilo tecnico o economico per il completamento e la funzionalità dell'opera pubblica, purché tali variazioni non snaturino la configurazione originaria dell'opera stessa, eludendo le norme in tema di aggiudicazione tramite concorso pubblico. A contraltare di tale potere è previsto che, in caso di variazioni oltre il limite del quinto, l'appaltatore ha il diritto potestativo di rifiutare le variazioni e chiedere lo scioglimento del contratto mediante azione di risoluzione (*jus poenitendi*).

Ulteriormente, nel settore bancario, l'art. 118 comma 1 del Testo unico bancario statuisce che nei contratti a tempo indeterminato possa essere «convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo». Dunque, a fronte dell'assenza di un limite temporale al contratto, è accordata agli istituti di credito la facoltà, in presenza di determinati presupposti, di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali precedentemente pattuite con il cliente. Per bilanciare questa posizione di forza, il legislatore ha previsto che vengano soddisfatte determinate condizioni, alcune di esse sono di tipo formale (previsione dello *ius variandi* in un'apposita clausola del contratto e necessità della comunicazione al cliente), altre di tipo sostanziale (necessità della sussistenza di un giustificato motivo), nonché la facoltà di esercitare il diritto di recesso. Diversamente, per i contratti a tempo determinato, l'art. 118, comma 1, periodo 2, t.u.b. prevede che lo *ius variandi* possa essere esercitato solo per le clausole che non hanno per oggetto i tassi di interesse, sempre in presenza, congiuntamente, di un giustificato motivo. Il Ministero della sviluppo economico (*Chiarimenti in merito all'applicazione dell'art. 10 della legge 4 agosto 2006*, n. 248, 21 febbraio 2007) ha fornito alcune indicazioni circa il concetto di "giustificato motivo", stabilendo che con esso si devono intendere «eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario», riferibili sia alla sfera del cliente, sia a quella degli intermediari.

¹⁰⁹ *Contra* Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Foro it.*, 2008, I, c. 122: «si deve ritenere nulla, ai sensi del comb. disp. artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., per indeterminabilità dell'oggetto la previsione pattizia che attribuisce ad una parte il diritto di modificare unilateralmente il regolamento contrattuale dopo la sua definizione», ma in senso favorevole IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, 2; GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., 21; GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 967. In una posizione intermedia tra coloro che negano l'ammissibilità dello *ius variandi* fuori dai casi previsti dalla legge e chi lo riconosce *tout court*, si colloca quell'orientamento (RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, cit., 94) secondo cui «l'attribuzione del potere di decisione alla parte sia possibile allorché sussistano dei meccanismi che consentano al contraente che si affida all'altro la conoscenza e il controllo del sacrificio economico a lui richiedibile in correlazione con il vantaggio ricavabile dall'affare», il che si verificherà esclusivamente nell'ipotesi di adeguamento del valore della controprestazione ovvero quando si stabiliscono limiti rigorosi alla decisione della parte tale per cui l'altra parte può, sin dalla conclusione del contratto, valutare quale potrà essere la sua posizione post esercizio dello *ius variandi*.

¹¹⁰ Una conferma, seppur indiretta, di tale legittimità deriva da una lettura *a contrario* dell'art. 33, comma 2, lett. *m*) del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo), secondo cui si presume il carattere abusivo della clausola che permette al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso, nonché dalla lett. *n*) dello stesso art. 33, comma 2, il quale presume l'abusività della clausola che permette al professionista di stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione, dovendo rimettersi la determinabilità del prezzo a criteri obiettivi (es. prezzo medio di mercato), nonché, infine, dall'art. 33, comma 2, lett. *o*) secondo cui l'abusività della clausola che consente al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto si presume abusiva. In termini analoghi anche la conferma che si ricava in negativo dalla lettura dell'art. 6 L. 192/1998 in tema di subfornitura, il quale prevede la nullità del patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura,

Al precedente rapporto contrattuale si sostituisce, infatti, un nuovo rapporto il cui contenuto è diverso e che è stato definito senza il concorso della controparte¹¹¹; ma il principio di consensualità resta salvo in quanto l'aspetto modificativo si basa su una «preventiva adesione del contraente alla clausola attributiva dello *ius variandi*, la quale costituisce una sorta di “accordo di secondo grado”, sorreggente il regolamento negoziale, nella parte unilateralmente modificata»¹¹². Ciò posto, centrale risulta la sussistenza di limiti a tale potere: così, se *nulla quaestio* nel caso in cui il diritto modificativo sia previsto nell'esclusivo interesse della controparte; diversamente, nel caso in cui sia stabilito in favore della parte che eserciterà tale facoltà, i rischi di abuso non appaiono irrilevanti. Le parti, dunque, potranno concordemente fissare «criteri e limiti idonei a imbrigliare l'arbitrio del titolare e così a garantire controparte da irragionevoli e pregiudizievoli sorprese»¹¹³ ovvero, in assenza di tale limitazione espressa, socorrerà un limite implicito ad ogni modo sussistente sulla base del criterio della buona fede.

Ne consegue che, nei casi in cui l'esercizio del diritto di modificazione unilaterale non sia conforme allo scopo della clausola che attribuisce il diritto di *ius variandi* e non risponde quindi all'esigenza di gestire le sopravvenienze contrattuali, si configurerà una situazione di abuso¹¹⁴.

configurando, dunque, anche detta ipotesi quale eccezione rispetto alle regola di liceità di simili pattuizioni fuori dall'ambito della subfornitura. Si v. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commenario al capo XV-bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, 503; DIURNI, *Art. 1469-bis, 3 comma, nn. 12 e 13*, in ALPA, PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 334.

Non da ultimo deve farsi riferimento anche i Principi *Unidroit* in cui l'art. 1.3 prevede che «un contratto validamente concluso è vincolante per le parti. Può essere modificato o risolto soltanto in conformità alle sue clausole o di comune accordo tra le parti o secondo quanto altrimenti previsto da questi Principi». Con l'espressione “in conformità alle clausole contrattuali” si intenderebbe, infatti, implicitamente riconosciuta la possibilità che le parti si attribuiscono convenzionalmente lo *ius variandi*: così, GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., 200. E, nel medesimo senso, anche il *Draft Common Frame of Reference (Principles Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (Dcfr)*, Monaco, 2009) che, al cap. II.9, par. 105, prevede la determinazione unilaterale del prezzo: «Where the price or any other contractual term is to be determined by one party and that party's determination is grossly unreasonable then, notwithstanding any provision in the contract to the contrary, a reasonable price or other term is substituted».

¹¹¹ BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banc.*, 1994, 466.

¹¹² SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 347.

¹¹³ ROPPO, *Il contratto*, cit., 558.

¹¹⁴ FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, cit., 411.

Come già accennato, a fianco delle ipotesi in cui le parti si accordano affinché una delle due abbia un potere di adeguamento del contratto, nella prassi si riscontrano altresì ipotesi in cui tale potere di modifica contrattuale è rimesso, concordemente, ad un terzo. L'arbitraggio¹¹⁵ (o arbitrato)¹¹⁶ consiste proprio nell'accordo delle parti di rimettere ad un soggetto terzo, in base all'equo apprezzamento¹¹⁷ o al mero arbitrio¹¹⁸, la determinazione della prestazione oggetto del contratto (art. 1349 c.c.) o ulteriori elementi del medesimo (si pensi, per esempio, alla quantificazione della penale). Ben possono configurarsi, infatti, anche ipotesi di arbitraggio *ex post*, di carattere modificativo¹¹⁹, in cui la logica sottesa è quella del ripristino dell'equilibrio economico e della corrispettività e proporzionalità tra prestazioni, configurandosi come "potere conformativo" (*Gestaltungsgeschäfte*) o, meglio, secondo la trasposizione italiana del concetto¹²⁰, come un diritto potestativo consistente nell'attribuzione di un potere ad un soggetto allo scopo di tutelare gli interessi contrattuali delle parti.

Ulteriormente, tra i rimedi elaborati nella prassi dall'autonomia privata in un'ottica manutentiva del contratto, si devono menzionare le c.d. clausole di *hardship*, volte a disciplinare gli effetti delle sopravvenienze imprevedibili e non imputabili¹²¹. Le

¹¹⁵ VASETTI, *Arbitraggio*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, 824; CATRICALÀ, *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I; GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1989, 414; SANTINI, BORTOLUS, *I contratti in generale*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, VI, Torino, 2000, 144; VILLA, *La determinazione mediante arbitraggio*, in *Studium iuris*, 2001, 850; GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 291; ID., *Il contratto di arbitraggio*, in RESCIGNO, GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti, I contratti di composizione delle liti*, II, Milano, 2005, 1143; GABRIELLI, *Arbitraggio*, in *Digesto civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2003, 125.

¹¹⁶ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 236.

¹¹⁷ Il terzo deve procedere, cioè, in base a criteri obiettivi che trovino riscontro nella motivazione del giudizio, impugnabile se manifestamente iniquo o erroneo.

¹¹⁸ Il giudizio dell'arbitratore, in tal caso, sarà impugnabile esclusivamente in ipotesi di male fede dell'arbitratore stesso.

¹¹⁹ ROPPO, *Il contratto*, cit., 971.

¹²⁰ CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903 ed anche in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Parma, 1930, 83.

¹²¹ BONELL, *Il progetto dell'Unidroit per la rielaborazione dei principi per i contratti commerciali internazionali*, in *Scritti in onore di Sacco*, Milano, I, 1994, 180; ID., *I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 231; DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contr.*, 1995, 5; PERNAZZA, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di informazione del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 297; FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 825; DI MAJO, *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 287; FERRARI, *I Principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 300; ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi*

hardship clauses operano, da un lato, prevedendo quali fatti determinino la propria operatività¹²² e, dall'altro, stabilendo le conseguenze delle sopravvenienze che disciplinano e che, generalmente, consistono nella rinegoziazione¹²³ ovvero, in ipotesi marginali di contingenze momentanee, nella sospensione dell'esecuzione del contratto.

Tali clausole, volte, dunque, al ripristino dell'equilibrio contrattuale¹²⁴, sono prese in considerazione anche nei Principi *Unidroit*¹²⁵, fonte del diritto commerciale internazionale¹²⁶, di cui a breve si dirà, dimostrando come la salvaguardia e il mantenimento del vincolo negoziale siano un interesse sussistente, riconosciuto e tutelato¹²⁷.

dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 316; CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr.*, 1998, 733.

¹²² Per un'ampia ricostruzione del meccanismo, nonché per un'indicazione delle formule contrattuali di *hardship* più ricorrenti si v. MARASCO, *La rinegoziazione*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale, I, Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 583.

¹²³ FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 680; SCALERA, *La revisione del contratto con particolare riferimento alle cosiddette clausole di rinegoziazione*, in *Dir. e formazione*, 2003, 954; LOPILATO, *La rinegoziazione*, in *Dir. e formazione*, 2005, 1472.

¹²⁴ Un esempio di clausola di *hardship* è il seguente: «in the event that during the period of this agreement, the general situation and/or the date on which this agreement is based are substantially changed so that either party suffers severe and unforeseeable such adjustment as would appear to be necessary and such revisions as would be justified by circumstances which could not reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into, in order to restore the equitable character of this agreement».

¹²⁵ «A partire dagli anni sessanta i collegi arbitrali internazionali, in difetto di una opzione delle parti per un dato diritto nazionale, avevano manifestato la sempre più netta propensione ad applicare la *lex mercatoria*: a volte, la *lex mercatoria* è stata applicata in concorso con il diritto nazionale richiesto dalle parti; più recentemente, a partire dal 1995, si è fatta applicazione dei Principi *Unidroit*, laddove le parti avevano espressamente scelto la *lex mercatoria* o, più genericamente, gli usi del commercio internazionale; oppure la scelta era stata effettuata dagli arbitri, facoltizzati dalle norme del regolamento arbitrale (così, in particolare, i regolamenti della Camera di commercio internazionale di Parigi, della Camera arbitrale nazionale e internazionale di Milano, di quella di Roma) che attribuiscono loro la scelta del diritto più appropriato alla natura della controversia¹²⁵. Infine, i Principi *Unidroit* sono stati applicati in assenza di qualsiasi riferimento delle parti al diritto applicabile, o anche, pur in presenza di una opzione delle parti per un dato diritto nazionale, come fonte di integrazione di questo»; così GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa. Convegno internazionale di studio (Messina, 28-30 settembre 2005)*, Milano, 2007, 549.

¹²⁶ MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2003.

¹²⁷ COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA. VV., *Adempimento, adeguamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, 314; RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, cit., 305; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 5; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 153; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006.

5. L'obbligo di rinegoziazione *ex lege* nell'esperienza comparata

L'interesse delle parti alla rinegoziazione dei contratti di lunga durata in presenza di sopravvenienze emerge, dunque, chiaramente dall'analisi della prassi commerciale e dai meccanismi pattiziamente previsti sopra richiamati.

L'esperienza legislativa di alcuni Stati, Germania, Olanda, Grecia e, parzialmente, Stati Uniti, spinge, inoltre, a considerare se il rimedio risolutorio sia l'unico applicabile *ex lege* ovvero se l'ordinamento stesso non esprima un giudizio di favore anche per rimedi di carattere manutentivo, quale la rinegoziazione. Ci si domanda, cioè, se la parte che subisce la sopravvenienza possa vantare, nei confronti dell'altra, un diritto di fonte legislativa alla rinegoziazione.

Dopo travagliate discussioni in dottrina circa l'esistenza nel sistema tedesco di un generale dovere di rinegoziazione, secondo molti radicato nel principio di buona fede¹²⁸, il riconoscimento di tale istituto trova conferma nella recente riforma dello *Schuldrecht*.

Il nuovo § 313 BGB¹²⁹ prevede, infatti, che «qualora le circostanze poste a fondamento del contratto siano modificate in modo rilevante dopo la conclusione del contratto laddove le parti non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso con un diverso contenuto nel caso in cui avessero previsto detto mutamento, può essere preteso l'adeguamento del contratto nella misura in cui, tenuto conto di tutte le circostanze del singolo caso, con particolare riguardo alla ripartizione legale o convenzionale dei rischi, non si possa imporre ad una parte di rimanere vincolata al contratto immutato»¹³⁰.

¹²⁸ Un simile rimedio si riteneva derivante, implicitamente, dal potere del giudice *ex* § 242 BGB di emendare il contratto tutte le volte che la sua esecuzione veniva alterata da eventi «imprevisti ed imprevedibili», determinando una situazione di ingiustizia sotto il profilo dell'equilibrio sinallagmatico (secondo il principio cosiddetto della buona fede *in executivis*), come riconosciuto nel 1920 dal *Reichsgericht* sotto il nome di “teoria dell'adeguamento giudiziale” del contenuto del contratto mediante sentenza (*interessenjurisprudenz*): per un'analisi della *Geschäftsgrundlage* alla luce del § 242 BGB si v. SIEBERT, *Treu und Glauben*, Stuttgart, 1959, 76-80, nonché FAVA, *Il contratto*, cit., 136.

¹²⁹ CALVO, *La “codificazione” della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, cit., 781; PENNAZIO, *La dottrina del fondamento negoziale nel diritto giudiziale europeo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, 391.

¹³⁰ § 313 BGB prosegue affermando che «Ad una modifica delle circostanze è da parificare il caso in cui rappresentazioni sostanziali, divenute fondamento del contratto, si rivelino false. Se un adeguamento del contratto non è possibile o non può pretendersi ragionevolmente da una parte, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. In luogo del diritto di recesso, per il rapporto di durata spetta il diritto di disdetta».

Parte della dottrina tedesca ha, condivisibilmente, ritenuto tale norma speciale rispetto alla previsione del richiamato § 275, così da far prevalere il rimedio della rinegoziazione (*Anpassung*) ove la tipologia di sopravvenienza permetta di ritenere che tra le parti possa sussistere un interesse alla conservazione del rapporto.

Infatti, il riferimento al limite della possibilità e della ragionevolezza del rimedio manutentivo conferma il *favor* del legislatore, rendendo quello ablativo un'opzione subordinata all'impossibilità di applicare, nel caso di specie, il primo.

Tendenzialmente, dunque, dovrebbe ritenersi applicabile l'*Anpassung* nei casi in cui la sopravvenienza abbia inciso sull'equilibrio del contratto ma non sui singoli interessi *strictu sensu* delle parti, applicando, per converso, il rimedio risolutorio nelle sole ipotesi in cui le sopravvenienze abbiano alterato irrimediabilmente ovvero reciso gli interessi contrattuali (come, per esempio, nei casi di inutilità della prestazione ove lo scopo sia stato conseguito per altra via ovvero lo stesso non possa trovare ad ogni modo soddisfazione in quanto strettamente connesso a caratteristiche personali del debitore ovvero ancora nei casi in cui la prestazione non possa essere eseguita per un'impossibilità di carattere assoluto, fisica o giuridica).

La tutela concessa dal § 313 conferisce, dunque, alla parte svantaggiata il diritto di ottenere – si noti, non la mera possibilità di chiedere - l'adeguamento giudiziale, subordinando il diverso rimedio della cessazione del vincolo contrattuale alla impossibilità dell'adeguamento o alla inesigibilità della prestazione.

È interessante notare come, sempre attraverso il principio della buona fede, si consideri l'adeguamento un rimedio necessario: la suddetta clausola generale permette, infatti, di fondare un giudizio secondo il quale non si può pretendere che il contraente svantaggiato rimanga vincolato alla prestazione nei termini originari allorché siano intervenute della sopravvenienze a modificare radicalmente la situazione che le parti avevano considerato per l'individuazione dell'equilibrio economico della loro relazione contrattuale, divenendo, di fatto, «criterio di governo della esigibilità e/o inesigibilità di una prestazione a condizioni mutate»¹³¹.

Come già accennato, il concetto di *Geschäftsgrundlage*, inteso come fondamento del contratto comune alle parti, il cui venir meno determina lo scioglimento o la revisione del contratto, ha trovato origine nei fenomeni inflazionistici successivi alla

¹³¹ DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 107.

Prima Guerra Mondiale e ha determinato il sorgere di un importante ambito di applicazione della buona fede *ex* § 242 BGB ogniqualvolta un evento imprevedibile producesse una radicale modifica o caduta delle circostanze sulle quali si fondava il contratto tale da rendere contrario a detto principio di buona fede costringere le parti alla prosecuzione del rapporto alle condizioni pattuite originariamente.

Mentre, dunque la sopravvenuta irraggiungibilità dello scopo contrattuale legittimava il rimedio dello scioglimento contrattuale, il venir meno del rapporto di equivalenza tra le prestazioni permetteva la revisione negoziale, come, oggi, previsto dallo stesso BGB nella disciplina delle “turbative del fondamento negoziale”.

In particolare, l'incompatibilità tra obbligo di esecuzione della prestazione pattuita e buona fede si verificherebbe ogniqualvolta si registri un mutamento imprevedibile¹³² che, tenuto conto della ripartizione contrattuale o legale dei rischi, renda irragionevole l'esecuzione del contratto originario.

Così, si registrava dapprima un'interpretazione estensiva delle norme sull'impossibilità sopravvenuta, che ammetteva la risoluzione in caso di variazione notevole dei costi negoziali o di impossibilità anche solo economica della prestazione¹³³; successivamente, un orientamento favorevole all'intervento del giudice basato sul principio di buona fede *ex* §§ 157 e 242 BGB affinché revisionasse il corrispettivo, se necessario, per ricondurre ad equità il regolamento contrattuale voluto dalle parti¹³⁴; da ultimo, sulla base del nuovo § 313 BGB, un allargamento di tale obbligo di rinegoziazione fino a ricomprendervi un vero e proprio potere giudiziale¹³⁵ quale tutela per l'attuazione dell'obbligo di rinegoziazione tra le parti ad erosione del principio *pacta sunt servanda*¹³⁶.

Tuttavia, «non menzionando la nuova disposizione in alcun modo la *Neuverhandlungspflicht*, il dibattito già ampiamente sviluppatosi prima della riforma, sulla possibilità di individuare un obbligo (ovvero di un onere, secondo alcuni) di

¹³² Così le ipotesi di svalutazione monetaria; situazioni che rendano più gravosa la prestazione; alterazione o vanificazione dello scopo contrattuale (con la conseguenza che, ad esempio, il creditore potrebbe non aver più interesse all'adempimento della prestazione); modifiche legislative o mutamenti giurisprudenziali che coinvolgano aspetti rilevanti del contratto in questione

¹³³ GALLO, *Sopravvenienza del contratto e problemi di gestione del contratto*, cit., 95.

¹³⁴ GALLO, op. ult. cit., 97.

¹³⁵ MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 726; PALNDT, HEINRICHES, *BGB, Commento al § 313*, Monaco, Beck, 2004, n. 29.

¹³⁶ MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, 821.

rinegoziare nella previsione del diritto all'adeguamento, vede ancora fronteggiarsi tesi e argomentazioni diverse, dovendosi tuttavia ricordare, in termini generali, che quanti negano l'utilità (o il fondamento giuridico) di un obbligo delle parti in tal senso, non pongono minimamente in discussione la possibilità di ottenere l'adeguamento coattivamente ossia per opera del giudice - il che può indurre, in concreto, le parti a ridefinire da se stesse le condizioni dell'accordo proprio per evitare l'intervento giudiziale - poiché tale concetto è profondamente radicato nella dottrina tedesca, quale portato della teoria della *Geschäftsgrundlage* e dell'elaborazione dei rimedi per il caso di *Wegfall* o – secondo la dizione accolta dal legislatore della *Modernisierung*, che dà il titolo all'attuale § 313 BGB – *Störung der Geschäftsgrundlage*»¹³⁷. Diversamente, secondo una diversa lettura, la soluzione tedesca viene certamente colta come *favor* per la salvezza del contratto, prevedendo un vero e proprio diritto a rinegoziare per la parte svantaggiata, ma il ruolo del giudice è considerato del tutto marginale¹³⁸, in quanto ove la parte avvantaggiata dalla sopravvenienza si opponga alla rinegoziazione, quella svantaggiata può rivolgersi al giudice al fine di ottenere, in presenza degli accertati requisiti che integrino l'obbligo di rinegoziazione, una tutela risarcitoria.

Analoga, seppur trascurata dalla dottrina che si occupa del tema, è la previsione olandese, di quasi dieci anni anteriore a quella tedesca. Gli articoli 6:258¹³⁹ e

¹³⁷ MACARIO, *Adeguamento del contratto e obbligo di rinegoziare nel diritto italiano e tedesco*, cit.

¹³⁸ ZIMMERMAN, *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni*, in *Annuario di diritto tedesco* 2001, Milano, 2002, 55; ID., *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 625; RAJNERI, *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 325; CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 19; CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 1; ID. (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, spec. 179; CALVO, *La «codificazione» della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, cit., 770; DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 353; GRIGOLEIT, *La riforma del codice civile tedesco in sintesi: un bilancio positivo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 920; RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, cit., 101; SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57; ID., *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz e prospettive di unificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, cit., 161; SOMMA, *«Modernizzare» l'ordinamento privatistico: l'economia sociale di mercato e la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, *ivi*, 137.

¹³⁹ 1. Upon the demand of one of the parties, the judge may modify the effects of a contract, or he may set it aside in whole or in part on the basis of unforeseen circumstances which are of such a nature that the contracting party, according to criteria of reasonableness and equity, may not expect that the

6:260¹⁴⁰ del nuovo codice civile olandese del 1992 (*Burgerlijk Wetboek, BW*) affrontano specificatamente l'ipotesi delle circostanze sopravvenute¹⁴¹: al giudice, infatti, è concesso il potere di modificare il contratto ove si verificano circostanze impreviste, di natura tale che la parte contraente, secondo criteri di ragionevolezza e di equità, non possa aspettarsi che il contratto sarà mantenuto inalterato.

Appare interessante notare, ad ogni modo, come tale modifica legislativa sia il frutto del recepimento di un potere già applicato da tempo dalla Suprema Corte Olandese¹⁴² - la *Hoge Raad* - utilizzando quale base giuridica di tale applicazione il principio di buona fede, disciplinato all'articolo 6:248 BW¹⁴³. In tal senso, l'articolo 6:258 è, infatti, considerato *lex specialis* rispetto al principio generale di buona fede¹⁴⁴ e

contract be maintained in an unmodified form. The modification or the setting aside of the contract may be given retroactive force.

2. The modification or the setting aside of the contract is not pronounced to the extent that the person invoking the circumstances should be accountable for them according to the nature of the contract or common opinion.

3. For the purposes of this article, a person to whom a contractual right or obligation has been transferred, is assimilated to a contracting party.

Per tale traduzione si rimanda a HAANAPPEL, MACKAAY, WARENDORF, THOMAS in *Netherlands Business Legislation*, Zuidpoolsingel, 2002.

¹⁴⁰ 1. The judge may pronounce a modification of the contract or set it aside, as referred to in articles 258 and 259, subject to conditions to be determined by him.

2. If, pursuant to these articles, the judge modifies, or partially sets the contract aside, he may determine that one or more of the contracting parties may totally set aside the contract by a written declaration within a period specified in the decision. The modification or partial setting aside of the contract does not take effect before this period has expired.

3. Where the contract which is modified, or wholly or partially set aside pursuant to articles 258 and 259, is entered in the public registers, the decision modifying or setting aside the contract can also be registered, provided that it has become final or is provisionally enforceable.

4. Where in this respect a person is summoned at the domicile which he has elected according to article 252 paragraph 2, first sentence, all his successors who have not made a new registration have thereby also been summoned. Article 29 paragraph 2 and paragraph 3, second-fifth sentence of Book 3 apply mutatis mutandis.

5. Other juridical facts which modify or terminate a registered contract may also be registered to the extent that judicial decisions are concerned, provided that they have become final or are provisionally enforceable.

¹⁴¹ BUSCH, HONDIUS, VAN KOOTEN, SCHELHAAS, SCHRAMA, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Nijmegen/The Hague, London, New York, 2002, 285-289; HARTKAMP, TILLEMA, HEIDE, HERBOTS *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, 2011, 120.

¹⁴² HR 16 dicembre 1977, *NJ* 1978, 156; HR 27 aprile 1984, *NJ* 1984, 679; HR 12 giugno 1987, *NJ* 1988, 150; HR 21 ottobre 1988, *NJ* 1990, 439; HR 23 giugno 1989, *NJ* 1991, 673; HR 10 luglio 1989, *NJ* 1989, 786.

¹⁴³ 1. A contract has not only the juridical effects agreed to by both of the parties, but also those which, according to the nature of the contract, result from the law, usage or the requirements of reasonableness and equity.

2. A rule binding upon the parties as a result of the contract does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to criteria of reasonableness and equity.

¹⁴⁴ PELETIER, *Common Core of European Private Law. Change of Circumstance - Dutch report*, consultabile all'indirizzo <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZsC51tDYddoJ:ww>

copre, oggi, tutte quelle possibili situazioni di imprevedibilità¹⁴⁵ che fuoriescono dal campo dell'*impossibility* (Articoli 6:74 e 6:75 BW¹⁴⁶) e di *misrepresentation* o *mistake* (Articolo 6:228 BW¹⁴⁷).

Tale potere rimane nella discrezionalità¹⁴⁸ del giudice, considerato quale rimedio eccezionale, da applicarsi, *cum grano salis*¹⁴⁹, solo su istanza della parte non responsabile del verificarsi della sopravvenienza, ove detta circostanza assuma il carattere dell'imprevedibilità e sia rimasta esclusa dalla valutazioni dei rischi effettuate dalle parti¹⁵⁰. Sebbene, dunque, il codice olandese non disciplini direttamente l'obbligo di rinegoziazione tra le parti, tuttavia, la dottrina olandese ritiene che tale obbligo sussista, anche se non previsto contrattualmente in via pattizia, proprio sulla base del combinato disposto dell'art. 6:248 e 6:258.

Analogamente, in Grecia, l'art 388 dell'*Astikos Kodix* (AK), risentendo dell'influsso tedesco in materia di *Wegfall der Geschäftsgrundlage* nonché francese con la *théorie de l'imprévision*¹⁵¹, prevede che le parti possono rivolgersi al giudice per chiedere,

w.unexpected-circumstances.org/Dutch%2520report%2520nov.%252006.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it.

¹⁴⁵ HR 20 febbraio 1998, *NJ* 1998, 493 e HR 24 dicembre 2004, *RvdW* 2005, 9.

¹⁴⁶ Article 6:74 BW (non-performance)

1. Every failure in the performance of an obligation obliges the debtor to repair the damage which the creditor suffers there from, unless the failure cannot be imputed to the debtor.
2. To the extent that performance is not already permanently impossible, section 1 only applies subject to the provisions of § 2, respecting the default of the debtor.

Article 6:75 BW (impossibility)

A failure in the performance cannot be imputed to the debtor if it does not result from his fault and if he cannot be held accountable for it by law, juridical act or common opinion either.

¹⁴⁷ Article 6:228 BW (mistake/misrepresentation)

1. A contract which has been entered into under the influence of error and which would not have been entered into had there been a correct assessment of the facts, can be annulled:
a. if the error is imputable to information given by the other party, unless the other party could assume that the contract would have been entered into even without this information;
b. if the other party, in view of what he knew or ought to know regarding the error, should have informed the party in error;
c. if the other party in entering into the contract has based himself on the same incorrect assumption as the party in error, unless the other party, even if there had been a correct assessment of the facts, would not have had to understand that the party in error would therefore be prevented from entering into the contract.

2. The annulment cannot be based on an error as to an exclusively future fact or an error for which, given the nature of the contract, common opinion or the circumstances of the case, the party in error should remain accountable.

¹⁴⁸ HR 18 gennaio 2002, *NJ* 2002, 106.

¹⁴⁹ HR 20 febbraio 1998, *NJ* 1998, 493.

¹⁵⁰ Con particolare riferimento alla sua applicazione nei contratti di durata, si v. HR 20 aprile 2001, *NJ* 2001, 361; Ktg. Amsterdam 15 aprile 1997 e 2 settembre 1997, *Prg.* 1997, 4857; Ktg. Zevenbergen, 16 luglio 1998 e 27 agosto 1998, *Prg.* 1999, 5102. Ktg. Emmen 2 luglio 1997, *Prg.* 1998, 5014. Ktr. Rotterdam 23 gennaio 2003, *Prg.* 2003, 6011; Ktr. Dordrecht 26 gennaio 2006, *Prg.* 2006, 44.

¹⁵¹ STATHOPOULOS, *Contract Law in Greece*, Atene, Kluwer Law International, 2009, n. 292.

in alternativa alla risoluzione del contratto, la modifica dello stesso. E, analogamente a quanto rilevato per il sistema olandese, anche in quello greco tale disposizione deve leggersi come norma di specificazione del più ampio criterio di buona fede disciplinato dall'art 288 AK¹⁵².

In particolare, l'art. 388 AK trova applicazione con riferimento ai contratti sinallagmatici, in cui la sopravvenienza, del tutto eccezionale e imprevedibile¹⁵³, si è verificata con riferimento a circostanze sulle quali le parti hanno basato la conclusione del contratto¹⁵⁴ (il concetto richiama la *Geschäftsgrundlage* tedesca e la *basic assumption* americana), allorquando tale variazione si sia verificata dopo la formazione del contratto¹⁵⁵ e abbia comportato un'alterazione della prestazione tale da rendere contrario a buona fede la richiesta del suo adempimento¹⁵⁶.

Ulteriormente, come anticipato, anche i Principi *Unidroit* – norme di *soft law* frequentemente applicate nella prassi commerciale internazionale e, dunque, anche in materia di *project financing* - si occupano delle sopravvenienze economiche, prevedendo il ricorrere di un'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata (art. 6.2.2).

¹⁵² SAKKETAS, *Art. 388 in Erm AK Interpretation of the Civil Code*, Athens, II/A, 1948, n. 1; PAPANTONIOU, *The Good Faith in Civil Law*, Athens, 1997, 174; LITZEROPOULOS, *The Judicial Rulings as a Factor of Formation of Private Law*, Athens, 2000, 249; GEORGIADIS, *Law of Obligations. General Part*, Athens, 2000, II, 129.

¹⁵³ Per una più ampia ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale si v. HONDIUS, GRIGOLEIT (a cura di), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011, 138.

¹⁵⁴ L'importanza di tali circostanze deve emergere dalla comune volontà delle parti (criterio soggettivo) e, contemporaneamente, secondo un criterio obiettivo, dalla funzione del contratto e da parametri in esso riscontrabili, restando irrilevante ai sensi dell'articolo 143 AK, la presenza del solo requisito soggettivo.

¹⁵⁵ Parte della dottrina ammette, tuttavia, l'applicazione del rimedio manutentivo anche nelle ipotesi di circostanze cruciali inesistenti *ab origine* o di cambiamento delle stesse già al momento della formazione contrattuale ma di cui la parti non erano a conoscenza: in tal senso si v. STATHOPOULOS, *Contract Law in Greece*, cit., n. 20.

¹⁵⁶ AP, Sezioni Unite, 9/1997, in *HellD* 38, 767; AP 474/1997, in *HellD* 38, 1826.

L'art. 6.2.3, in particolare, prevede che, in caso di mutamento di circostanze che alterino l'equilibrio del contratto¹⁵⁷, la parte svantaggiata abbia diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto: la richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata e, in ogni caso, la relativa richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. Inoltre, in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice che potrà risolvere il contratto ovvero modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio¹⁵⁸.

«Ciò a cui nessun diritto nazionale era arrivato, quanto meno in Occidente, è l'ulteriore rimedio che consiste nel potere del giudice di “modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio” (art. 6.2.3, comma 4, lett. b).

L'equità correttiva diventa, in questo modo, una regola generale, operante sia per correggere lo squilibrio originario del contratto, sia per ripristinare l'equilibrio successivamente alterato. La libertà contrattuale resta un valore fondamentale, espresso dall'art. 1.1; ma è una libertà che, per *lex mercatoria*, trova limite in altri valori, quali la buona fede e la correttezza nel commercio internazionale, alla cui violazione la *lex mercatoria* reagisce con la sostituzione autoritativa del contratto equo al contratto voluto dalle parti»¹⁵⁹.

E, ulteriormente, stupisce la portata innovativa dei Principi *Unidroit* ove, all'art. 3.10, commi 2 e 3 della formulazione del 2004 (nella versione del 2010 confluito all'art. 3.2.7)¹⁶⁰ - dedicato ai rimedi predisposti per la *Gross disparity*¹⁶¹ - prevede che il giudice-arbitro possa, su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento,

¹⁵⁷ Secondo la definizione presente nell'art. 6.2.2 (*Hardship*).

¹⁵⁸ CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, cit., 733.

¹⁵⁹ GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, cit., 549.

¹⁶⁰ «Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri di correttezza nel commercio.

Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento».

¹⁶¹ *La gross disparity* trova disciplina nell'art. 3.10 dei Principi *Unidroit*, in cui viene affermato che essa si integra quando un contratto o una sua clausola attribuisce ad una parte un vantaggio eccessivo rispetto all'altra. Il contraente gravato dalla *gross disparity* può chiedere l'annullamento del contratto o di una singola clausola, mentre il giudice, per evitare l'annullamento del contratto, è autorizzato a correggerlo in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. La norma si pone in stretto parallelismo con la disciplina italiana in tema di abuso di dipendenza economica (art. 9 della L. 192/1998), con esclusiva applicazione alla materia della subfornitura, per la quale è necessario che si registri un vantaggio ingiustificato, derivato da uno stato di dipendenza economica.

modificare il contratto per adattarlo ai predetti criteri di correttezza, trovandosi, quindi, in presenza di quella che viene definita come equità correttiva.

Un ulteriore richiamo alla possibilità che la determinazione di elementi contrattuali sia affidata alla parte è contenuta, dimostrando il crescente interesse per i rimedi manutentivi, anche nei Principi Europei di Diritto Contrattuale¹⁶² (art. 6:105 PECL), cui corrisponde, all'art. 6:111, la possibilità per lo stesso di condannare al risarcimento dei danni per la perdita causata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

L'art. 6:111 dei PECL¹⁶³ prevede, infatti, che, seppur ciascuna parte sia tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione diventi più onerosa tanto nelle ipotesi di aumento del costo quanto nei casi di diminuzione del valore della prestazione alla quale ha diritto, pur tuttavia, se la prestazione diviene eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto e, se non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Resta salvo, in entrambi i casi, la possibilità del giudice di condannare al risarcimento la parte che si rifiuta di rinegoziare.

In accordo, dunque, con il *trend* tedesco, olandese e greco e della prassi commerciale, anche il sistema europeo, attraverso i PECL, conferma l'importanza del rimedio manutentivo, attribuendo al giudice un potere di intervento costitutivo, nel momento in cui le parti non raggiungano un nuovo accordo in tempo ragionevole, per ripartire equamente i vantaggi derivanti dal contratto.

In un parallelismo con l'art. 3.2.7 *Unidroit* e coerentemente con il potere giudiziale di modifica contrattuale in presenza di sopravvenienze di cui all'art. 6:111 PECL,

¹⁶² MACARIO, *Commento all'art. 6.111 PECL*, in ANTONIOLLI, VENEZIANO (a cura di), *Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary*, Kluwer, 2005, 312; ID., *I principi comuni e l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in TROIANO, RIZZELLI, MILETTI (a cura di), *Harmonization Involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2005, 183.

¹⁶³ MACARIO, *Commento all'art. 6.111 PECL*, cit., 312; ID., *I principi comuni e l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, cit., 183.

l'art. 4:109¹⁶⁴ PECL autorizza il giudice, in caso di ingiusto profitto o vantaggio iniquo, a modificare il contratto «in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza»¹⁶⁵.

5.1. La sentenza *Alcoa*: un caso rimasto isolato

Una conferma di come il rimedio conservativo possa rappresentare lo strumento meglio adatto a tutelare gli interessi delle parti giunge anche dal sistema statunitense, con il celebre caso *Alcoa*, in cui le parti giunsero ad una rinegoziazione delle condizioni di un contratto della durata di sedici anni a fronte di un “minacciato” adeguamento giudiziale, volto a disciplinare un inaspettato innalzamento del costo di trasformazione e fornitura di alluminio dovuto alla crisi petrolifera mediorientale.

Dimostrando di accogliere maggiormente la teoria dell'adeguatezza - in cui la valutazione dell'eccessiva onerosità deve essere basata sull'oggettivo aggravio delle posizioni debitorie - più che la teoria dell'equilibrio, nel sistema statunitense lo svilimento della controprestazione, dovuto, per esempio, ad un evento inflazionistico, non configura tendenzialmente causa di *impracticability*, risultando, per converso, sempre centrale la valutazione della prestazione in sé.

¹⁶⁴ DI MAJO, *Il contratto e l'obbligazione nei Principi*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 883.

¹⁶⁵ Secondo parte della dottrina, tra cui BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 324, emergerebbe, dalla lettura di entrambi gli articoli citati, come il legislatore europeo abbia accolto una nozione di buona fede eterointegrativa che opera con riferimento ai valori e alle prassi di mercato; secondo altra parte della dottrina (CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001, 38, 52; 815, nota 29; ID., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 44), invece, auto integrativa, nel senso che la stessa risolverebbe quei problemi che le parti avrebbero affrontato se li avessero previsti e rappresenta, dunque, una proiezione della volontà delle parti su aspetti dalle stesse non disciplinati. Per una più ampia ricostruzione del problema, si v. ALPA, *La completezza del contratto: buona fede ed equità*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, cit., 218; DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486; MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1035; NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa: autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004*, Milano, 2006, 537; PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali: il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 21.

Infatti, l'incompletezza intrinseca¹⁶⁶ dei contratti a lungo termine ha condotto le Corti, per ovviarvi, a sviluppare la c.d. teoria del contratto ipotetico, volta alla ricostruzione *ex post* dell'allocazione del rischio tra le parti.

L'analisi economica del diritto¹⁶⁷ ha rappresentato, in tal senso, un passaggio fondamentale negli sviluppi dell'obbligo di rinegoziazione: basandosi sul concetto di efficienza¹⁶⁸, tale dottrina sottolineava come, nell'arco di tempo tra la conclusione del negozio e la sua esecuzione, le parti potessero avere interesse a procedere ad una diversa allocazione delle risorse¹⁶⁹, anche in un'ottica di contenimento dei costi legati al rischio di una possibile insoddisfazione (*frustration*) dei contraenti.

Come già accennato, infatti, nei contratti cd. *long term*, l'incompletezza del contratto può dipendere da molti aspetti, tra cui la globalizzazione dei processi produttivi che espone i rapporti commerciali a rischi legati agli scenari politici; la rapida innovazione tecnologica; le crisi economiche e il problema della reperibilità delle materie prime; il mutamento della natura dei soggetti che interagiscono sul mercato¹⁷⁰: tutte variabili di cui le parti non possono conoscere l'incidenza sull'equilibrio contrattuale¹⁷¹. Il contratto è, dunque, detto incompleto se non prevede la possibilità di adeguare il suo contenuto a fronte di sopravvenienze non prevedibili

¹⁶⁶ VALENTINO, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509.

¹⁶⁷ TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, 563; CHIASSONI, *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in ALPA, CHIASSONI, PERICU, PULITINI, RODOTÀ, ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1999, 507; POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1986; COOTER, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., 1999; DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

¹⁶⁸ ALPA, *I contratti in generale. Introduzione alla nuova giurisprudenza*, Torino, 1990, 315, secondo cui «il punto di partenza è la massimizzazione del valore effettuato da un operatore economico razionale. (...) La funzione correlativa è quella di ridurre i costi del processo di scambio offrendo una griglia standard di criteri di distribuzione del rischio».

¹⁶⁹ CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 52.

¹⁷⁰ L'individuazione dei fattori che conducono all'incompletezza del contratto è di TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *ObbL. e contr.*, 2012, 136. In senso analogo anche MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 17 secondo cui «il rischio della paralisi del rapporto può presentarsi in numerose ipotesi ed in presenza di presupposti diversi: un intervento legislativo direttamente incidente sull'equilibrio delle prestazioni, uno o più fatti che determinino una sproporzione fra le prestazioni, l'incapacità delle parti di accordarsi su ciò che, in sede di conclusione del contratto, avevano previsto che potesse costituire oggetto di successivo accordo, e così via».

¹⁷¹ CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 21: «per la difficoltà, cioè, ad elaborare regole preventive di disciplina di fatti futuri non facilmente identificabili, avviene la scelta ed il ricorso alla tecnica rinegoziativa, intesa come modello convenzionale già vincolante per i contraenti, ma non definito in un contenuto rigido o schematizzato, attraverso il quale le parti, in occasione della concretezza del fatto e del suo reale accadimento, sono obbligate ad accertarne la consistenza e la rilevanza sul rapporto già costituito».

e che alterano l'equilibrio contrattuale¹⁷², comportando la necessità che a tali eventi si ovvi per mezzo degli istituti riconducibili al "governo delle sopravvenienze".

Così, basandosi sull'assolutezza del principio di *freedom of contract*, si riteneva che le Corti di *equity* non potessero intervenire nell'assetto degli interessi stabilito dalle parti e, dunque, nemmeno in materia di valutazione del prezzo. Tale convinzione giuridica si è poi riflessa sulla valutazione circa le ragioni per cui si escludeva la possibilità di revisione giudiziale del contratto, in quanto intrusione inaccettabile nel libero mercato e nella libera distribuzione della ricchezza¹⁷³.

Tuttavia, anche alla luce del fenomeno di etero-determinazione contrattuale nell'ambito di tutela dei consumatori e dei risparmiatori, nel sistema americano la dottrina si è concentrata, oltre che sul danno risarcibile da inadempimento¹⁷⁴, anche sulla possibilità per il giudice di riscrivere i contratti, modificandolo con riferimento all'evento sopravvenuto.

Infatti, come già accennato, l'UCC statunitense recepisce la teoria dell'*impracticability* e con essa anche la nozione di buone fede nell'esecuzione del contratto, risentendo il suo principale autore, Llewellyn, dell'influsso dei suoi studi tedeschi. Nel commento ufficiale alla § 2-615¹⁷⁵, infatti, si legge che «in situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of "excuse" or "no excuse," adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and

¹⁷² VALENTINO, *Il contratto incompleto*, cit., 519; BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 69; ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, cit., 37.

¹⁷³ DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, in *Boston Un. Law Rev.*, 1984, 64.

¹⁷⁴ Su queste conseguenze si è aperto un dibattito nella dottrina inglese, che ha portato alla emanazione del *Frustrated Contracts Act* del 1943.

¹⁷⁵ La section 2-615 afferma che: «Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to section 1302.72 of the Revised Code on substituted performance:

(A) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with divisions (B) and (C) of this section is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(B) Where the causes mentioned in division (A) of this section affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(C) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under division (B) of this section, of the estimated quota thus made available for the buyer».

assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith»; nonché, al commento 7, «the failure of conditions which go to convenience or collateral values rather than to the commercial practicability of the main performance does not amount to a complete excuse. However, good faith and the reason of the present section and of the preceding one may properly be held to justify and even to require any needed delay involved in a good faith inquiry seeking a readjustment of the contract terms to meet the new conditions».

Evidenziandosi un forte parallelismo tra la *Geschäftsgrunlage* tedesca e la *basic assumption* dell'UCC, parte della dottrina americana ha ritenuto la § 2-615, anche alla luce del suddetto commento ufficiale, il fondamento normativo per un adeguamento giudiziale del contratto, ammettendo, dunque, un obbligo di rinegoziazione tra le parti. Analogamente alla funzione del § 242 BGB, la *section 2-615* UCC, imporrebbe alle parti un obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede e legittimerebbe l'intervento giudiziale ove violata.

Il caso *Alcoa*, infatti, è divenuto assai celebre non tanto per la valutazione del giudice Teitelbaum, che ritenne applicabile il rimedio dell'*impracticability*¹⁷⁶, riconosciuto

¹⁷⁶ Nei casi *Transatlantic Financing Corp. v. United States* 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966); *Maple Farms, Inc. v. City School District* 76 Misc.2d 1080, 352 N.Y.S.2d 784; *Eastern Airlines Inc. v. Gulf Oil Corp* 415 F. Supp. 429 (S.D. Fla. 1975).; *Publicker Industries, Inc. v. Union Carbide Co.* 17 U.C.C.Rep. 989 (E.D.Pa.1975) fu ritenuto non applicabile il rimedio dell'*impracticability*: si trattava, infatti, di casi accomunati da un'alterazione dei costi della prestazione, ritenuta, tuttavia, insufficiente di per sé a determinare un'impossibilità della prestazione stessa.

In particolare, i giudici ritengono che debbano verificarsi congiuntamente tre requisiti: «First a contingency – something unexpected – must have occurred. Second, the risk of the unexpected occurrence must not be allocated either by agreement or by custom. Finally, occurrence of the contingency must have rendered performance commercially impracticable», che in nessuno dei predetti casi venivano riconosciuti integrati. Nel caso *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, avente ad oggetto un incremento dei costi connessi al trasporto di merci in seguito alla chiusura del canale di Suez, fu affermato che «the performance was not rendered commercially impracticable. While the cost of going around the Cape of Good Hope was greater than going through the Suez Canal, there was no increased risk to the crew or goods. It is not always the case that cost alone may never constitute impracticability, but here, the added expense is not significant. The Plaintiff is also in a better position to purchase insurance for this contingency as a commercial shipper». Nel secondo caso *Maple Farms, Inc. v. City School District*, avente ad oggetto un contratto di fornitura di latte ad una scuola ad un prezzo fisso, si ritenne che «increased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance» e che, ulteriormente, la pattuizione di un prezzo fisso implicasse l'allocazione dell'aumento dei costi in capo al fornitore. Analogamente avvenne in *Eastern Airlines Inc. v. Gulf Oil Corp*, avente ad oggetto la fornitura di carburante, per la determinazione del cui prezzo si faceva riferimento al Platts Oilgram Service. Successivamente alla stipula del contratto, il governo attuò alcuni controlli sui prezzi determinando una situazione "a due livelli" (prezzi controllati dal Governo e prezzi non controllati): ne conseguì che il Platts Oilgram Service interruppe la pubblicazione dei

anche in altri casi¹⁷⁷, quanto per l'idea dallo stesso espressa: ove le parti non avessero raggiunto una rinegoiazione del contratto, vi avrebbe proceduto egli stesso, esercitando il suo potere giudiziale. Il caso Alcoa risulta il più noto e citato ma in senso analogo, si pongono anche *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Electric Corp*¹⁷⁸ e, parzialmente¹⁷⁹, *Unihealth v. U.S. Healthcare and the Health Maintenance Organization of New Jersey Inc*¹⁸⁰.

Tuttavia, i suddetti casi sono rimasti, di fatto, isolati negli sviluppi giurisprudenziali successivi, sollevando diverse critiche in relazione al possibile adeguamento contrattuale ad opera del giudice quale rimedio conforme a buona fede e giustizia contrattuale. Deve rilevarsi, ad ogni modo, come, seppur in ambiti lontani da quello dell'*impracticability*, si registrano interventi giudiziali simili¹⁸¹. Così, in tema di

prezzi non soggetti a controlli governativi. La società convenuta era, dunque, tenuta a vendere ai prezzi pubblicati e cioè quelli controllati dal Governo, con un margine di profitto molto più ridotto giacché i prezzi di vendita erano "artificialmente" bassi a fronte di costi elevati a causa della dipendenza dal petrolio straniero, viceversa, non soggetto a controllo dei prezzi. Anche in questa circostanza fu affermato che «the unforeseen cost increase that excuses performance "must be more than merely onerous or expensive. It must be positively unjust to hold the parties bound. In other words, unprofitability alone will not excuse performance». I termini inequivocabili del contratto evidenziano chiaramente l'intenzione di essere vincolati dalle voci specificate dal Platts Oilgram Service e, al contempo, la società convenuta non dimostrava un *dramatical increased "costs" of production*. «The type of hardship, beyond mere lack of profitability, required to prove commercial impracticability was not established».

Diversamente, nel caso Alcoa, avente ad oggetto un contratto di lavorazione di alluminio, il prezzo era determinato in base ad scala mobile che variava secondo l'indice prezzi all'ingrosso (WPI) e in base alle retribuzioni corrisposte ai dipendenti. In seguito all'embargo petrolifero dell'OPEC, tuttavia, il costo dell'elettricità era salito enormemente, comportando una potenziale perdita per Alcoa di circa \$ 60 milioni di dollari. Proprio l'entità della sopravvenienza e l'assoluta imprevedibilità della stessa furono a tal punto rilevanti da ritenere applicare il rimedio della *commercial impracticability*, giacché la variazione dei prezzi era *especially severe and unreasonable* e tale da alterare "*the essential nature of performance*". Per una critica a tale pronuncia si v. GOLDBERG, *Price Adjustment in Long-Term Contracts*, in *Wis. Law Rev.*, 1985, 535.

¹⁷⁷ *Selland Pontiac-GMC, Inc v. King* 384 N.W.2d 490 (Minn. 1986); *Asphalt International, Inc v Enterprise Shipping Corp, S.A.* 667 F.2d 261, 266 n. 4 (2d Cir.1981); *Federal Pants, Inc v. Stocking* 762 F.2d 561, 568-69 (7th Cir.1985). Venne, invece, rigettata, tra i molti, nei casi *Bernina Distrib, Inc. v. Bernina Sewing Machine Co.* 646 F.2d 434 (10th Cir. 1981); *Alamance County Bd of Educ. v. Bobby Murray Chevrolet Inc.* 465 SE2d 306 (NC App); rev. denied, 467 SE2d 899 (NC)]; *Steel Industries, Inc. v. Interlink Metals and Chemicals, Inc.* 969 F. Supp. 1046, 1051-53 (E.D. Mich. 1997); *Roth Steel Products v. Sharon Steel Corp* 705 F.2d 134 (6th Cir. 1993).

¹⁷⁸ 826 F. 2d 239 (4th Cir. 1987).

¹⁷⁹ In realtà, la base argomentativa dell'opportunità di ricorrere alla modifica giudiziale del contratto veniva individuata, nel caso di specie, nella § 2-305UCC in tema di *Open Price Term*. Per un'analisi più approfondita dei fatti e delle motivazioni del giudice Pisano, si v. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2006, spec. 505.

¹⁸⁰ 4 F.Supp.2d 623, 634 (D.N.J.1998).

¹⁸¹ ZACCARIA, op. ult. cit., spec. 485,487.

riduzione del danno risarcibile per inadempimento contrattuale¹⁸² e in tema di riduzione dell'ammontare delle clausole di liquidazione preventiva dei danni¹⁸³ – similmente al potere riconosciutosi dai giudici italiani¹⁸⁴ - ma ancor più con riferimento allo sviluppo dell'*unconscionability*. Dal vizio della volontà si passa, infatti, con il caso *Williams v. Thomas Furnitures*, alla creazione di uno strumento giurisprudenziale in grado di garantire la giustizia contrattuale, consentendo al giudice di intervenire sul contenuto normativo del contratto. Dapprima accogliendo una *procedural unconscionability*, giungendo poi ad una *substantive unconscionability* volta a valutare l'equilibrio normativo complessivo del contratto e la vessatorietà delle clausole ivi contenute in quanto recanti squilibrio tra gli obblighi e i diritti delle parti.

Se, dunque, come evidenziato, non mancano ambiti e pronunce in cui viene applicato un potere giudiziale di modifica del contratto, si deve, tuttavia, rilevare come si tratti pur sempre di contesti per lo più circostanziati cui non corrisponde una solida dogmatica, dimostrando, per converso, come la giurisprudenza abbia un atteggiamento di riluttanza tanto ad applicare un potere così "invasivo" e "lesivo" del principio di *sanctity of contract* quando a dichiarare una parte *discharge* per *commercial impracticability*, ritenendone sussistenti i presupposti solo in rari casi¹⁸⁵.

¹⁸² § 351 (3) *Second Restatement of Contracts*.

¹⁸³ In applicazione della § 356 *Second Restatement of Contracts*. In tal senso si v., *Carr-Gottstein Property Limited Partnership v. Ruth L. Benedict and Gerry L. Zeek* 72 P.3d 308 (Alaska 2003); *XCO International Inc. v. Pacific Scientific Company* 369 F.3d 998, 1001-05 (7th Cir. 2004); *Ameritech Construction Corp. v. William F. Cummings III*, 66 Va. Cir. 328 (2005).

¹⁸⁴ A tal proposito, Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 ha ritenuto che il potere di riduzione dell'ammontare della penale, pattiziamente previsto dalla parti, ad opera del giudice si estenderebbe tanto alle ipotesi di importo manifestamente eccessivo quanto ai casi in cui si sia verificata ad una parziale esecuzione della prestazione dedotta nell'obbligazione. Cass., 28 settembre 2006, n. 21066, in *Obbl. e contr.*, 2007, 892, inoltre, afferma che tale potere deve riconoscersi esistente anche nell'ipotesi in cui le parti avessero espressamente pattuito l'irriducibilità della penale.

¹⁸⁵ Si pensi ai casi in cui l'applicazione della *commercial impracticability* fu rigettata: *Bernina Distrib, Inc v. Bernina Sewing Machine Co.*, cit.; *Alamance County Bd of Educ. v. Bobby Murray Chevrolet Inc*, cit.; *Steel Industries, Inc v. Interlink Metals and Chemicals, Inc*, cit.; *Roth Steel Products v. Sharon Steel Corp*, cit.; *American Trading & Production Corp. v. Shell International Marine Ltd*. 453 F.2d 939 (2d Cir. 1972); *Transatlantic Financing Corp. v. United States* 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966); *Glidden Co. v. Hellenic Lines Ltd* 275 F.2d 253 (2d Cir. 1960); *7200 Scottsda Road General Partners v. Kuhn Farm Machinery Inc* 909 P.2d 408 (Ariz. Ct. App. 1995) e, più recentemente, *Owbr LLC d/b/a Outrigger Wailea Resort v. Clear Channel Communications Inc d/b/a Urban Network – Sfx Multimedia Group* 266 F. Supp. 2d 1214 (D. Haw. 2003).

Dunque, seppur un interessante filone dottrinale¹⁸⁶ appare propenso all'accoglimento dell'esistenza di un obbligo di rinegoziazione tra le parti, quale applicazione della regola di buona fede, di cui oggi tanto l'UCC quanto il *Second Restatement of Contracts* sono impermeati, nonché della possibilità di intervento giudiziale sul contratto, si deve rilevare che, ad oggi, sussiste un forte scollamento tra tale aspirazione di derivazione accademica e il formante giurisprudenziale che si mostra estremamente rigoroso nell'esclusione di tali rimedi¹⁸⁷, argomentando, di fatto, in termini di costante prevedibilità della sopravvenienza e di rispetto della (più o meno esplicita) allocazione del rischio secondo quanto previsto dalle parti.

Quello statunitense appariva (e appare), dunque, un sistema nel quale sono presenti, *in nuce*, tutti gli elementi affinché si potesse (e si possa) coerentemente diffondersi una teoria degli obblighi rinegoziativi in via giurisprudenziale, ma in cui tale accoglimento non è avvenuto, lasciando la rinegoziazione come mera facoltà che le parti possono contrattualmente prevedere.

6. L'obbligo di rinegoziazione nell'ordinamento italiano

La centralità del rimedio della rinegoziazione e della possibilità di modifica giudiziale del contratto di lunga durata emerge, dunque, tanto dalla prassi degli operatori commerciali internazionali e degli organismi preposti alla creazione di *soft law* a loro destinate, quanto dalla legislazione di alcuni Stati Europei¹⁸⁸, nonché dell'ordinamento europeo¹⁸⁹ e, in forma potenziale dal sistema statunitense.

¹⁸⁶ Tra la dottrina favorevole all'obbligo di rinegoziazione vi sono i fautori del *relational contract*, a cui si rimanda per la relativa bibliografia, tra cui, in particolare, SPEIDEL, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 1981, 369.

¹⁸⁷ *Williams Oil Co. Inc. v. Exxon Corporation* 625 F. Supp. 477 (M.D.N.C. 1985).

¹⁸⁸ Tra di essi, la Germania, l'Olanda e la Grecia, come già evidenziato, ma l'Austria, in via giurisprudenziale, la Lituania (art. 6.204 c.c.), il Portogallo (art. 437 n. 1 *Codigo Civil*). Per un'ampia ricostruzione delle relative discipline, si v. HONDIUS, GRIGOLEIT (a cura di), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, cit.

¹⁸⁹ In senso opposto rispetto ai Pecl si pone il recente *Common European Sales Law* (Cesl), non prendendo in considerazione l'istituto della rinegoziazione e adottando, per converso, la teoria della *cd. sanctity of contract e del relativo rimedio dei compensatory damages*. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, cit., 134.

Anche l'ordinamento italiano non è estraneo ai dibattiti dottrinali¹⁹⁰ e giurisprudenziali sul tema.

Deve, innanzitutto, rilevarsi come, sebbene il codice civile non preveda, in termini generali, una disciplina della rinegoziazione¹⁹¹, tale istituto sia ben noto al legislatore, che ad esso ha fatto ricorso in numerose ipotesi¹⁹². Un rapporto, dunque, apparentemente di contrasto tra regole generali in tema di sopravvenienze e norme speciali, previste per singoli contratti¹⁹³ o, meglio, un rapporto di regola/eccezione. L'elenco di tali "eccezioni" è di non breve conto e spazia dell'area codicistica (si pensi ai contratti di locazione¹⁹⁴, di appalto¹⁹⁵, di mandato¹⁹⁶, di somministrazione¹⁹⁷,

¹⁹⁰ DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit.; BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 467; GAMBINO, *Problemi dei rinegoziare*, cit.; FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, cit., 323; ID., *Il contratto internazionale*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XII, Padova, 1990; ZACCHEO, *Risoluzione e revisione del contratto*, Milano, 2000; GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, cit., 195; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774; AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004; LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. Tar.*, 2006, 1911; MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 1095.

¹⁹¹ TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., 104: «La revisione costituisce strumento operativo di conservazione dell'equilibrio tra le prestazioni soltanto nella fase di attuazione fisiologica del rapporto».

¹⁹² Nello stesso senso si pongono le norme codicistiche volte a tutelare il contratto mediante l'adeguamento (si pensi alla rettifica nelle ipotesi di errore di calcolo; alla riduzione ad equità nei casi che altrimenti legittimerebbero il rescissione per di lesione e la risoluzione per eccessiva onerosità; alla riduzione della propria prestazione al verificarsi di un'impossibilità parziale della stessa).

¹⁹³ BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 2011, 46.

¹⁹⁴ Così, l'art. 1623 c.c., in materia di contratto di affitto, prevede che ove il rapporto contrattuale subisca una perturbazione tale per cui le parti subiscono rispettivamente una perdita e un vantaggio, le due parti possono rinegoziare il contratto ricorrendo o all'aumento o alla diminuzione del corrispettivo ovvero ricorrere allo scioglimento del vincolo negoziale. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 635, il quale sostiene che la disciplina dell'art. 1623 c.c. sia «una misura contro gli eventi perturbatori dell'equilibrio sinallagmatico che appartiene alla grande famiglia dei rimedi contro la sopravvenienza contrattuale»; nonché ROMAGNOLI, *Affitto. Disposizioni generali*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1978, 185; BIVONA, *Affitto di fondi rustici. Affitto a coltivatore diretto*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1995; SOLDÀ, *Art. 1623 - Modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, 721.

¹⁹⁵ Così gli artt. artt. 1661, 1660 1657, nonché l'art. 1664 c.c. secondo cui, in materia di appalto, qualora, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano 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, il committente può chiedere un adeguamento del prezzo per la parte eccedente il decimo della variazione, dimostrando, in un'ottica di mercato e di efficiente allocazione delle risorse, un favor del legislatore per la rimodulazione del prezzo e la conservazione

di assicurazione¹⁹⁸) all'area extracodicistica del contratto di vendita dei pacchetti turistici¹⁹⁹, dei contratti di locazione in ambito pubblico²⁰⁰, dei contratti di mutuo²⁰¹, alle discipline in materia di subfornitura (l. 192/1998, art. 3, co. ult.).

Tuttavia, nonostante la molteplicità delle fattispecie che contemplano la possibilità di rinegoziazione, al punto che si è affermato «potersi ritenere che, in linea di principio, ad esso l'ordinamento giuridico abbia finito col riconoscere portata generale»²⁰² e come il ruolo della revisione contrattuale assuma un fondamento unitario²⁰³ «che trascenda l'ambito delle singole figure legislativamente disciplinate», deve pur sempre riconoscersi che si tratta di norme isolate, cui non corrisponde di per sé un principio generale.

In tale prospettiva, centrale risulterebbe l'art. 1467 c.c. che disciplina l'ipotesi delle sopravvenienze nei contratti a prestazioni corrispettive, prevedendo che la parte

del contratto, anziché per la risoluzione. Così, MOSCARINI, *L'appalto*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1984, 717; CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, cit.; MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., 135; FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contr.*, 1994, 385; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 232; VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, II, 11; IUDICA, *Sorpresa geologica e revisione del contratto*, in ALPA (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, 11.

¹⁹⁶ L'art. 1710 c.c. impone al mandatario di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possano determinare la revoca o la modificazione unilaterale del mandato.

¹⁹⁷ Così gli artt. 1474 e 1560 c.c.

¹⁹⁸ Si v. l'art. 1897 c.c. che disciplina la modifica del rischio nel contratto di assicurazione prevedendo, in particolare, che, ove il contraente comunica all'assicuratore mutamenti che producono una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore, l'assicuratore, a decorrere dalla scadenza del premio o della rata di premio successiva alla comunicazione suddetta, non può esigere che il minor premio (salva la facoltà di recesso).

Analogamente, l'art. 1926 c.c., secondo cui, in caso di aggravamento del rischio causato dal cambiamento di professione dell'assicurato sia di tale natura che, se il nuovo stato di cose fosse esistito al tempo del contratto, l'assicuratore avrebbe consentito l'assicurazione per un premio più elevato, la regola è la diminuzione della somma assicurata o la rideterminazione del premio.

¹⁹⁹ L'art. 40, D.Lgs. 23.5.2011, n. 79 (Codice del Turismo), prevede la revisione del prezzo forfetario di vendita dei pacchetti turistici nel caso in cui avvengano sopravvenienze legate al viaggio, anche ove non comportino un aumento del prezzo originario superiore al 10%.

²⁰⁰ L'art. 55, comma 9, della l. 27 dicembre 1997, n. 449 impone alle pubbliche amministrazioni di rinegoziare «i contratti di fitto locali attualmente in essere con i privati con l'obiettivo di contenere la relativa spesa almeno nella misura del 10 per cento rispetto al canone di locazione vigente».

²⁰¹ In tal senso, il d.L. 27 ottobre 1995, n. 444 permette agli enti locali di «rinegoziare il capitale residuo dei mutui» contratti, e la l. 23 dicembre 1999, n. 488, all'art. 46, autorizzato il ministero del tesoro «a rinegoziare, in favore di tutti i soggetti interessati, entro il 31 marzo 2000, i mutui con oneri a totale o parziale carico dello Stato le cui condizioni siano disallineate rispetto a quelle medie praticate sul mercato per operazioni analoghe».

²⁰² MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, cit., 35.

²⁰³ TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., 119.

contro la quale è domandata la risoluzione in conseguenza della sopravvenuta eccessiva onerosità può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. Emerge, dunque, come nei contratti di durata il fattore tempo si dimostri essere un «criterio di valutazione delle vicende giuridiche»²⁰⁴, in relazione al quale deve leggersi l'essenzialità dei rimedi manutentivi²⁰⁵.

Parte della dottrina²⁰⁶, in particolare, ha affermato che proprio la previsione dell'art. 1467 comma 3 c.c. valga ad individuare nel nostro ordinamento un generale obbligo di rinegoziazione contrattuale.

L'offerta di riduzione ad equità, infatti, rappresenterebbe il fondamento del diritto potestativo per il soggetto che subisce la sopravvenienza, cui corrisponderebbe un obbligo per la controparte di aprire le trattative per la rinegoziazione, dovendo rispettare la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art. 1375 c.c.*²⁰⁷.

La formulazione della norma in termini di possibilità dovrebbe, dunque, secondo tale orientamento, leggersi come un dovere: l'art. 1467 c.c. individuerrebbe un diritto soggettivo ad evitare la risoluzione e un rifiuto della trattative configurerebbe una violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art. 1375 c.c.*

La protratta esecuzione contrattuale nel tempo comporterebbe un'impossibilità di prevedere *ex ante* possibili fattori modificativi dell'equilibrio contrattuale e il ricorso

²⁰⁴ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 79.

²⁰⁵ MACARIO, *op. ult. cit.*; ID., *Le sopravvenienze*, cit., 495; ID., *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, cit.; MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 539; ROPPO, *Il contratto*, cit., 2001, 1046; SACCO, *Il Contratto*, cit., 722; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 1023; GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del rapporto*, cit.; ID., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991; GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, cit.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667; RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, cit., 299; TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law*, cit., 63; GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in COMPORTI, MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, cit., 751; GAMBINO, *Obbligo di rinegoziazione e atto dovuto*, in *Studium iuris*, 2006, 1374; BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 235; TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *ObbL. e contr.*, 2012, 447. In senso critico, BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, cit., 472.

²⁰⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 99; GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 132.

²⁰⁷ MACARIO, *ult. op. cit.*, 295: «La rinegoziazione, dunque, ove non sia l'effetto dell'accordo originario, che preveda apposite clausole, destinate ad operare durante l'esecuzione del contratto anche indipendentemente dalle sopravvenienze, diventa un effetto legale della fattispecie, un obbligo nascente dalla legge nell'ipotesi prevista dall'art. 1467 c. 3». E, ulteriormente, l'obbligo di rinegoziazione ha la sua fonte «nella legge, mentre il rapporto contrattuale ne costituisce il necessario filtro, posto che è la configurazione negoziale come contratto a lungo termine a giustificare l'applicazione della norma in tal senso».

al rimedio risolutorio determinerebbe, soprattutto nei contratti d'impresa, un rischio di paralisi del risultato economico prefissato dalle parti.

Diversamente, altra parte della dottrina²⁰⁸ ritiene che tale fondamento debba rinvenirsi nell'art. 1374 c.c. e che, dunque, l'obbligo di rinegoziazione sia l'esplicazione dalla necessità che il contratto risponda a criteri di equità. Ne conseguirebbe un obbligo di rinegoziazione automatico, effetto legale derivante dall'integrazione del contratto secondo equità, operante come clausola implicita del contratto in termini integrativi.

L'area di operatività di un tale obbligo si estenderebbe, dunque, anche ad ambiti esclusi dalla portata dell'art. 1467 c.c., conferendo rilevanza anche ad aspetti qualitativi della prestazione. Dottrina contraria²⁰⁹ ha, tuttavia, osservato come tale ricostruzione non possa essere accolta: non solo l'equità avrebbe una mera natura suppletiva, ma altresì rappresenterebbe un esclusivo criterio integrativo, secondo alla buona fede e agli usi.

Valorizzando, invece, il ruolo dell'art. 1375 c.c.²¹⁰, la buona fede diverrebbe obbligo di solidarietà²¹¹, imponendo a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali, servono a preservare gli interessi della controparte²¹², come emersi dalla loro volontà contrattuale, ove i termini del contratto siano diventati iniqui nel corso del tempo.

²⁰⁸ SACCO, *Il contratto*, cit., 722. Si v. altresì GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, 478; RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; GALGANO, *Il legittimo e il giusto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1; CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010.

²⁰⁹ BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., 479.

²¹⁰ Si v. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 539, nonché, per un'ampia ricostruzione MACARIO, *Sub. art. 1375 c.c.*, in NAVARRETTA, ORESTANO (a cura di), *Commentario al codice civile*, II, *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, 722.

Recentemente la buona fede è stata riletta come oggetto di un obbligo che entra nel contratto integrandone il contenuto: in senso positivo quale obbligo di attivarsi per salvaguardare l'utilità della controparte (nei limiti dell'apprezzabile sacrificio delle proprie ragioni); in senso negativo quale divieto di abusare della propria posizione al fine di non aggravare ingiustificatamente la condizione della controparte con contestuale applicazione dei rimedi tipici responsabilità contrattuale. In tal senso, con specifico riferimento a sottese vicende rinegoziative, si v. le pronunce della Cassazione nei noti casi Fiuggi (Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296) e Renault (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 345).

²¹¹ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

²¹² Cass., 27 aprile 2011, n. 9404, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1258; Cass., 4 maggio 2009, n. 10182, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1817; Cass., 13 luglio 2007, n. 15669, *ivi*, 2008, I, 712; Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Società*, 2000, 303: «Il principio di correttezza e buona fede, il quale

Infatti, «la buona fede è intesa come espressione di quel dovere (inderogabile) di solidarietà e principio di proporzionalità di rango costituzionale (art. 2 Cost.) che, applicati ai contratti, determinano integrativamente il contenuto e gli effetti degli stessi (art. 1374 c.c.) e ne orientano l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.)»²¹³. Non dunque una contraddizione rispetto all'autonomia negoziale e al principio di relatività del contratto *ex art. 1372 c.c.* ma una tutela al conseguimento del risultato economico sotteso.

Superando anche le letture dell'art. 1366 c.c. che valorizzano il ruolo della buona fede quale mezzo di interpretazione²¹⁴ della volontà negoziale e di protezione dell'affidamento del destinatario della dichiarazione²¹⁵, tale ricostruzione dall'obbligo legale di rinegoziazione nei contratti di durata si basa sulla diversa valenza della buona fede integrativa²¹⁶ che permette di ampliare i diritti e gli obblighi delle parti, divenendo una regola di comportamento²¹⁷.

Sebbene, dunque, non previsto esplicitamente nel contratto, la buona fede integratrice fonderebbe l'obbligo *ex lege* di rinegoziazione quale modalità di attuazione del rapporto obbligatorio stesso²¹⁸, «sostituendo, nell'ambito della realtà economica più complessa dei contratti a lungo termine, alla logica egoistica dell'*advance taking*, che favorisce il contraente avvantaggiato ferme restando le

secondo la Relazione ministeriale al codice Civile, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore, operando, quindi, come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Contr.*, 1999, 569: «la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto».

²¹³ BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, cit., 235.

²¹⁴ SACCO, *Interpretazione del contratto*, in ID., *Il contratto*, cit., 439; ASTONE, *Dell'interpretazione del contratto*, sub artt. 1363, 1364, 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370 c.c., in NAVARRETTA, ORESTANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, II, *Dei contratti in generale*, cit., 488;.

²¹⁵ GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 261.

²¹⁶ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1990.

²¹⁷ NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, 475; DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486.

²¹⁸ ROPPO, *L'integrazione del contratto*, in ID., *Il contratto*, cit., 221.

condizioni del contratto pattuite, quella cooperativa dello *sharing and cooperation*, per la quale invece è necessario che le parti contribuiscano lealmente a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull'equilibrio del contratto»²¹⁹.

Nel contesto della moderna economia, sempre più basata su logiche di programmazione contrattuale a lunga durata e di affidamento sulle qualità dei *partners* commerciali scelti, l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede presenta, quale contraltare, il diritto alla cooperazione per la salvaguardia del rapporto commerciale stesso e del risultato economico²²⁰.

Sovente accade che, in relazioni particolarmente complesse, gli investimenti effettuati dalle parti siano rilevanti e che dunque la risoluzione del rapporto contrattuale comporti perdite economiche ingenti, cui si aggiungono le perdite o i mancati guadagni dovuti alle tempistiche talvolta lunghe per l'individuazione di una diversa controparte con la quale avviare nuove trattative per la conclusione di un rapporto adeguato alle sopravvenienze verificatesi sul mercato. Spesso può, inoltre, verificarsi che per la particolarità, la delicatezza, l'alto *standard* richiesto della prestazione, il numero dei soggetti commerciali cui rivolgersi può essere molto limitato, rendendo ulteriormente difficoltosa la riuscita della stipula di un nuovo e soddisfacente contratto.

In molti contratti plurisoggettivi e contratti di rete – si pensi in particolar modo alle filiere produttive ovvero ai contratti di costruzione e anche al *project financing* – la cooperazione è un principio che caratterizza i rapporti fin dal loro sorgere che, anzi, nascono proprio in quanto tesi alla realizzazione di un risultato cui ciascun soggetto partecipa in modo diretto e attivo, assumendo ciascuno una parte del rischio del mancato conseguimento del risultato programmato. In simili contesti, la logica cooperativa che intride di sé il contratto non può che trovare centralità anche innanzi

²¹⁹ PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, 571.

²²⁰ «Sotto il profilo civilistico, si osserva che, in considerazione delle peculiarità dei contratti di lunga durata, anche in forza di una sorta di impegno reciproco delle parti (che si specifica in ragione della natura dell'affare) per una trattativa mirata all'adeguamento e alla conservazione del rapporto, la buona fede può essere fonte di un diritto-dovere di rinegoziare, traducendosi in obbligo per i contraenti di cooperare, nel senso di rendersi disponibili alla modificazione del contratto, allorché la parte interessata a mantenere in essere un contratto ragionevolmente aderente alla concreta realtà del mercato inviti l'altra a rinegoziare»: MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 550.

a sopravvenienze economiche che rischiano di compromettere la buona riuscita dell'operazione.

L'esecuzione secondo buona fede del contratto implicherebbe dunque «il dovere di ciascuna parte di realizzare l'interesse contrattuale dell'altra o di evitare di recarle danno»²²¹: la valenza dell'art. 1375 c.c. quale norma imperativa e, in quanto tale prevalente rispetto all'art. 1467 c.c., permetterebbe, infatti, di superare anche il contrasto tra quest'ultima norma, che di mera facoltà discorre, e accogliere il diverso concetto di obbligo di rinegoziazione²²².

L'accoglimento di una simile ricostruzione sembra lentamente trovare recepimento anche in giurisprudenza, a fronte di un iniziale atteggiamento di diniego²²³.

Dapprima, il lodo pronunciato nel 2004 dal Collegio arbitrale "Alpa-Sbisà-Nanni"²²⁴ in tema di compravendita di un pacchetto azionario con differimento del saldo del prezzo²²⁵ riconosce l'esistenza, nell'ordinamento italiano, di un dovere di rinegoziazione in caso di un disequilibrio sopravvenuto delle prestazioni sulla base della buona fede integrativa *ex art. 1375 c.c.*

²²¹ Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, cit.

²²² BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze* cit., spec. 480: «(..) tutto il dispositivo dell'art. 1467 si incentra (...) sul gioco tra il potere della parte avvantaggiata di liberarsi dal contratto e il potere della parte avvantaggiata di impedirglielo offrendo di ricondurre il contratto ad equità. Il rimedio dell'adeguamento del contratto si struttura, dunque, come un potere assolutamente unilaterale. Per contro l'obbligo di rinegoziazione necessariamente graverebbe su entrambi i contraenti e dunque istituirebbe in capo a ciascuno di essi il potere, a questo punto bilaterale, di provocare l'apertura di una trattativa e, in caso di fallimento, l'adeguamento giudiziale del contratto».

²²³ Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613. A fronte forte apprezzamento dell'Ecu nel rapporto di cambio con la Lira, il contratto stipulato tra le parti diveniva eccessivamente oneroso: gli attori mutuatari chiedevano all'autorità giudiziaria, oltre alla risoluzione *ex art. 1467 c.c.* del contratto, anche il risarcimento dei danni per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, dal momento che l'istituto erogante non aveva offerto soluzioni alternative, in grado di riequilibrare il rapporto ma il Tribunale di Pescara respinge la richiesta, affermando che «la clausola generale di correttezza non può essere spinta fino al punto di configurare, a carico di una parte, un obbligo di "rinegoziazione" dell'assetto contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti». Analogamente, Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1999, 67.

²²⁴ Lodo del 19 luglio 2004, in *Contr. e impr.*, 2005, 549 ss.

²²⁵ GALGANO, *Diritto dei contratti*, in AMATO, PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, 53, secondo cui «quanto all'Italia, l'*hardship* può ora dirsi penetrato grazie ad un lodo arbitrale che, in rapporto ad un contratto internazionale, ha sviluppato il concetto di buona fede contrattuale fino al punto di procedere, sul rifiuto della parte controinteressata di rinegoziare il contratto a prestazioni resesi squilibrate a seguito della crisi di mercato delle azioni della *new economy*, alla determinazione del più ridotto, ed adeguato ai nuovi valori di mercato, prezzo di compravendita di un pacchetto azionario».

In tal senso, si deve ricordare anche una prima sentenza del TAR²²⁶ che, pur non riconoscendo un vero e proprio obbligo di rinegoziazione, sottolinea, ad ogni modo, l'utilità dello strumento della revisione contrattuale, affermando che «lo stesso comma 3 dell'art. 1467 c.c. introducendo (...) un principio generale, nel disciplinare la (...) fattispecie di scioglimento dal vincolo contrattuale, contempla la possibilità di recuperare il sinallagma attraverso una modifica del regolamento contrattuale tale da restituirgli le originarie condizioni di equità. Si tratta, quindi, di un intervento che, sebbene formalmente modificativo del precedente assetto di interessi, in realtà assolve ad una funzione conservativa del negozio evitando di esporlo ad una possibile risoluzione».

E, più recentemente, in termini più perentori, due provvedimenti del Tribunale di Bari²²⁷ - *leading cases* italiani in tema di obbligo di rinegoziazione - affermano che, in presenza di mutate circostanze che compromettano l'obiettivo dell'operazione economica, diviene obbligatorio per le parti l'adeguamento delle condizioni contrattuali così da salvaguardare l'operazione stessa.

Più in dettaglio, il primo provvedimento ha ad oggetto un contratto di mutuo in relazione al quale si verifica una modifica normativa regionale. Il provvedimento si connota per particolare innovatività sotto due profili: *in primis*, facendo leva sulla clausola generale di buona fede, il Tribunale afferma l'esistenza dell'obbligo legale di rinegoziare, abbracciando, dunque, le tesi dottrinali più innovative sul punto. Ma la portata dirompente della pronuncia prosegue oltre e il giudice riconosce, a tutela dell'obbligo di rinegoziazione, non solo il risarcimento del danno ove lo stesso sia violato, ma anche la possibilità per la parte di agire per la tutela in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* Esisterebbe, infatti, per il giudice il potere modificare il contratto, apportandovi tutte le necessarie modifiche, costituendo modalità attuativa della clausola di buona fede.

Anche il secondo provvedimento si pone nella medesima direzione, affermando anch'esso la sussistenza dell'obbligo di rinegoziare il contratto, in base alla clausola generale di buona fede.

²²⁶ TAR Napoli Campania, 4 marzo 2005 n. 1625, in *Foro amm. Tar*, 2005, 783.

²²⁷ Trib. Bari, ordinanza 14 giugno 2011, in *Contr.*, 2012, 571, con nota di PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari, ordinanza 31 luglio 2012 (confermata da Trib. Bari, 6 giugno 2012), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117, con nota di PATTI, *Obbligo di rinegoziazione e collegamento negoziale*.

Come si diceva, la portata innovativa delle pronunce pugliesi coinvolge anche il profilo rimediale.

Pacificamente, tra i fautori dell'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, si riconosce che il dovere delle parti consiste nel condurre nuove trattative secondo buona fede²²⁸: una nuova negoziazione, dunque, cui non necessariamente seguirà la conclusione di un nuovo accordo modificativo. La violazione dell'obbligo di rinegoziazione consiste, infatti, proprio nel rifiuto di avviare trattative; ovvero nell'avvio delle stesse in modo "malizioso", con l'intento di non pervenire ad alcun accordo²²⁹ e, dunque, non conforme ai canoni di correttezza e buona fede che caratterizzano la fase precontrattuale; ovvero ancora nell'interruzione delle trattative stesse senza motivazione.

Si instaura, dunque, tra le parti una situazione analoga a quella precontrattuale, in cui sussistono i medesimi obblighi tra le parti, le medesime forme di responsabilità²³⁰ e il medesimo rimedio, quello risarcitorio.

Ulteriormente, in un passaggio da un contesto di mortificazione delle clausole generali²³¹ ad una nuova primavera di dette clausole, la buona fede legittimerebbe un crescente e penetrante intervento giudiziale anche negli aspetti contrattuali tradizionalmente esclusivi dell'autonomia privata. «È stato infatti rilevato come, superate le iniziali perplessità circa l'efficacia della clausola generale in parola quale mezzo risolutivo degli squilibri contrattuali, quest'ultima ha subito un processo di espansione che ne ha ampliato nel tempo la portata applicativa, estendendola a

²²⁸ MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 558.

²²⁹ BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, 20.

²³⁰ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1961; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza*, in *Ann. fac. giur.*, Genova, 1971, II, 332; VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 174; NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; VERDICCHIO, *Sul recesso ingiustificato dalle trattative*, in *Foro pad.*, 1993, I, 150; SGROI, *Trattative e responsabilità precontrattuale (art. 1337 Codice civile)*, in RUPERTO, SGROI (a cura di), *Nuova rass. giur. cod. civ.*, Milano, 1994, 716; SACCO, DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, X, 2, Torino, 1995, 463; MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998; MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in ALPA (a cura di), *Il contratto in generale*, 2, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino 2000, 235; ROPPO, *Il contratto*, cit., 175; SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008.

²³¹ PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1975, 798; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 5.; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica. dir. priv.*, 1986, 21; D'ANGELO, *La buona fede*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XII, 4, Torino, 2004, 7; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 16; BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 241.

distinte tipologie di conflitti. Attraverso un lento ma costante sviluppo evolutivo, la buona fede da semplice fonte integrativa del contratto, e come tale, legittimata ad operare solo nei casi di regolamento pattizio incompleto, sembra assurgere a parametro di controllo della validità degli atti di autonomia privata e, talvolta, consentire l'inserimento nel rapporto di regole sostitutive della volontà dei contraenti»²³².

Ampi margini di intervento del giudice nella regolamentazione del rapporto privato in termini di verifica dell'equilibrio contrattuale complessivamente considerato, si rinvencono dapprima con riferimento agli squilibri contrattuali in materia consumeristica²³³, poi in materia di usura²³⁴, di subofrnitura (in parallelo ai poteri del giudice in caso di *gross disparity*, di cui si è detto) e in materia di ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali²³⁵, in una sorta di parallelismo con i simili poteri che Princi *Unidroit* e PECL riconoscono.

²³² COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, consultabile in www.comparazionediritto.civile.it/.

²³³ Art. 33 D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206: «Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

²³⁴ La legge 7 marzo 1996 n. 108 prevede, infatti, che «sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

²³⁵ Dapprima l'art. 7 comma 1 D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (attuativo della direttiva comunitaria n. 2000/35) prevedeva che l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo del pagamento, fosse nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti e ai rapporti commerciali tra medesimi, nonché a ogni altra circostanza, risultava gravemente iniquo in danno del creditore». Il successivo comma 3 statuiva, inoltre, che il giudice, anche d'ufficio, dichiarasse la nullità dell'accordo e, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applicasse i termini legali ovvero riducesse ad equità il contenuto dell'accordo medesimo; successivamente, in virtù della modifiche introdotte con il D.L.gs. 9 novembre 2012, n. 192, attuativo della direttiva 2011/7/UE (art. 1 lett. g) lo stesso art. 7 prevede, che «1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. 2. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero. 3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6. 5. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione è nulla la clausola avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. La nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice».

Tuttavia, «fin quando il potere d'ingerenza del giudice trova la sua fonte nella legislazione speciale, appare comunemente e ragionevolmente giustificato dall'esigenza di tutelare particolari *status* e condizioni di dipendenza sul mercato; diversa è la questione del riconoscimento di un generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata»²³⁶. In tale ultimo senso si registra, oggi, unicamente la posizione giurisprudenziale in tema di clausola penale, riducibile anche d'ufficio²³⁷, in cui non si riscontra quale *ratio* di tale potere la volontà di tutelare il contraente economicamente più debole bensì di ricercare in ogni atto di privata autonomia un equilibrio tra le posizioni soggettive coinvolte.

È alla luce di tale contesto che parte della dottrina ha indagato la possibilità giudiziale di modifica del contratto quale conseguenza della violazione dell'obbligo di rinegoziazione tra le parti.

Un primo strumento correttivo è individuato, dunque, nell'adeguamento del contratto attraverso una determinazione o integrazione dell'offerta mettendo a confronto il valore che la prestazione aveva all'epoca della conclusione del contratto ed il diverso valore che essa ha assunto al momento dell'esecuzione²³⁸. Altra parte della dottrina, avvalorata anche da uno dei provvedimenti baresi, ritiene che la parte interessata alla rinegoziazione possa, invece, chiedere al giudice l'adeguamento del contratto attraverso una sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*

Tuttavia, mentre potrebbe anche ritenersi ammissibile l'intervento del giudice volto a un mero adeguamento del corrispettivo, diversamente, nei casi in cui sia necessaria una riformulazione più ampia del contratto, una simile soluzione appare difficilmente condivisibile. *In primis*, similmente alla distinzione tra obbligazione di mezzo e di risultato, obbligo di rinegoziazione non è sinonimo di obbligo di conclusione di un nuovo contratto²³⁹; il che sarebbe, invece, un effetto automatico dell'applicazione dell'art. 2932 c.c. e, ulteriormente, si creerebbe un effetto distorsivo sulla volontà della parti. Il suddetto rimedio trova, infatti, solitamente applicazione con riferimento a circostanze nelle quali la volontà delle parti è integralmente sviluppata, anche nei

²³⁶ COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, cit., 10.

²³⁷ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

²³⁸ TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 254; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 801.

²³⁹ MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 560; MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1979, 524; DI MAIO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 480; OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

dettagli, e risulta manchevole la “sola” manifestazione attuativa. Assai diversamente, nel caso di specie, tale volontà è inespressa se la controparte non si dimostra disponibile alla rinegoziazione e, ad ogni modo, manchevole e lacunosa nel caso in cui le parti, durante le nuove trattative, non raggiungano un punto di incontro sulle condizioni contrattuali: «anche questa soluzione, laddove possa efficacemente operare (...) nega alle parti la scelta del rischio da assumersi nella misura del prezzo che si è disposti a pagare: il che pare al di fuori delle regole che il nostro ordinamento ha accolto»²⁴⁰.

La dottrina²⁴¹ favorevole all'applicazione dell'art. 2932 c.c., invece, obietta come un simile potere sarebbe giustificato dallo «stato di “emergenza contrattuale”, da cui deriverebbe inesorabilmente la caducazione del contratto, nonché come il giudice opererebbe non sulla base di giudizi personali bensì in base agli elementi già emersi all'inizio delle trattative e, ad ogni modo, sui valori di mercato²⁴², trasformandosi, dunque, in un giudizio equitativo, simile a quello sotteso alla logica dell'art. 1371 c.c.

Tuttavia, appaiono condivisibili le argomentazioni che mettono in risalto l'inidoneità dalla pronuncia costitutiva nelle ipotesi di rinegoziazione stante la diversità dell'ambito applicativo in cui opererebbe: normalmente assume finalità correttive, integrando semplicemente l'inerzia della parte inadempiente, diversamente, nel contesto della rinegoziazione, l'intervento del giudice acquisirebbe natura sostitutiva, creando un contratto *ex novo*, travalicando la volontà delle parti.

Negare l'esistenza di un autonomo potere giudiziale di riscrittura del contratto non significa, tuttavia, negare anche l'esistenza dell'obbligo di rinegoziazione *ex lege*, il quale potrà trovare tutela attraverso il risarcimento del danno²⁴³ da inadempimento degli obblighi contrattuali *ex art. 1218 c.c.*²⁴⁴ nonché, successivamente al

²⁴⁰ SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 808.

²⁴¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 426 ss e, in senso analogo, SACCO, *Il contratto*, cit., 1047.

²⁴² FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di rinegoziazione del mercato*, in *Contr. e impr.*, 1999, 86.

²⁴³ Con riferimento alla risarcibilità dell'interesse contrattuale negativo, tipico della responsabilità precontrattuale, ovvero dell'interesse contrattuale positivo giacché esiste un contratto valido ed efficace ovvero ancora ad entrambi, si v. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., spec. 603-610 e più ampi riferimenti bibliografici ivi indicati.

²⁴⁴ MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 562.

provvedimento di condanna, attraverso la misura coercitiva indiretta per gli obblighi di fare infungibili, l'*astreintes*.

7. L'obbligo di rinegoziazione nel contesto pubblicistico

Le osservazioni fino ad ora elaborate con riferimento alla sussistenza di un obbligo *ex lege* di rinegoziazione nei contratti di lunga durata possono trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui detti contratti siano stipulati nell'ambito del regime pubblicistico²⁴⁵; area nella quale, come evidenziato, il *project financing* è non di rado impiegato per la realizzazione di opere pubbliche.

In tale settore, così come in quello civilistico, l'orientamento prevalente²⁴⁶ risulta contrario a riconoscere l'esistenza di un simile obbligo, argomentando come lo stesso sia incompatibile con i principi, di rango costituzionale, di trasparenza, imparzialità e buon andamento della P.A. In particolare, assume rilievo preminente ed assorbente l'inderogabilità e l'imperatività delle disposizioni sui contratti ad evidenza pubblica, che definiscono specifiche procedure per la scelta del contraente e per la formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, volte a garantire il rispetto delle regole di concorrenza e di *par condicio* tra i soggetti partecipanti alla gara²⁴⁷. Ammettere la possibilità che, esaurita la fase di aggiudicazione, il corrispettivo o altri

²⁴⁵ In tema di rinegoziazione nei contratti pubblici si veda RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 298; LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1911; PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm.*, 2006, 846.

²⁴⁶ Tra le pronunce più significative in tal senso: T.A.R. Lazio, sez. III, 8 gennaio 2002, n. 106 in *Foro amm. Tar.*, 156, con nota di PIAZZALUNGA, *È legittima la trattativa instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?*; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281 in *Foro amm. C. St.*, 2003, 145, con nota di VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*; in *Urb. e appalti*, 2003, 577, con nota di DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali*; in *Gior. dir. amm.*, 2003, 503, con nota di MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*; Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1156, con nota di MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*; T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 24 febbraio 2005 n. 1467, in *Giust. amm.*, 2006, 202, con nota di CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006 n. 126, in *Foro amm. C. St.*, 2006, 168.

²⁴⁷ Per un'analisi della problematica si v. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodi giuridico*, in *Dir. e formazione*, 2003, 1445; PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., 846.

elementi dell'offerta possano essere oggetto di rinegoziazione tra la P.A. e l'aggiudicatario implicherebbe un'alterazione della situazione di fatto che ha portato alla conclusione della fase di aggiudicazione e, dunque, "ad un svilimento della stessa procedura selettiva"²⁴⁸.

Secondo tale impostazione, la sussistenza delle procedure selettive previste *ex lege* esclude in capo alla P.A. la capacità di negoziare al di fuori di tali schemi, con conseguente invalidità (*rectius*, nullità²⁴⁹) del regolamento di interessi determinato a seguito di rinegoziazione. Pertanto, laddove si ponga la necessità di procedere ad una modifica degli assetti nell'ambito di un contratto ad evidenza pubblica, costituirebbe via obbligata per la Pubblica Amministrazione procedere all'annullamento della procedura concorsuale, con le conseguenti ricadute in termini di legittimità del potere di autotutela e di risarcibilità del danno per lesione all'affidamento del contraente²⁵⁰.

²⁴⁸ T.A.R. Lazio, sez. I bis, 11 luglio 2006, n. 5766, in *Foro amm. Tar*, 2006, 2470. Si richiama inoltre la pronuncia del T.A.R. Puglia, sez. II, 16 novembre 2009, n. 2687, in *Ragiusan*, 2010, 317: «Nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, qualsiasi negoziazione dell'offerta economica intervenuta successivamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria, integra violazione dei fondamentali principi dettati, dalle norme nazionali e comunitarie, in materia di tutela della concorrenza, avendo come effetto immediato quello di trasformare la procedura "aperta" in procedura "negoziata", introducendo, in tal modo, elementi distorsivi nell'andamento del mercato, a discapito della "par condicio" dei concorrenti».

²⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit.: «In caso di modifica delle condizioni contrattuali senza il rispetto delle procedure di evidenza pubblica, l'esercizio della funzione amministrativa in contrasto con norme imperative, non dà luogo alla semplice annullabilità del provvedimento, prevista espressamente dalla legge per i soli casi di atto e/o provvedimento di tipo autoritativo, bensì alla nullità dell'assetto di interessi posto in essere con l'assenso del privato interessato».

²⁵⁰ Sul punto si richiama l'orientamento che riconosce la responsabilità della P.A. per lesione dell'affidamento in presenza di un pur legittimo esercizio del potere di autotutela successivamente alla stipulazione del contratto. Cfr. T.A.R. Campania, sez. I, 25 maggio 2007, n. 5687, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce «*Contratti pubblici*», n. 1135; T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 15 marzo 2006, n. 602, in *www.giustizia-amministrativa.it* secondo cui «Non può escludersi la possibile coesistenza tra attività provvedimentale legittima e comportamento illecito della P.A., appare configurabile una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* in capo a un'amministrazione la quale dapprima aggiudichi in via definitiva la gara a una impresa, comunichi alla stessa l'avvenuta aggiudicazione, chieda e acquisisca dall'aggiudicataria la documentazione al fine di procedere al perfezionamento del contratto, stipuli il contratto d'appalto e, alla fine, decida di annullare in via di autotutela l'aggiudicazione e di disporre la caducazione automatica, con effetto *ex tunc*, del contratto già sottoscritto. In tal caso: se è vero che l'annullamento in via di autotutela è stato disposto, complessivamente, in modo legittimo, è vero anche che l'amministrazione nel richiedere e nell'acquisire dalla impresa la documentazione necessaria per la stipulazione del contratto, ha colpevolmente determinato un danno patrimoniale alla impresa medesima, la quale, confidando incolpevolmente nella legittimità di procedura e aggiudicazione, aveva nel frattempo sostenuto delle spese per produrre la documentazione sopra menzionata; la responsabilità dell'amministrazione consiste, in tal caso, non nell'essere illegittimamente ricorsa all'autotutela quanto, invece, nell'aver colposamente indotto l'impresa ricorrente a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto». Si consideri peraltro che possono sussistere dubbi sulla legittimità di un siffatto potere di autotutela successivamente alla stipulazione del contratto basato su di ragioni di convenienza. Così

Tuttavia, anche prendendo spunto dall'esperienza francese di cui si dirà a breve, si osserva come anche in ambito pubblicistico sussistano esigenze di conservazione dei rapporti contrattuali analoghe a quelle del settore privato²⁵¹: la P.A. è, infatti, interessata in via primaria al conseguimento del bene o del servizio oggetto del contratto poiché l'interesse pubblico, cui tale bene o servizio è correlato, trova soddisfazione esclusivamente tramite un corretto e integrale adempimento contrattuale. Eventuali rimedi ablativi risultano, infatti, in contrasto tanto con gli interessi collettivi quanto con il criterio di economicità quale declinazione del principio costituzionale di buon andamento *ex art. 97 Cost.*, nonché, secondo recenti evoluzioni legislative²⁵², quale declinazione del principio di copertura finanziaria *ex art. 81 comma 4 Cost.*²⁵³. In antitesi a tali parametri si porrebbero, infatti, le lunghe tempistiche per l'accertamento o la pronuncia dei rimedi risolutivi; le dilatazioni temporali e i costi per la ri-pubblicazione di nuovi bandi di gara cui seguono altrettante nuove procedure concorsuali per l'aggiudicazione del soggetto vincitore; il deperimento delle parti di opere o servizi parzialmente realizzati e non terminati che

T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171 in *Urb. e app.*, 2009, 483: «La giurisprudenza amministrativa, infatti, riconosce pacificamente alla p.a. il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto qualora sussistano i presupposti del ricorso alla cd. "autotutela", comunemente ravvisati nella illegittimità dell'atto annullato e nella sussistenza di un interesse pubblico da compararsi con quello del privato che abbia riposto un legittimo affidamento sulla stabilità dei suoi effetti è [...] discorso diverso andrebbe fatto con riguardo alla revoca della aggiudicazione per motivi di opportunità e convenienza la quale, qualora intervenga dopo la costituzione del rapporto contrattuale, pare difficilmente distinguibile dal recesso».

²⁵¹ PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 461.

²⁵² La riforma titolata "Inserimento del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale", attuata con L. Cost. 20 aprile 2012, n. 1, ha novellato gli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost., introducendo nell'ordinamento un principio di carattere generale, secondo il quale tutte le amministrazioni pubbliche devono assicurare l'equilibrio tra entrate e spese del bilancio e la sostenibilità del debito, nell'osservanza delle regole dell'Unione europea in materia economico-finanziaria. Il ricorso all'indebitamento è, infatti, previsto solo entro i limiti degli effetti negativi sul bilancio derivanti dall'andamento del ciclo economico o al verificarsi di eventi eccezionali (gravi recessioni economiche, crisi finanziarie e gravi calamità naturali) previa autorizzazione del Parlamento, mediante l'approvazione di deliberazioni conformi delle due Camere sulla base di una procedura aggravata. Per un'ampia ricostruzione del tema e della pronuncia della Corte Costituzionale ivi connesse si v. PIERONI, *La giurisprudenza costituzionale 2012 e 2013 in tema di obbligo di copertura* (art. 81, quarto comma, Cost.), in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_246_copertura_finanziaria.pdf.

²⁵³ Cass., 9 maggio 2003, n. 7073, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2387: «È indubbio che la p.a. debba sempre e comunque ispirare la sua azione al criterio della massima economicità di gestione, e che i contratti con cui essa è ammessa alla libera scelta dell'altra parte del rapporto, vengano di regola conclusi con procedure complesse, volte ad assicurare la pattuizione più vantaggiosa e l'esecuzione nelle condizioni di migliore sicurezza ed economicità».

non necessariamente troveranno nuova vita nel progetto dell'ulteriore aggiudicazione comportando, dunque, ulteriori costi di riadattamento o conversione.

Se, dunque, i principi di buon andamento e imparzialità sono principi di rango costituzionale, di pari rango risultano essere anche quelli di economicità ed efficienza, non potendosi per ciò solo, sulla base dei primi, escludere la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione *ex lege* nel contesto pubblico.

In senso favorevole devono, innanzitutto, leggersi le plurime norme contenute nel Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) che introducono in diversi contesti un simile meccanismo: si pensi in tal senso all'art. 143 comma 8 in tema di concessione di lavori pubblici; agli artt. 115 e 133 rispettivamente per l'ambito degli appalti di servizi e forniture e per gli appalti di lavori; nonché all'art. 132 in materia di varianti in corso d'opera.

Inoltre, deve osservarsi come un orientamento giurisprudenziale²⁵⁴ ammetta la sussistenza di un obbligo rinegoziativo, benché circoscritto alle sole ipotesi di individuazione del contraente mediante procedura negoziata (artt. 56 e 57 Codice dei contratti pubblici), sia essa trattativa privata pura ovvero procedimentalizzata, non ravvisandosi in tali casi alcuna alterazione del principio di concorrenzialità.

In realtà, la stessa nozione di "sopravvenienza", correttamente intesa, induce a ammettere l'astratta compatibilità dell'obbligo di rinegoziazione nell'ambito dei contratti a evidenza pubblica, a prescindere dal tipo di procedura selettiva adottata. Si ponga, infatti, a mente che, da un lato, la sopravvenienza riguarda tutti quegli accadimenti imprevedibili e indipendenti dalla volontà delle parti relativi alla fase esecutiva del rapporto contrattuale idonei ad alterare l'originario assetto stabilito al momento della stipulazione; dall'altro, che sussiste una precisa distinzione tra la fase di scelta del contraente mediante aggiudicazione, quale atto di natura amministrativa, e la stipulazione del contratto, atto negoziale che determina l'avvio della fase privatistico-esecutiva nella quale la P.A. agisce *iure privatorum*²⁵⁵. Da tali

²⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002 n. 6004, in *Foro amm. C. St.*, 2002, 2945: «Nelle procedure di evidenza pubblica è illegittima qualsiasi negoziazione, anche in fase successiva all'aggiudicazione, con il candidato risultato aggiudicatario. La possibilità di una negoziazione è invece legittima nelle procedure negoziate, pur se precedute dalla pubblicazione del bando di gara e, in assenza di una diversa prescrizione nella *lex specialis*, è altresì legittima la scelta della P.A. di limitare la rinegoziazione ad una sola impresa offerente» nonché Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 1990 n. 686, in *Foro amm.*, 1990, 2036.

²⁵⁵ Sulla distinzione tra la fase amministrativa della scelta del contraente e la fase privatistica relativa

precisazioni consegue che l'eventuale rinegoziazione del contratto ad evidenza pubblica, necessitata da una sopravvenienza per sua stessa definizione intercorrente in fase esecutiva, non è idonea a determinare alcuna alterazione dell'esito della procedura di affidamento già compiutamente esaurita: nessuna violazione della *par condicio* tra concorrenti, bensì il perseguimento dell'interesse collettivo mediante ricorso allo strumento manutentivo.

E, infatti, come anticipato, l'applicazione dell'istituto della rinegoziazione in ambito pubblicistico risponde al principio di economicità, consentendo un risparmio di costi in capo alla P.A., che dovrebbe altrimenti sostenere; una continuità nell'erogazione del bene o del servizio; nonché una tutela per il soggetto privato che non subisce gli effetti di una cessazione del rapporto contrattuale²⁵⁶.

A sostegno di tale ricostruzione si considerino le diverse teorie elaborate nell'ordinamento francese in tema di adattamento del contratto in corso di esecuzione, con il riconoscimento nell'ambito pubblicistico dell'istituto della rinegoziazione, al contempo negata in relazione ai contratti conclusi tra privati²⁵⁷.

alla stipulazione e esecuzione del contratto si v. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401 in *Foro amm. C. St.*, 2007, 3026: «Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase - che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) - l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale».

²⁵⁶ VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 501.

²⁵⁷ Solo la pronuncia Cass. Req., 20 agosto 1838, in *Sirey*, 1838, I, 973 ne aveva accolto l'elaborazione rimanendo tuttavia isolata. Già a partire dall'*affaire du Canal de Cramponne* del 1876 la Cassazione francese afferma come il principio dell'obbligatorietà del contratto ex art. 1134 non possa trovare eccezione alcuna, altrimenti minandosi la *sécurité des transactions*. In questo senso anche le successive pronunce Cass. civ., 6 giugno 1921, in *Recueil Sirey*, 1921, 193; Cass. Com., 18 gennaio 1950, in *Dalloz*, 1950, 227; Cass. Com., 18 dicembre 1979, in *Bulletin civil*, IV, 339: «sous aucun prétexte on pour autre motif, modifier les convention légalement formées entre les parties» nonché, più di recente, Cass. civ., 10 dicembre 2003, in *Actualité juridique de droit immobilier*, 2004, n. 2, 127: «Le crédit-bailleur n'a pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial de crédit-bail immobilier suite à l'apparition de difficultés du marché locatif de bureaux dont il ne peut être tenu responsable». In dottrina si veda STOFFEL, MUNK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Aix-Marseille, 1994, 10; MENARD, *Imprévision et contracts de longue durée: un économiste à l'écoute du juriste*, in AA.VV., *Le contrat au début du XXI siècle: Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, 661; MOURALIS, *Imprévision, Répertoire de droit civil*, in *Dalloz*, 2003; AUBERT, SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, Parigi, 2004, 310; MALAURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2007, 379; CATALA, *La renégociation des contrats*, in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Parigi, 2008, 91. Si v. altresì FAVA, *Il contratto*, cit., 115.

Sulla base delle *théorie du fait du prince* e *théorie des sujétions imprévues*, al privato viene riconosciuto un indennizzo integrale per il pregiudizio subito nel corso dell'esecuzione del contratto concluso con la Pubblica Amministrazione a fronte, nel primo caso, di una maggiore onerosità nell'adempimento per effetto dell'intervento del soggetto pubblico; nel secondo di circostanze imprevedibili, indipendenti dalle parti, che aumentano in modo "anormale" i costi per l'adempimento del contratto²⁵⁸. Coincidente con l'istituto della rinegoziazione appare la *théorie de l'imprévision*²⁵⁹, affermata per la prima volta dal *Conseil d'Etat* nel 1916²⁶⁰ - il noto *arrêt de Bordeaux* - che ha riconosciuto, in presenza di sopravvenute circostanze imprevedibili, indipendenti dalle parti²⁶¹ e tali da alterare l'equilibrio contrattuale, la necessità di una revisione del contratto ad evidenza pubblica al fine di garantire la continuità nel servizio e applicata dai giudici amministrativi in successive pronunce²⁶².

Argomentando come l'interesse pubblico debba prevalere sull'autonomia contrattuale privata la giurisprudenza amministrativa francese ha dunque ritenuto sussistente una facoltà di intervento del giudice²⁶³ volta a riadattare il contratto al fine di tutelare l'erogazione del servizio pubblico «ogni volta che l'utilità nazionale lo richieda, lasciando al giudice la valutazione dei casi in cui l'utilità economica e sociale richieda il suo intervento ed altresì quella relativa al tipo di intervento da effettuate scegliendo tra la revisione del contratto e il suo scioglimento»²⁶⁴. La Pubblica Amministrazione, interessata ad un rimedio di carattere manutentivo,

²⁵⁸ RIVIERO, WALINE, *Droit Administratif*, Parigi, 2006, 398.

²⁵⁹ In tema di *imprévision* nel diritto amministrativo si v. tra gli altri GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2008, 422; RICHER, *Droits des contrats administratifs*, Parigi, 2008, 277; ROBERT, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2009, 62; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 344.

²⁶⁰ Cons. d'Etat, 30 marzo 1916, in *Sirey*, 1916, 17.

²⁶¹ AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, in *Revue de jurisprudence commercial*, 2005, 399 rileva come sia sufficiente che l'evento, ancorché prevedibile, non sia stato in concreto previsto dalle parti.

²⁶² Cons. d'Etat, 21 luglio 1917, in *Recueil Lebon*, 1917, 586; Cons. d'Etat, 8 febbraio 1918, in *Recueil Lebon*, 1918, 122; Cons. d'Etat, 30 ottobre 1925, in *Recueil Lebon*, 1925, 836; Cons. d'Etat, 23 gennaio 1953, in *Recueil Lebon*, 37; Cons. d'Etat, 23 novembre 1956, in *Revue de droit public*, 1957, 360;

²⁶³ TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, 414; FAUVARQUE-COSSON, *Le changement des circonstances*, in *Revue des contrats*, 2004, 67; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2005, 475. Critici sulla possibilità di riconoscere un intervento del giudice AUBERT, SAVAUX, *Les Obligations*, cit., 119.

²⁶⁴ TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., 305.

proporrà alla controparte una revisione del prezzo da corrispondere cosicché possa, in un'ottica di equità o giustizia distributiva, permettere una ripartizione delle perdite economiche subite in conseguenza della sopravvenienza.

Anche il settore civilistico, tradizionalmente restio, come detto, ad ammettere l'accoglimento dell'obbligo di rinegoziazione, pare oggi lentamente e con molte cautele spingersi in tale direzione, individuandone il fondamento nella buona fede di cui agli artt. 1134 e 1135 code civil²⁶⁵, in forza dei quali non si può pretendere l'esecuzione di un contratto allorquando risulti alterato da sopravvenienze²⁶⁶: non solo la buona fede escluderebbe la legittimità della richiesta di esecuzione, ma, altresì, rappresenterebbe il fondamento del dovere di rinegoziazione del rapporto.

Se, dunque, in Italia si ammette l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione nel contesto civilistico, *a fortiori*, come insegnato dai cugini d'Oltralpe, lo stesso deve trovare spazio anche nel settore pubblicistico, a tutela dell'operazione economica programmata ed al fine di evitare una dispersione di risorse economiche in favore dei principi di efficienza e di economicità.

Pertanto, alla luce di quanto osservato, la possibilità di ricorrere allo strumento manutentivo nel *project financing* in caso di sopravvenienze economiche non dovrebbe trovare un differente trattamento applicativo nel settore pubblico e privato giacché la buona fede, quale clausola generale con valenza non solo interpretativa bensì anche integrativa del contratto, ne rappresenta il fondamento comune.

²⁶⁵ Per una disamina delle due disposizioni, omologhe agli artt. 1374 e 1375 del codice civile italiano, e per la rilevanza nell'ordinamento francese dell'obbligo di buona fede, si v. MESTRE, *Une bonne foi, décidément très exigeante*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, 760; CHAZAL, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 267; MOULY, GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, 2006; GRYNBAUM, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2007, 120; LE TOURNEAU, POUMAREDE, *Bonne foi*, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009.

²⁶⁶ Cass. com., 3 novembre 1992, BP c/Huard, in *Bullettin Civil*, IV, n. 338, 241; Cass. soc., 25 febbraio 1992, Expovit, in *Bullettin Civil*, V, n. 122; Cass., com., 24 novembre 1998, Chevassus-Marche, in *Bullettin Civil*, IV, n. 277, 232. In dottrina, favorevoli applicazione dell'istituto dell'*imprévision* nel campo del diritto civile GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, *Les effets du contract*, in *Traité de droit civil*, Parigi, 2001, 381; CHABAS, *L'inexécution licite du contract*, Parigi, 2002, 399; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2005, 475.

8. L'obbligo di rinegoziazione: dai *relational contracts* al collegamento negoziale

Il *project financing*, come emerso, si configura quale contratto unitario composto da frammenti negoziali, ciascuno dei quali si caratterizza per la reciproca interdipendenza e complementarietà, essendo solo dalla loro peculiare combinazione che si realizza il progetto complessivo.

È, dunque, con riferimento al “contratto-quadro” di *project financing*, volto a individuare l'equilibrio economico-finanziario, che, come detto, deve valutarsi l'essenzialità di ciascun frammento negoziale e le conseguenze delle relative eventuali patologie. E, sempre in questa logica, è con riferimento al risultato economico globalmente progettato e perseguito che si deve valutare la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione.

Infatti, se di contratto unitario si discorre, l'obbligo di esecuzione in buona fede *ex art. 1375 c.c.* deve ritenersi esistente non solo in relazione ai singoli frammenti contrattuali ma anche in relazione al macro-contratto di *project financing*.

Il mancato ottemperamento all'obbligo di rinegoziazione del singolo frammento negoziale, cui la sopravvenienza si riferisce, può comportare, infatti, una lesione anche di interessi più ampi, ove ciò metta in pericolo la buona riuscita del progetto, nella sua complessità, ledendosi, quindi, anche l'interesse collettivo delle plurime parti, riflesso nella comunione di scopo.

Dunque, la valutazione circa il *favor* del rimedio manutentivo deve essere condotta non con riferimento all'interesse individuale di ciascun contraente bensì all'interesse collettivo all'esecuzione del contratto di finanza di progetto, giacché la gravità di una sopravvenienza che infici un rapporto contrattuale essenziale potrebbe essere tale da arrecare pregiudizio rispetto alla strategia inizialmente programmata e al perseguimento dello scopo comune.

Il rifiuto per l'applicazione *tranchant* del principio di *simul stabunt simul cadent* in presenza di vicende patologiche che riguardino uno dei frammenti negoziali in favore dell'analisi dell'essenzialità del singolo negozio nell'ambito dell'operazione rispecchia l'interesse primario alla conservazione del progetto nella sua complessità: logica che si ritrova speculare nella valutazione della gestione delle sopravvenienze. Come la caducazione dell'intero contratto farà seguito solo al venir meno di una

prestazione essenziale, dal momento che, diversamente, la risoluzione di un singolo frammento impedirebbe alle altre parti, non colpite da patologie o inadempimenti, di proseguire il progetto; specularmente il principio di conservazione del contratto di *project financing*, attuazione dello scopo comune, deve indurre a considerare l'obbligo di rinegoziazione come esistente in relazione all'intero progetto.

Ancora una volta la concezione del singolo contratto si allontana dall'idea di scambio isolato per divenire frammento di uno schema organizzativo complesso, che deve rispondere, con flessibilità, anche alle sopravvenienze.

Lo scopo comune delle parti connesso alla realizzazione del progetto richiede che le parti cooperino in vista della realizzazione, messa in opera e buon funzionamento dell'opera o del servizio oggetto del contratto di *project financing*, giacché è proprio solo con il successo dell'avviamento finale che può dirsi raggiunta la finalità comune di tutti i soggetti.

Tipicamente, sono necessarie lunghe tempistiche per la realizzazione di operazioni in *project financing* nonché ingenti investimenti di lungo periodo e, spesso, risultano di difficile interscambiabilità i soggetti che vi prendono parte per l'alto grado di specificità e tecnicità delle prestazioni da eseguirsi. Ne consegue che, in relazione a sopravvenienze che minacciano la realizzabilità del progetto stesso, le parti contrattuali debbano scegliere il rimedio volto ad assicurare il perseguimento dello scopo comune, non potendo l'interesse delle parti di un singolo frammento negoziale, in relazione al quale si verifica l'evento sopravvenuto, prevalere sull'interesse collettivo.

Accolta la teoria della sussistenza di un obbligo di rinegoziazione *ex lege*, si deve dunque ritenere che esso trovi esplicazione in ciascun rapporto negoziale direttamente colpito da sopravvenienze ma anche, in virtù del medesimo principio di buona fede *in executivis*, sugli altri frammenti dalle stesse non direttamente interessati ove l'equilibrio globale e la realizzabilità del progetto risultino pregiudicati.

In tal senso appaiono di particolare interesse le osservazioni compiute dai giudici nel provvedimento barese²⁶⁷, di cui si è già detto, poiché mirano a sostenere un obbligo di rinegoziazione anche nei collegamenti negoziali.

²⁶⁷ Trib. Bari, ordinanza 31 luglio 2012, cit.

Seppur si sia già chiarito come si opti per una ricostruzione della finanza di progetto in termini unitari, a discapito dell'inquadramento quale collegamento negoziale, l'approdo pugliese risulta, ad ogni modo, di utilità ai presenti fini giacché se si può ritenere sussistente un obbligo rinegoziativo nei collegamenti negoziali, *a fortiori*, deve ritenersi sussistente nei contratti complessi in cui le relazioni tra le parti risultano improntate ad una logica collaborativa e di interconnessione ancor più stringente. Non da ultimo, i rilievi condotti appaiono rilevanti anche per corroborare la (parzialmente) diversa lettura dei contratti collegati in chiave unitaria²⁶⁸.

Il provvedimento richiamato osserva, in particolare, la centralità degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase di esecuzione del contratto, posti in stretta relazione con il principio di esecuzione in buone fede. In tal senso, l'adeguamento derivante dall'obbligo di rinegoziare assume la funzione di portare a compimento il risultato contrattuale adeguando il regolamento alle nuove circostanze. In tutti i soggetti dell'operazione economica, infatti, deve ritenersi sussistente un dovere comune di «rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto o di diritto, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto»²⁶⁹.

Emergerebbe, dunque, come non sia il profilo della durata temporale isolatamente considerato a determinare la necessità di riadeguamento dei rapporti, ma il più complesso profilo strutturale dei contratti “relazionali”, da un lato e dei contratti collegati, dall'altro in quanto accomunati dalla presenza di programmi economici che non si esauriscono in una singola prestazione di scambio ma si realizzano attraverso principi di collaborazione, cooperazione e interdipendenza.

Nella prima ipotesi, quella dei contratti relazionali di lunga durata, come già detto, è il fattore temporale che determina la necessità di relazioni incentrate su reciprocità e solidarietà economica; nella seconda, quella del collegamento negoziale, anche ove composto da contratti di scambio, è la strutturazione reticolare che determina il sorgere di un affidamento reciproco tra le parti circa il raggiungimento dell'operazione economica progettata.

²⁶⁸ BIANCA, *Il contratto*, cit., 524.

²⁶⁹ PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117.

L'esigenza di salvaguardare l'equilibrio dell'operazione contrattuale può, infatti, manifestarsi anche con riferimento a “contratti che non implicano una durata particolarmente lunga e che non sono condizionati in modo specifico dallo stato della tecnologia e del mercato”²⁷⁰, essendo sufficiente che non si esauriscano in una esecuzione istantanea. Anzi, nelle ipotesi di collegamento negoziale, la rinegoziazione trova un fondamento ulteriore, derivante dalla necessità di non compromettere l'operazione economica globale: la sopravvenienza che riguardi uno dei contratti può, infatti, comportare la caducazione di una intera fattispecie negoziale, anche molto complessa.

La conservazione dell'operazione economica diviene, in tale prospettiva, interesse comune di tutte le parti, che assumono reciprocamente, alla luce della clausola generale di buona fede, l'obbligo di ripristinare l'equilibrio contrattuale del contratto, ove alterato: all'interno tanto dei contratti plurilaterali di lunga durata quanto nei collegamenti negoziali si instaurano relazioni privilegiate in relazione alle quali sorge il dovere di tutelare il reciproco affidamento.

Infatti, nello sviluppo giurisprudenziale, la tutela dell'affidamento ha trovato esplicazione in numerose ipotesi: dalla *culpa in contrahendo*, legata al momento di formazione del contratto, ai casi di informazioni inesatte, ai casi in cui da un contatto possano discendere danni “di riflesso” nei confronti di terzi in occasione dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale²⁷¹.

Come noto, la dottrina tedesca, per ovviare al carattere lacunoso del BGB, alla rigida tipizzazione della responsabilità extracontrattuale e alla tassatività dei beni giuridici protetti, ha sviluppato la figura del rapporto obbligatorio costituito da *Leistungspflichten* e *Verhalyenspflichten*, ossia da obblighi di prestazione cui si affiancano doveri di comportamento, i quali, tuttavia, non risultano meramente strumentali ai primi, bensì autonomi. Ripercorrendo gli sviluppi tedeschi, la dottrina italiana, seguita poi dalla giurisprudenza, ha elaborato la teoria della responsabilità da c.d. contatto sociale²⁷² attraverso l'elaborazione della figura di “obbligazione

²⁷⁰ PATTI, ult. op. cit., 117.

²⁷¹ AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 92.

²⁷² L'espressione “contatto sociale” è stata coniata dalla giurisprudenza in Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con nota di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Corriere giur.*, 1999, 446, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. In dottrina si v. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; ID., *Obblighi di protezione*,

senza obbligo primario di prestazione”, la quale scardina la tradizionale definizione di obbligazione che, al contrario, esige la sussistenza di una prestazione.

La disciplina della responsabilità contrattuale, quindi, non trova applicazione solo in caso di violazione dell'adempimento della prestazione dedotta, ma anche nell'ulteriore ipotesi di violazione di questi obblighi aggiuntivi i quali determinano il sorgere di un obbligo di protezione verso la controparte così come verso i terzi coinvolti da detta relazione.

Tali ulteriori obblighi²⁷³ sarebbero rappresentati dai generali doveri di comportamento secondo correttezza e buona fede²⁷⁴ ai sensi degli artt. 1175 e 1176

in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1997, 177 ss., oggi in *La nuova responsabilità civile*, 3, Milano, 2006, 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 679, secondo cui la responsabilità da contatto sociale troverebbe appiglio normativo nell'art. 1173 c.c., ridimensionando la centralità del regolamento contrattuale in favore di un'estensione dell'ambito applicativo della categoria delle obbligazioni *ex lege*, oltre alle classiche obbligazioni di gestione d'affari altrui, pagamento dell'indebito, arricchimento senza giusta causa. La dicitura “ogni altro atto o fatto” permetterebbe, infatti, di superare la distinzione contratto-atto illecito, ammettendo un *tertium genus* derivante dalla necessità di tutela dell'affidamento incolpevole, conformemente agli obblighi previsti dagli artt. 1175, 1176, 1337, 1338 c.c.

Con riferimento alle c.d. “zone grigie del diritto”, si v. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41; ID., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748 ss.; ID., *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539. Si v. inoltre BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1342; ID., *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, Torino, 1991, VII, 221; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007.

Per una ricostruzione critica dell'istituto della responsabilità da contatto sociale si veda NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto Civile*, IV, 3, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 233; ID., *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1453, nonché MIRABILE, *Responsabilità aquiliana della banca per divulgazione di false o errate informazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, 3, 401 ss; DI MAJO, *Il contratto e l'obbligazione nei principi*, cit., 894; ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente: la responsabilità del medico per errore diagnostico*, Padova, 1994; ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente: la responsabilità del medico per errore diagnostico*, Padova, 1994; MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 4; GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in DEL PRATO (a cura di), *Violazioni del Contratto*, Milano, 2003, 15; FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011.

²⁷³ CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz*, Monaco, 1983, 27, trad. it. in *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1983, 297; BENATTI, *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, cit., 1342; ID., *Doveri di protezione*, cit., 221; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123; ID., *Obblighi di protezione*, cit., 1; ID., *Sub art. 1176 c.c.*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, IV, Torino, 1991, 19; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 147; ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 157; ID., *La nuova responsabilità civile 3*, cit., 443.

²⁷⁴ Sulla funzione della clausole generali, PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, cit.; SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, cit., 798; MENGONI, *Spunti per una*

c.c., i quali si esplicano in varie forme in ragione delle diverse obbligazioni cui afferiscono, assumendo così le vesti di obbligo di comunicazione, di informazione, di segreto, di custodia nelle diversi fasi delle trattative, della formazione e dell'esecuzione del contratto, anche della fase successiva all'estinzione dello stesso e, non da ultimo, anche di obbligo di cooperazione nelle ipotesi di collegamento negoziale funzionale ove la particolare strutturazione contrattuale si atteggi in modo tale da rendere un contratto essenziale per la produzione degli effetti di un altro.

Infatti, rilevato che tali obblighi, pur se accessori alla prestazione, sono fonte autonoma di responsabilità, si è sostenuto che tale autonomia ben può essere estremizzata, ammettendo che detti obblighi di condotta possano sussistere anche in ipotesi in cui l'obbligo di prestazione connesso all'esistenza di un vincolo contrattuale non sussiste²⁷⁵.

La casistica ricondotta alla categoria della responsabilità da contatto sociale è assai varia: nata con riferimento alle ipotesi di responsabilità del medico, dipendente di una struttura sanitaria, nei confronti del paziente e dell'insegnante nei confronti dello studente per il danno cagionato dall'allievo a se stesso, è poi stata estesa all'ampia casistica delle erronee informazioni rilasciate da un soggetto professionale e non da ultimo anche nella fase post contrattuale²⁷⁶.

Si tratta, ad ogni modo, di ipotesi accomunate dall'esistenza di una "situazione relazionale" tra due soggetti, in ragione della quale sorgono, in capo alla parte che

teoria delle clausole generali, cit., 5; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 21; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 7; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 16; BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, cit., 241.

²⁷⁵ CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 2009, 679.

²⁷⁶ Le pronunce in materia di contatto sociale hanno inizialmente sancito la responsabilità dell'insegnante per il danno auto-cagionato dall'allievo: Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414 e successivamente, *ex pluribus*, Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 491; Cass., 29 settembre 2011, n. 19881, in www.leggiditaliaprofessionale.it; nonché del medico dipendente della struttura ospedaliera: Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455 e più recentemente Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2063 e Cass., 21 luglio 2011, n. 15994, in www.leggiditaliaprofessionale.it. Più recentemente l'ambito di applicazione è stato esteso anche ai casi di informazioni inesatte o incomplete rilasciate da soggetti professionali: in tema di responsabilità del mediatore si veda Cass., 22 ottobre 2010, n. 21737, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Mediazione», n. 24; Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corriere giur.*, 2010, 206; in tema di responsabilità dell'istituto di credito si veda Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1447 e più di recente Cass., 13 maggio 2009, n. 11130, in www.leggiditaliaprofessionale.it; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3663; nonché, con riferimento alla responsabilità degli intermediari finanziari, Cass., 7 aprile 2006, n. 8229, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 4 e delle *Authorities* Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1139 e, relativamente alla responsabilità post contrattuale, Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 169.

riveste una specifica posizione o qualifica professionale, doveri di collaborazione e protezione verso l'altra al fine di salvaguardare l'affidamento che quest'ultima ripone nella prima. In tal caso, di responsabilità da contatto sociale si può parlare allorquando colui che riponga l'affidamento subisca un danno nella propria sfera personale o patrimoniale per effetto dei comportamenti – diversamente declinati in ciascuna sottocategoria – assunti dalla controparte qualificata²⁷⁷.

In capo a quest'ultimo non può, infatti, essere individuata una responsabilità contrattuale posto che non sussiste alcun vincolo di tale natura tra le parti; e, al contempo, neanche la responsabilità *ex art. 2043 c.c.* appare soddisfacente, ravvisandosi tra le parti una relazione pur sempre più specifica rispetto a quella generica “del chiunque o del passante”, poiché arricchita da affidamento, buona fede e obblighi di protezione²⁷⁸.

Il rispetto del principio di correttezza non si esaurisce solamente nella fase precontrattuale tutelata dagli artt. 1337 e 1338 c.c., ma si esplica nella più generale previsione degli artt. 1175 e 1176 c.c., che fondano un obbligo di protezione anche al di fuori di tale fase e, dunque, anche nella fase di esecuzione del contratto, come testimoniato dall'art. 1375 c.c.: ne consegue che nelle operazioni economiche realizzate tramite collegamenti negoziali, l'obbligo di protezione troverebbe un campo elettivo di applicazione.

Tra i diversi soggetti che non sono parte contrattuale in senso stretto si crea, infatti, una relazione privilegiata, in quanto, seppur, come detto, non legate da un diretto rapporto contrattuale, mirano alla realizzazione del risultato economico complessivo, il quale non può che trovare attuazione attraverso la realizzazione ed il corretto adempimento di ciascuna obbligazione²⁷⁹. Proprio la volontà congiunta e unanime di raggiungere l'obiettivo economico globale determina il sorgere tra le parti di un reciproco affidamento giacché l'inadempimento di una può comportare l'impossibilità di realizzare l'operazione economica progettata.

²⁷⁷ CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., 448.

²⁷⁸ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 450.

²⁷⁹ SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375; MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48; DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279; SCODITTI, *Collegamento negoziale come fattispecie autonoma*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094.

Pertanto, secondo un sillogismo aristotelico: (i) se la buona fede *ex art.* 1375 c.c. assume una funzione integrativa²⁸⁰ del contratto e (ii) se l'obbligo di rinegoziazione deriva dall'obbligo di esecuzione del contratto in buona fede²⁸¹, ne consegue che (iii) l'obbligo di rinegoziazione costituisce un dovere (implicito) contrattuale, la cui violazione determina l'inadempimento dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede in senso oggettivo con conseguente responsabilità contrattuale (di fonte legale). La buona fede integrativa, infatti, è volta a colmare una lacuna del regolamento contrattuale e viene assunta quale “canone comportamentale finalizzato al soddisfacimento dell'interesse originariamente dedotto dalle parti”²⁸².

Ulteriormente: (i) se tra i diversi soggetti che prendono parte ad un'operazione economica attuata attraverso un meccanismo di collegamento negoziale sussiste un obbligo di reciproca protezione che si esplica in un dovere di cooperazione²⁸³ per il conseguimento del risultato complessivo e (ii) se l'obbligo di rinegoziazione

²⁸⁰ Più in generale, sul ruolo della buona fede, si v. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 153; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539; NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 953.

²⁸¹ DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, cit., 1486; NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, cit., 475; PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, cit., 571.

²⁸² CONZUTTI, *Contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo*, in *www.personaedanno.it*.

²⁸³ Similmente al riconosciuto dovere di cooperazione tra utilizzatore e fornitore nel contratto di *leasing*, a quello del fiduciario nei confronti del fiduciante all'interno dei negozi fiduciari, a quello sussistente tra i componenti dei contratti di rete, nonché a quello esistente tra le parti nei contratti di durata. Si v. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., 539.

Sull'emersione del valore/dovere di cooperazione e sulla possibile nuova funzione del contratto in termini di “organizzazione” si v. EWALD, *A Concept of Social Law*, in TEUBNER, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlino - New York, 1986, 40; ATIYAH, *The Modern Role of Contract Law*, in ID., *Essays on Contract*, Clarendon Press, 1990, 1; COLLINS, *The Transformation Thesis and The Ascription of Contractual Responsibility*, in WILHELMSSON, *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 293; ID., *The Law of Contract*, Cambridge University Press, 2003, 21, 270; WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, Dartmouth, 1995; GULATI, KLEIN, ZOLT, *Connected Contracts*, in *Univ. CaL. Los Angeles Law Rev.*, 2000, 887; COLLINS, *The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, in CAMPBELL, COLLINS, WIGHTMAN (a cura di), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, Networks*, Oxford, 2003, 6; TEUBNER, *Networks as connected contracts*, cit., 1; GRUNDMANN, *On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-based concept of Private Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2010, 1056; GRUNDMANN, *From Exchange to Cooperation. Networks and Long-Term Relationship in European Contract Law*, Amsterdam, 2010, 1; WEITZENBOECK, *A Legal Framework for Emerging Business Models. Dynamic Networks as Collaborative Contracts*, Cheltenham, 2012, 1 e in tal senso anche gli studi italiani di CAFAGGI, IAMICELI, *Private Regulation and Industrial Organisation: The Network Approach*, cit.; VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., 30; ID., *Il coordinamento imprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in IAMICELLI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, 103; e *ivi*, SCOGNAMIGLIO, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese*, 61; CAFAGGI, *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham, 2011, 1; LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012, 119.

costituisce adempimento degli obblighi contrattuali, ne consegue che (iii) l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione determina una lesione del dovere di cooperazione²⁸⁴ e dell'affidamento riposto dal soggetto²⁸⁵, terzo rispetto al rapporto contrattuale *stricto sensu*, ma parte dell'operazione economica giacché il debitore non può non adempire alle sue obbligazioni comportando nocimento agli interessi dei terzi con i quali si trova in una relazione qualificata. In tal senso la buona fede assumerebbe un ruolo protettivo.

Il meccanismo non si esplicherebbe in modo poi così dissimile da quello riconosciuto in tema di responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera che presta le sue cure ad un paziente. Come noto, il rapporto contrattuale si instaura tra l'ente ospedaliero e il medico, il quale, tra i suoi obblighi contrattuali, deve eseguire le sue prestazioni in favore di soggetti con i quali entra in contatto senza che tra i due si instauri una relazione contrattuale in senso stretto. Tuttavia, in virtù del riconosciuto dovere di protezione, il medico è tenuto ad un corretto adempimento della sua prestazione nei confronti del paziente.

Analogamente, nel caso del collegamento negoziale, il rapporto contrattuale si instaura tra due soggetti, l'esecuzione della cui prestazione produce effetti ed aspettative nei confronti di un terzo soggetto, parte del collegamento negoziale.

Accogliendo la teoria degli obblighi di protezione, infatti, si rileva come il rapporto obbligatorio abbia un contenuto complesso, composto dall'obbligo principale di prestazione, cui si aggiungono una serie di obblighi accessori di protezione, a tutela di soggetti terzi rispetto alle parti del rapporto obbligatorio ma che si trovano in una posizione in qualche modo connessa o, per dirla in altre parole, in un rapporto di contatto sociale.

Il comportamento del debitore nell'esecuzione del rapporto obbligatorio - sia esso il medico o il debitore di singolo frammento contrattuale dell'operazione economica - può, dunque, incidere in modo pregiudizievole nella sua sfera di interesse di un terzo

²⁸⁴ VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., 23; ID., *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in IAMICELLI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 944; NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 57; ID., *Il contratto di rete nel sistema dei modelli di collaborazione tra imprese*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, 146.

²⁸⁵ VILLA, ANTONELLI, *A Road Map to the Development of European SME Networks, Towards Collaborative Innovation*, Springer, 2009.

- il paziente o un'altra parte del collegamento negoziale - ledendosi nel primo caso un diritto alla salute, nel secondo un interesse economico.

Nel condurre simili valutazioni non si può, tuttavia, omettere di considerare come parte della dottrina²⁸⁶ si sia dimostrata fortemente critica verso la trasponibilità degli obblighi di protezione dal sistema tedesco a quello italiano. Con riguardo all'ampia casistica della c.d. responsabilità da informazioni erronee²⁸⁷, è stato rilevato come la fonte dell'obbligazione risarcitoria per i terzi non fosse l'affidamento in quanto tale: «avendo a mente la struttura complessa dell'obbligazione, il terzo beneficiario di una prestazione che trova la sua fonte nel vincolo negoziale, dovrebbe essere individuato/individuabile grazie all'interpretazione di buona fede del contratto, dalla quale dovrebbero emergere – in funzione del tipo di rapporto e delle sue modalità di attuazione – una serie di obblighi accessori (dovuti nei confronti di soggetti non parte del rapporto) non già autonomi, ma iscritti nella prestazione principale. È, dunque, in una prospettiva di disciplina contrattuale che dovrebbero essere affrontati anche i casi in cui il danno economico subito dal terzo discenda dall'inadempimento (o adempimento inesatto) della prestazione dovuta da un contraente all'interno di una relazione negoziale»²⁸⁸.

²⁸⁶ BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 60 ss., 73-76; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in CICU MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, 1, Milano, 1974, 11-26.

²⁸⁷ Si pensi ai casi di prospetto eventualmente imputabile ad emittenti e loro amministratori, consorzi di collocamento, amministratori, sindaci e revisori contabili di società di capitali, promotori e intermediari professionisti, nonché alle ipotesi di acquisti o sottoscrizioni di titoli effettuati dagli investitori sul mercato, in cui il rilascio di informazioni erranee, inesatte o del tutto assenti all'interno di una relazione contrattuale provoca ricadute economiche sfavorevoli in capo a terzi. Sul tema si v. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; SEVERI, *Lettere di patronage: responsabilità per inesatte informazioni economiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 396; FRAU, *Sul c.d. benefondi e la responsabilità per informazioni bancarie*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, II, 406 ss.; BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, Napoli, 2000; CLARICH, *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza n. 500/1999*, in *Danno e resp.*, 2002, 223; VENTORUZZO, *La responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2003; FRAU, *Brevi note in tema di benefondi e di informazioni bancarie*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 756; AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, I, Milano, 2008, 389; ATTANASIO, *Prospetto informativo e responsabilità della Consob*, Napoli, 2010; GAROFALO, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in GAROFALO, TALAMANCA (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, I, t. 3, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, Padova, 2010. Nonché, in giurisprudenza, Cass., 3 marzo 2001, n. 3132, cit.; Cass., 7 aprile 2006, n. 8229, cit.; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit.; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187, cit.; Cass., 13 maggio 2009, n. 11130, cit.

²⁸⁸ AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 207.

Secondo tale dottrina²⁸⁹, infatti, la fonte della responsabilità di precettori e medici, non è individuabile nel contatto sociale, né, tantomeno, nella sussistenza di un obbligo di protezione autonomo, bensì nel rapporto contrattuale che li vincola a monte (tra insegnante e istituto scolastico; tra medico e clinica ospedaliera), qualificabile in termini di obbligazione complessa: la prestazione dovuta risulterebbe, infatti, formata da una pluralità di obblighi integrativi strumentali - e non, quindi, autonomi - tra cui attenzione, vigilanza, cooperazione, i quali mirerebbero alla soddisfazione dell'interesse del creditore *ex art.* 1176 c.c. ed il cui corretto adempimento coinvolgerebbe anche i terzi (gli allievi; i pazienti). Rientrerebbe, infatti, nella prestazione contrattuale medica tanto l'obbligo informativo quanto la tutela del feto a nascere sano e nell'obbligazione dell'insegnante tanto la formazione degli studenti quanto la tutela della loro incolumità.

In tutti questi casi l'interesse del terzo è, in un certo senso, contrattualizzato e diventa parte della prestazione poiché il corretto adempimento dell'obbligazione, soddisfacendo il creditore, soddisfa anche il terzo.

Analogamente, l'affidamento deluso dell'investitore²⁹⁰ (così come del paziente e dello studente) «consiste nell'aver ragionevolmente confidato nel fatto che i soggetti professionalmente preposti adempissero con la dovuta diligenza l'obbligazione imposta dalla legge o assunta per contratto»²⁹¹.

Nel caso del collegamento negoziale, si potrebbe individuare un danno da affidamento in capo al soggetto dell'operazione economica che non è, tuttavia, parte del frammento negoziale in relazione al quale si è verificato inadempimento ovvero inesatto adempimento: l'obbligazione tra due soggetti del collegamento negoziale, infatti, sarebbe assunta anche a beneficio di quel soggetto che, attore dell'operazione economica globalmente considerata, è tuttavia terzo rispetto a quel rapporto contrattuale in senso stretto. Infatti, la realizzazione dell'operazione economica stessa rappresenta il risultato voluto comune a tutti i suoi partecipanti e per la cui

²⁸⁹ BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 60 ss., 73-76; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 11-26; AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 203, 212 ss.

²⁹⁰ BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., 539.

²⁹¹ AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 216.

realizzazione è necessario il corretto adempimento di ciascun frammento contrattuale. In tal senso, ragionando nei limiti della prestazione assunta tra un debitore e un creditore, trova tutela l'affidamento dei "terzi" che hanno stipulato contratti collegati, sottoscritti solo in quanto parte di un più ampio congegno contrattuale e nella consapevolezza che l'adempimento di ciascuno di tali contratti è tassello imprescindibile per la realizzazione del fine economico voluto.

Emerge, dunque, da una tale ricostruzione come l'affidamento reciproco tra i diversi soggetti che prendono parte ad una operazione economica che si attua attraverso collegamenti negoziali permetta di valorizzare il profilo unitario del collegamento negoziale stesso, come già autorevolmente proposto²⁹², giacché il nesso di interdipendenza e di indivisibilità funzionale ed oggettiva che li lega si rapporta necessariamente ad un fine ulteriore che trova spazio nella lettura della causa concreta dell'*unitas multiplex*²⁹³.

La necessità e l'opportunità di una lettura unitaria di simili rapporti non è sfuggita neppure alla dottrina di *common law* che ha recentemente ipotizzato l'applicabilità della teoria della *piercing liability*²⁹⁴ quale forma di responsabilità interna tra i soggetti che compongono i *networks* commerciali²⁹⁵, proprio in quanto volta a far emergere tra i soggetti non legati da relazione contrattuale in senso stretto una reciproca responsabilità assimilabile a quella contrattuale. Tale approdo interpretativo, ulteriormente, si porrebbe in linea di continuità con le pronunce giurisprudenziali inglesi che hanno legittimato l'opposizione di clausole limitative di

²⁹² SACCO, *Contratto collegato*, cit. 241; ID., *La qualificazione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, 2, Torino, 1993, 468; ID., *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Tratto di diritto civile*, cit., 811; LENER, *Profili del collegamento*, cit., 209; CREA, *Connessioni tra contratti e obbligo di rinegoziazione*, Napoli, 2013, 135, in cui si legge: «i contratti indivisibili non perdono la loro autonomia strutturale, ma la interdipendenza (reciproca o anche unilaterale) – giustificata da un condizionamento dell'esistenza o dell'efficacia di un contratto, dunque, in prospettiva teleologica e funzionale, dall'unicità dell'affare e dal risultato economico perseguito – manifesta la necessaria valutazione di insieme della vicenda negoziale plurima», nonchè, in senso analogo, CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., 207.

²⁹³ TEUBNER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, in TEUBNER, SUGARMAN (a cura di), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden-Baden, 1990, 67; TEUBNER, *Networks as connect contracts*, cit., 1; NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1227; CREA *Connessioni tra contratti e obbligo di rinegoziazione*, cit., 126. In tal senso, si richiamano le osservazioni del cap. II, § 4 circa la necessità di valutare il collegamento negoziale nella sua complessità anche ai fini della valutazione di liceità e di contrarietà alle legge e alle norme imperative.

²⁹⁴ WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, in *Columbia Law Rev.*, 1912, 496; ID., *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927, 24; BLUMBERG, *The corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, in *DeL. Jour. Corp. Law*, 1990, 290.

²⁹⁵ COLLINS, *Networks as connected contacts*, cit., 207 ss.

responsabilità anche avverso soggetti diversi dalla parti contrattuali che agiscono in *tort of negligenge*²⁹⁶, nonché con le riflessioni della dottrina francese relativamente alle nozioni di *interdependance* e *indivisibilité* e alla correlata possibilità riconoscere una *action directe*²⁹⁷ a ciascuno dei partecipanti alla *chaîne*, anche in assenza di diretto vincolo contrattuale.

Il risultato è, peraltro, analogo a quello cui si giunge accogliendo la prospettata teoria del contatto sociale ovvero dell'obbligazione complessa con effetti protettivi verso i terzi, giacché in entrambi i casi la responsabilità derivante sarebbe, ad ogni modo, riconducibile a quella dell'art. 1218 c.c.

La riflessione quanto mai attuale, secondo cui «la durata dell'adempimento attiene alla causa del contratto nel duplice senso che questo non adempie alla funzione economica cui è preordinato, se la sua esecuzione non si prolunga nel tempo, e che l'utile che alle parti deriva dal rapporto è proporzionale alla durata di questo»²⁹⁸, fa emergere come l'elemento fondante in relazione al quale si atteggia l'obbligo di rinegoziazione sia l'articolazione del programma negoziale che assume particolari connotati tanto nei contratti di durata quanto nelle ipotesi di collegamento negoziale, essendo in entrambi i casi ravvisabile una causa unitaria intrisa di logiche relazionali, cooperative, di solidarietà e di non conflittualità²⁹⁹.

Nel primo caso l'incompletezza ontologica del contratto tra imprese dovuta ad una razionalità limitata degli operatori economici e all'inefficienza, in termini di costi, di valutare *ex ante* tutti i possibili accadimenti futuri; nel secondo la consapevole necessità di ciascun frammento negoziale per il conseguimento del fine economico programmato, non altrimenti perseguibile, fanno emergere un nuovo profilo del contratto, che si allontana dal tradizionale schema del contratto di scambio istantaneo in favore di un contratto imprenditoriale, organizzativo, incentrato sulla pianificazione e su rapporti collaborativi.

Riconosciuta l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione dei c.d. *relational contracts*, non può, dunque, in conclusione, escludersi l'esistenza di un tale obbligo anche nei contratti di *project financing* – anche ove non contrattualmente previsto – tanto

²⁹⁶ Cap. II, § 9.

²⁹⁷ Cap. II, § 3.

²⁹⁸ OPPO, *I contratti di durata*, cit., 174.

²⁹⁹ CREA, *Connessioni tra contratti e obbligo di rinegoziare*, cit., 122; PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, cit., 117.

accogliendo la proposta di ricostruzione quale contratto plurilaterale con comunione di scopo, quanto preferendosi l'inquadramento in termini di collegamento negoziale dal momento che il confine tra le due ricostruzioni sfuma sempre più: «la rilevabilità di un programma comune, percepibile all'interno di ciascun contratto della serie, attribuisce una unitarietà all'operazione globale perseguita sul piano funzionale»³⁰⁰ che trova la sua più piena tutela, al verificarsi di sopravvenienze, attraverso il ricorso a rimedi di carattere manutentivo.

³⁰⁰ CREA, ult. op. cit., 152.

CONCLUSIONI

Il contratto di *project financing* si è dimostrato un interessante spunto di riflessione sotto diversi profili: l'indagine circa il suo possibile inquadramento teorico ha, infatti, offerto l'occasione per indagare l'istituto del collegamento negoziale e del contratto plurilaterale, giungendo ad osservare un progressivo avvicinamento tra le due categorie giuridiche.

In particolare, l'insoddisfazione per il meccanismo di *simul stabunt simul cadent*, secondo cui la patologia di un frammento contrattuale si ripercuoterebbe sugli altri comportando la caducazione dell'intera operazione sottesa al collegamento negoziale, ha spinto ad indagare sull'esistenza di un profilo causale unitario nel contratto di finanza di progetto.

Traendo, dunque, spunto dalla dottrina francese che parla di causa unitaria anche all'interno dei collegamenti negoziali e ponendo lo sguardo alla particolare strutturazione delle garanzie è emerso come il *project financing* possa essere considerato un contratto unitario proprio in ragione dell'unitaria causa di frazionamento del rischio tra i vari attori che vi prendono parte. Trasponendo, poi, in tale ambito le osservazioni formulate da autorevole dottrina con riferimento ai contratti di rete¹, secondo cui la logica del contratto di scambio non è di per sé incompatibile con le logiche associative, se ne ricava l'ulteriore specificazione del *project financing* quale contratto plurilaterale con comunione di scopo.

Già queste prime considerazioni mettono in luce l'insufficienza del modello del contratto di scambio che emerge persino con maggior evidenza dai nuovi contratti

¹ CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, cit., 799; CAFAGGI, *Il contratto di rete*, cit., 27; GRUNDMANN, CAFAGGI, VETTORI, *The Contractual Basis of Long-Term Organisation. The Overall Architecture*, cit.

usati dalla prassi commerciale, in cui troneggia la variegata esperienza dei contratti di rete. Il modello del contratto di scambio, centrale nell'economia dell'inizio del Novecento, appare oggi inadeguato ad esprimere le esigenze del nuovo secolo², come dimostrato dagli studi Statunitensi che hanno categorizzato il contratto relazionale: sempre più ricorrenti sono, infatti, i contratti incentrati sulle logiche di cooperazione e solidarietà, tanto da giustificarsi un dovere *ex lege* di rinegoziazione tra le parti.

La prassi, ulteriormente, evidenzia come tali “nuove” esigenze commerciali vengano soddisfatte mediante la realizzazione di collegamenti negoziali più o meno complessi. Si pensi ai contratti di costruzione in cui la rete contrattuale tra costruttore principale, sub costruttori, professionisti, dimostra come l'attività di ciascuno sia strettamente coordinata con quella degli altri e tesa alla realizzazione del medesimo scopo, rappresentato dalla costruzione del progetto stabilito; ai contratti di *franchising*; di *leasing* e, nuovamente, ai contratti di rete, la cui natura giuridica è ricondotta al contratto plurilaterale, secondo taluni, al collegamento negoziale, secondo altri. In particolare, con riferimento a questi ultimi è stato osservato che «la configurazione della rete come rapporto unitario tra i diversi nodi, anziché come sommatoria di rapporti bilaterali accostati, permette di dare rilevanza giuridica ad interessi che diversamente non emergerebbero e, conseguentemente, di ampliare la responsabilità dei soggetti costituenti la rete medesima: l'attenzione non si concentra più sul singolo rapporto o sulla singola prestazione, ma si estende all'intero contesto reticolare in cui questi sono inseriti. (...) La dimensione collettiva del contratto di rete permette di dare ingresso all'interesse di rete (eventualmente distinto e diverso da quello delle singole parti) nell'interpretazione del contratto medesimo ed anche, eventualmente, nei contratti bilaterali stipulati tra i nodi della rete in esecuzione del programma di rete. L'interesse della rete potrebbe, quindi, essere utilizzato non solo

² In tal senso TEUBNER, *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organisation*, in AMSTUZ, TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, cit., 3; HEERMAN, *The Status of Multilateral Synallgmas in the Law of Connected Contracts*, in AMSTUZ, TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, cit., 103; AMSTUZ, TEUBNER, *Networks. Legal Issues of Multilateral Co-operation*, cit.; TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, cit.; WEITZENBOECK, *A Legal Framework for Emerging Business Models: Dynamic Networks as Collaborative Contracts*, cit.; nonché ampiamente VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., 30; ID., *Il coordinamento imprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in IAMICELLI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 103; CAFAGGI, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Contractual Networks, Inter-firm Cooperation and Economic Growth*, cit.; CAFAGGI, *Contractual Networks and the Small Business Cct: Towards European Principles?*, cit.; ID., *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, cit., 915; CAMPBELL, COLLINS, WIGHTMAN, *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, cit.

per valutare la rilevanza di eventuali inadempimenti ma anche come strumento ermeneutico per interpretare lo stesso contratto di rete ed i contratti conclusi nell'ambito della rete medesima»³.

In presenza di un collegamento negoziale in cui vi sono più parti, infatti, non tutti i soggetti sono tra loro in relazione, sulla base di un rapporto contrattuale, ancorché ciascuno di essi concorra nella realizzazione della medesima operazione economica. Centrale è ancora una volta la considerazione per cui la cooperazione tra detti soggetti si sviluppa attraverso una relazione non contrattuale in senso stretto o, meglio, non derivante da rapporti contrattuali che legano tutti i soggetti tra loro, essendo contratti tendenzialmente bilaterali.

Il tema ha suscitato recente interesse anche nei sistemi di *common law*, in cui si è rilevato come simili strutture contrattuali creino una così stretta *organisational relation* da indurre a riflettere sulla categoria unitaria dei *networks* contrattuali⁴ e riconoscere l'opponibilità delle eccezioni di limitazione o esonero di responsabilità tra i soggetti del collegamento negoziale non uniti da un contratto in senso stretto⁵, dapprima individuando un implicito rapporto di *agency* tra gli stessi e, più recentemente, argomentando in termini di tutela dell'affidamento riposto dai subcontraenti⁶.

In presenza di una costellazione di contratti così articolata, in cui ciascun frammento è presupposto per la realizzazione della prestazione complessiva, scopo comune (diverso e ulteriore rispetto a quello dei singoli rapporti bilaterali) che ha spinto i diversi soggetti a programmare una simile operazione economica strutturata, ben può argomentarsi nel senso della sussistenza di una responsabilità tra i diversi soggetti⁷ che superi le forme della responsabilità extracontrattuale.

³ ESPOSITO, *Esperto in modelli normativi di governance dei rapporti tra imprese interdipendenti, fra distretti e "reti"*, Tesi di dottorato, 2011, 255-256.

⁴ COLLINS, *Introduction*, in TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, cit.

⁵ *Scruttons Ltd v. Midland Silicones Ltd*, cit.

⁶ *Council v. Harvey*, cit.; *KH Enterprise v. Pioneer Container*, cit.

⁷ VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 944: «...la ricostruzione del rapporto in senso unitario conduce ad un ampliamento delle pretese e, reciprocamente, delle responsabilità delle imprese della rete, dal momento che il comportamento dedotto in obbligazione da ciascun partecipante è atteso in un contesto in cui si aggiungono tanti creditori, e quindi tanti potenziali danneggiati in caso di inadempimento, quanti sono i soggetti che entrano nella relazione contrattuale. È dunque inevitabile che rischi e responsabilità si accrescano. Peraltro, la variazione non è solo quantitativa, perché l'inserimento della singola prestazione in un rapporto in rete impone di operare le valutazioni riguardanti l'inadempimento ed i suoi caratteri tenendo presente l'intero contesto in cui le parti si trovano ad operare. Così, il giudizio sulla gravità dell'inadempimento ai fini

Ai fini della definizione del contenuto dell'obbligo e del regime di responsabilità assume, dunque, rilevanza il riferimento allo scopo comune dell'operazione posta in essere, che costituisce criterio interpretativo e parametro per la definizione della responsabilità e per la selezione dei rimedi attivabili⁸.

Tra le prospettazioni seguite, si è percorsa la strada del contatto sociale in ragione dell'obbligo di cooperazione, quale declinazione dell'obbligo di protezione alla luce della buona fede *ex artt. 1175, 1176 c.c.*, ovvero del contratto con effetti protettivi verso il terzo allorquando tra due soggetti sussista un particolare rapporto di *proximity*.

Anche nei sistemi di *common law* la dottrina⁹ ha cercato di offrire tutela a tutte le parti di tali operazioni economiche, rilevando l'insufficienza dell'azione di *tort of negligence* quale eccezione al *principio di privity of contract* e proponendo nel contesto dei *multilateral networks* l'applicazione della *piercing liability*: diventerebbe possibile, in tal modo, che due soggetti non uniti in una relazione contrattuale siano ad ogni modo responsabili tra di loro in via contrattuale in un *closely co-ordinated network*. Frutto della moderna economia, tali rapporti di cooperazione economica consentono di ottenere gli stessi effetti che si otterrebbero in via contrattuale, non essendo dunque possibile lasciare alcuni soggetti privi di tutela.

Una simile esigenza, attualmente riconosciuta in modo esplicito solo con riferimento ai contratti di consumatori (contratto di credito al consumo; di *leasing*), non è sfuggita neppure alla dottrina e alla giurisprudenza francese che, in deroga al principio di relatività degli effetti del contratto tra le sole parti contrattuali in senso

della risoluzione può essere influenzato dal vincolo fiduciario che normalmente collega tra loro gli aderenti alla rete e deve considerare le finalità complessive del contratto, che mira ad organizzare e conservare la relazione reticolare. Perciò, un inadempimento che sarebbe considerato minore in un rapporto bilaterale, potrebbe diventare di non scarsa importanza se è idoneo a minare il legame fiduciario che unisce tra loro gli aderenti; simmetricamente, un inadempimento grave in un rapporto bilaterale potrebbe non giustificare la risoluzione se questa comportasse la dissoluzione della rete e se, nella prospettiva della sua conservazione, quell'inadempimento fosse tollerabile».

⁸ SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 331: «...posto che la stipulazione del «contratto di rete» vincola i partecipanti ad un comportamento leale e rispettoso dell'altrui sfera giuridica (c.d. obblighi di protezione), il singolo affiliato (*franchisee*) potrebbe così, ad esempio, agire in via contrattuale contro altro consociato il cui comportamento – in ipotesi consistente in un uso scorretto del marchio o degli altri segni distintivi – abbia gravemente leso l'immagine del sistema: facoltà questa non consentitagli in virtù del solo contratto bilaterale di affiliazione commerciale, stante il principio di relatività (art. 1372 c.c.)»

⁹ COLLINS, *Intoduction*, in TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, cit., 51.

stretto, in conseguenza del quale il risarcimento di qualsivoglia danno arrecato a terzi soggetti deve essere fatto valere in via extracontrattuale, si è giunti a riconoscere una *action directe*¹⁰ a ciascuno dei partecipanti alla *chaîne translatives*, anche in assenza di diretto vincolo contrattuale.

A differenza delle relazioni di mercato, i *relational contracts* e le operazioni economiche complesse, realizzate per il mezzo di collegamenti negoziali, si contraddistinguono per l'elevato livello di interdipendenza delle prestazioni e per la loro complementarità e difficile sostituibilità, tanto da generare le riflessioni francesi in tema di *indivisibilité* e causa unitaria¹¹.

Accogliendo una simile ricostruzione del contratto - riletto non più solamente nell'accezione di prestazione di scambio istantanea, bensì anche quale modello relazionale e organizzativo d'impresa – e altresì, prendendo spunto dalle riflessioni francesi e inglesi, valorizzando il profilo unitario del collegamento negoziale, potrebbe giungersi, come già autorevolmente suggerito, ad una rilettura del confine tra gli istituti del succitato collegamento negoziale e del contratto plurilaterale.

La valorizzazione della causa unitaria, la possibile reciproca opponibilità di eccezioni tra tutti i soggetti che vi prendono parte e l'azionabilità tra gli stessi di pretese in via contrattuale assottiglierebbe, infatti, il divario sussistente tra i due diversi istituti.

Non da ultimo, una tale prospettazione consentirebbe di ritenere sussistente un dovere di rinegoziazione *ex lege* anche nelle operazioni economiche complesse attuate tramite collegamento negoziale, come recentemente sostenuto dall'assai innovativa sentenza barese del luglio 2012¹².

Il profilo relazionale, indagato con riferimento ai *long term contracts*, sarebbe, infatti, presente ed essenziale anche nei collegamenti negoziali, accomunando, dunque, le due categorie sotto il profilo della rinegoziazione: la prassi dei rapporti contrattuali di durata testimonia come «le parti tenderanno ad optare per una gestione concordata a priori del rischio contrattuale, in questo modo ponendosi in una prospettiva di mutualità e cooperazione, che appare allo stesso tempo causa ed effetto delle clausole di revisione, di adeguamento e di rinegoziazione»¹³. Il soggetto

¹⁰ Cass., Ass. Plén., 12 luglio 1991, cit.; JOURDAIN, *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrat après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991*, cit., 149.

¹¹ PELLE, *La notion de l'interdépendance contractuelle*, cit., 239

¹² Trib. Bari, ordinanza 31 luglio 2012, cit.

¹³ MACARIO, *Le sopravvenienze*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, *Rimedi*, 2, cit., 707.

debitore inadempiente tanto al suo obbligo di prestazione quanto all'obbligo di rinegoziazione è "responsabile" nei confronti della controparte contrattuale e, in quanto inadempiente rispetto al programma economico statuito, anche nei confronti degli altri soggetti aderenti al collegamento negoziale. Ne consegue un *favor* per la rinegoziazione rispetto ai tradizionali rimedi risolutivi, giacché essa rappresenterebbe un efficiente meccanismo di ripartizione interno del rischio economico e di riduzione del pericolo di mancato adempimento da parte di ciascun attore e di possibili effetti a cascata di inadempimento anche delle altre parti.

In tal senso, l'obbligo di rinegoziazione – nato dalla dottrina dei *relational contracts* e basato sul «principio di proporzionalità» che troverebbe fondamento nei valori costituzionali di eguaglianza, solidarietà e ragionevolezza ed anche nel principio privatistico di non approfittamento dei contraenti avvantaggiati dalla non prevista situazione di squilibrio contrattuale¹⁴ - sussisterebbe anche nel collegamento negoziale.

Ne consegue che, tanto abbracciando l'inquadramento del *project financing* quale contratto plurilaterale con comunione di scopo, quanto quale collegamento negoziale, anche alla luce del proposto avvicinamento tra le due categorie, deve dirsi sussistente un obbligo di rinegoziazione *ex lege* tra le parti, corrispondente all'esecuzione in buona fede dell'operazione economica progettata, che, diversamente, ne risulterebbe compromessa, ledendo l'affidamento riposto da ciascun soggetto che vi ha preso parte.

¹⁴ PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 545; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata (Atti del convegno di San Marino, 17-18 novembre 2000)*, Napoli, 2002, 49.

BIBLIOGRAFIA

- ACCURSIO, *La disciplina della finanza di progetto dopo le modifiche al codice recate dalla legge sulle liberalizzazioni*, in *Appalti e contr.*, 2012, 25;
- ADDANTE, *Dovere di collaborazione tra concedente ed utilizzatore nel leasing e clausole di traslazione del rischio*, in *Contr.*, 2004, 1023;
- AGGIO, *Sul mutuo di scopo convenzionale*, in *Riv. notariato*, 2009, 445;
- AIELLO, *L'applicazione del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 310;
- AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004;
- ALBERTI, *La struttura del project financing*, in *Nuova rassegna*, 1997, 1791;
- ALCARO, *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 70;
- ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario alle imprese*, Milano, 1984;
- ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contr.*, 2001, 723;
- ALPA, BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di "credito al consumo"*, in *Riv. società*, 1975, 1362;
- ALPA, *Causa e tipo*, in *Vita Notarile*, 1997, 3;
- ALPA, *Credito al consumo*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1992, 23;
- ALPA, FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000;
- ALPA, *I contratti in generale. Introduzione alla nuova giurisprudenza*, Torino,;
- ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, 6;
- ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa nel contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1;
- ALPA, *La causa e il tipo*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, 550;
- ALPA, *La completezza del contratto: buona fede ed equità*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 218;
- ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, 611, nonché in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, 11;
- ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 316;
- ALPA, *Regole di mercato e disciplina del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 22;
- ALPA, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1984;
- ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva comparatistica*, Torino, 1997, 245;

BIBLIOGRAFIA

- AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in GITTI, VILLA (a cura di), *Il contratto terzo*, Bologna, 2008, 14;
- AMATO C., *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012;
- AMATO C., *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, Milano, 2003;
- AMATO C., *Rapport italien, Le contrat du consommateur*, in AA. VV., *Le consommateur, Travaux de l'Association Henry Capitant, Journées colombiennes*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 131;
- AMATO C., *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, I, Milano, 2008, 389;
- AMBROSOLI, *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *Contr.*, 2006, 1079;
- AMRANI, MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels*, in Defrénois, 2002;
- ANDREANI, *Alcune note sul rapporto tra patrimoni destinati (artt. 2447-bis e seguenti) e scelte di finanziamento delle imprese*, in *Impresa*, 2004, 3;
- ANDREATTA, *Ancora poca chiarezza sulla natura giuridica della presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3251;
- ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, 366;
- ANDREWS, *Strangers to Justice No Longer: The Reversal of the Privity Rule under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Camb. Law Jour.*, 2001, 353;
- ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVI, *Impresa e lavoro*, II, Torino, 1985, 277;
- ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 321;
- ANGELONI, *Del contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 2004, 41;
- APPIO, DONATIVI, *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, 210;
- ARHAB, *Les conséquences de la nullité ou de la résolution d'un contrat au sein des groupes de contrats*, in *Rev. Rech. Jur.*, 1991, 167;
- ARRICA, *Il pegno sul diritto di superficie nel project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 207;
- ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1933;
- ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro Lomb.*, 1932, 439;
- ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1949;
- ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 727;
- ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano 1949, 259;
- ASCARELLI, *Notarelle critiche in tema contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 265;
- ASCARELLI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 72;
- ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Vivante*, I, Roma, 1931, 37;
- ASTONE, *Dell'interpretazione del contratto, sub artt. 1363, 1364, 1365, 1366, 1367, 1368, 1369, 1370 c.c.*, in NAVARRETTA, ORESTANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, II, *Dei contratti in generale*, cit., 488;
- ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon, 2006;
- ATIYAH, *Consideration: A Restatement*, in *Atiyah's Essay on Contract*, Clarendon Press, 1986;
- ATIYAH, *The Modern Role of Contract Law*, in ID., *Essays on Contract*, Clarendon Press, 1990;

BIBLIOGRAFIA

- ATTANASIO, *Natura giuridica del mutuo di scopo e momento perfezionativo del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 180;
- ATTANASIO, *Prospetto informativo e responsabilità della Consob*, Napoli, 2010;
- AUBERT DE VINCELLES, *Les montages contractuels*, in *Rev. dr. civ.*, 2007, 983;
- AUBERT DE VINCELLES, *Linked contracts under French Law*, in CAFAGGI (a cura di), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Elgar, 2011;
- AUBERT, *L'effets des conventions à l'égard des tiers dans art. 1165 à 1172-3 de l'avant projet de réforme du droit des obligation*, in *Rev. dr. contr.*, 2006, 64;
- AUBERT, SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, Parigi, 2004;
- AUBREY, *Frustration reconsidered. Some Comparative Aspects*, in *Int. and Comp. Law Quart.*, 1963, 1165;
- AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, Milano, 1937;
- AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942;
- AVINO, *Brevi note sulla concessione di lavori pubblici alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Appalti e contr.*, 2012, 35;
- AYCROFT, WAKSMAN, *Frustration and Restitution*, in *Jour. Bus. Law*, 1984, 207;
- AYNES, *L'imprévision en droit privé*, in *Revue de jurisprudence commercial*, 2005, 399;
- AYNES, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (art. 1165 à 1172-3 de l'avant projet de réforme)*, in *Rev. dr. contr.*, 2006, 64;
- AZZARO, *Sub artt. 1469bis-1469sexies*, in ALPA, PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2003, 825;
- AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1181;
- BACACHE GIBEILI, *La relatività des conventions et les groupes de contrats*, Parigi, 1996;
- BAIONA, *Revoca della dichiarazione di pubblico interesse in ambito di project financing: quale tutela per l'affidamento del privato?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 835;
- BAKER, MILSOM, *Sources of English Legal History. Private Law to 1750*, London, 1986;
- BALDI, DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001;
- BALDI, FASANO, *Il rischio d'impresa nelle operazioni di project financing*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 803;
- BALESTRERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e app.*, 2009, 525;
- BALESTRIERI, *Il soggetto promotore*, in *Contr. e impr.*, 1996, 253;
- BANAKAS, *Civil Liability for Pure Economic Loss*, Kluwer Law International, 1996;
- BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 531, 542;
- BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998;
- BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. II*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1167;
- BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale. I*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 791;
- BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003;
- BARBIER, *L'indivisibilité de l'ensemble contractuel incluant une location financière*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, 597;
- BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, in *Contr.*, 2008, 786;

BIBLIOGRAFIA

- BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 467;
- BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006;
- BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 324
- BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e Garantievertrag: categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main, 2005;
- BARILLÀ, *Il garantievertrag da prassi a legge: il caso francese*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 217;
- BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il Garantievertrag un quarto di secolo dopo: una pronuncia «storica» fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 279;
- BARKER, *Unreliable Assumptions in the Modern Law of Negligence*, in *Law Quart. Rev.*, 1993, 461;
- BARTELANA, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 86;
- BASSANELLI, *Struttura e funzioni del contratto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1952, I, 526;
- BASSI, *Il modello della società mista nella gestione dei servizi pubblici locali: presupposti giuridici, requisiti economici, vincoli e criticità di una scelta strategica*, in *Appalti e contr.*, 2011, 66;
- BATTELLI, *Credito al consumo: fornitore inadempiente e accordo tra creditore e fornitore*, in *Giur. it.*, 2010, 50;
- BATTILORO, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 779;
- BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, 137;
- BEBBER, *Doveri di collaborazione e libertà di uscita dalla rete: il recesso nei contratti di rete?*, in *Contr.*, 2013, 827;
- BELFIORE, *La presupposizione, Il contratto in generale*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2003, 1.
- BELLANTE, *La logica del project financing nella gestione dei servizi di pubblica utilità*, in *Sinergie*, 2003, 300;
- BELLANTUONO, *I contratti incompleti fra economia e diritto*, Padova, 2000;
- BELLUCCO, *La presupposizione tra diritto e realtà*, in *Foro pad.*, 2012, I, 212;
- BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto civ.*, IV, Torino 1989, 270;
- BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt.1420, 1446, 1459,1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 660;
- BENABENT, *Droit civil: les obligations*, Domat-Montchrestien, 2010;
- BENATTI, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Noviss. Dig. It., App.*, III, 1982, 918;
- BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, Torino, 1991, VII, 221;
- BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, 241.
- BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1961;
- BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1342;
- BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969;
- BERGEL, *La condition suspensive de l'obtention des prêts immobiliers*, in *Jur. Class. Per.*, 1988, I, 225;
- BERMANN, *Excuse for Non-Performance in the Light of Contract Practices in International Trade*, in *Colum. Law Rev.*, 1963, 83 e anche in *Studi in memoria di Ascarelli*, Milano, 1969, I, 104;
- BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009;
- BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000;

BIBLIOGRAFIA

- BERTOTTO, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 309;
- BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Parigi-New York, 2003;
- BESOZZI, *La causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *Contr.*, 2007, 1007;
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969;
- BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, 1327;
- BESSONE, DANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326;
- BESSONE, *Errore sul motivo, fauste cause e questioni di presupposizione*, in *Foro it.*, 1972, IV, c. 35;
- BESSONE, *Impossibilità economica della prestazione, clausola generale di buone fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49;
- BESSONE, *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, in *Foro pad.*, 1971, I, 804;
- BESSONE, *Principio della presupposizione e interpretazione del contratto*, in *Foro pad.*, 1972, I, 265;
- BESSONE, *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equity*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 426;
- BESSONE, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza*, in *Ann. fac. giur.*, Genova, 1971, II, 332;
- BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467 c.c., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1979, 5;
- BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 281;
- BESSONE, ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali. (Materiali per una discussione)*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *Causa e consideration*, Padova, 1984, 9;
- BESSONE, *Svolgimento storico della Law of Contract, il ruolo dei giuristi e la loro politica del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 491;
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI, (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, 2, Torino, 1950, 563;
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953;
- BIAGINI, *La realizzazione delle opere pubbliche attraverso la finanza di progetto e la concessione di costruzione e gestione*, in *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2007, 349;
- BIANCA, *Il contratto*, in ID., *Diritto civile*, III, Milano, 2013;
- BIANCA, *La responsabilità*, in ID., *Diritto civile*, V, Milano, 2011;
- BIANCHI, *I prestiti in pool*, in AA. VV., *L'integrazione tra le imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995;
- BIANCONI, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *Contr.*, 1995, 339;
- BIGIAMI, *In tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 173;
- BILAL, *Islamic Finance: Alternatives to the Western Model*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, 145;
- BIVONA, *Affitto di fondi rustici. Affitto a coltivatore diretto*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1995;
- BLUMBERG, *The corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, in *Del. Jour. Corp. Law*, 1990, 290.
- BOFFA, *Cause, caducité, indivisibilité: un bel ensemble notionnel*, in *Dalloz*, 2006, 2656;
- BOLLA, FRASSOLDATI, *Contratto agrario*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 537;
- BOMPANI, CATELANI, *Project bond & commercial paper. Obbligazioni garantite, subordinate, partecipative e cambiali finanziarie alla ricerca di investitori qualificati*, Milano, 2013;
- BONELL, *I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 231;

BIBLIOGRAFIA

- BONELL, *Il progetto dell'Unidroit per la rielaborazione dei principi per i contratti commerciali internazionali*, in *Scritti in onore di Sacco*, Milano, I, 1994, 180;
- BONELL, *La nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Giur. it.*, 2012, 1;
- BONELL, *The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law*, in *Dir. commercio internaz.*, 2011, 881;
- BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991;
- BONETTI, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del Federalismo. Quaderni*, 2011, 10;
- BONFANTE, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di locazione finanziaria* in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 380;
- BORGIOLI, *Consorzi e società consortili*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1985, 77;
- BORGIOLI, *Il contenuto del preliminare di società*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 544;
- BORGIOLI, *Il contratto preliminare di società*, in *Riv. società*, 1982, 445;
- BOSA, *La garanzia di corretta esecuzione tra modelli normativi e prassi socioeconomica*, in *Contr. e impr.*, 2008, 328;
- BOSETTI, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale. Project financing, contratto di disponibilità, leasing immobiliare e sponsorizzazione*, in *Appalti e contr.*, 2012, 8;
- BOTTEON, *Il contratto di disponibilità secondo il "decreto Monti" tra innovazioni e ruolo dell'autonomia contrattuale*, in *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2012, 11;
- BOUTELLER, *La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi 1er juillet 2010*, in *Dalloz Actualité*, 2010, 32;
- BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, c. 239;
- BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1975, 437;
- BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968;
- BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di Diritto europeo*, Torino, 2002, 241;
- BRECCIA, *Prospettive del diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 177;
- BRECCIA, *La causa*, in ALPA, BRECCIA, LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999, 143;
- BRUNETTI, *Note minime sul leasing immobiliare pubblico*, in *Riv. amm. appalti*, 2009, 7;
- BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, Napoli, 2000;
- BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 235;
- BULJEVICH, PARK, *Project Financing and the International Financial Markets*, Boston, 1999;
- BUNFRATE, *Contratti collegati*, in *Digesto civ.*, Aggiornamento III, I, 2007, 291;
- BUNOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000;
- BUNOCORE, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale*, in AA.VV., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 12;
- BUNOCORE, *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano, 1975;
- BUNOCORE, *Le società. Disposizioni generali, sub art. 2247*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2000, 107;
- BUSCH, HONDIUS, VAN KOOTEN, SCHELHAAS, SCHRAMA, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Nijmegen/The Hague, London, New York, 2002;

BIBLIOGRAFIA

- BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539;
- BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, 41;
- BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 748;
- BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, FERRUCCI (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, VI, Torino, 1980, 197;
- BUSSANI, PALMER, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003;
- BUSSANI, *Proprietà, garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Trento, 1992;
- BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banc.*, 1994, 466.
- CABELLA PISU, *I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 554;
- CABELLA PISU, *L'impossibilità sopravvenuta come limite della responsabilità contrattuale nel diritto anglo-americano*, in *Contr. e impr.*, 1990, 630.
- CABELLA PISU, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 487;
- CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005;
- CACCIARI, *Finanza di progetto ed evidenza pubblica nel Codice dei contratti pubblici (ancora una volta) riformato*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 307;
- CAFAGGI, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2008, 493;
- CAFAGGI, *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham, 2011;
- CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di Messinetti*, Napoli, 2008, 177;
- CAFAGGI, IAMICELI, MOSCO, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *Contr.*, 2013, 799;
- CAFAGGI, IAMICELI, *Reti di imprese e modelli di governo inter-imprenditoriale: analisi comparativa e prospettive di approfondimento*, in CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, 279;
- CAFAGGI, IAMICELLI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 7;
- CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009, 915;
- CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contr.*, 2011, 504;
- CAFAGGI, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento interimprenditoriale*, in ID., *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2004, 57;
- CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: learning by doing?*, in *Contr.*, 2010, 1143
- CAFAGGI, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Contractual Networks, Inter-firm Cooperation and Economic Growth*, Elgar, 2011;
- CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratto di rete: ripensando il futuro*, in CAFAGGI, IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita ed innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, 424;
- CAFAGGI, *Reti di impresa e contratto di rete: spunti per un dibattito*, in *Contr.*, 2009, 915;
- CAFAGGI, *Il contratto di rete*, Bologna, 2009;
- CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979;
- CAGNONI LUONI, *Collegamento negoziale e mancata applicazione del principio di buona fede*, in *Contr.*, 2005, 28;

BIBLIOGRAFIA

- CALABRESI, *Il Dispute Board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. commercio internaz.*, 2009, 753;
- CALAIS-AULOY, *Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans «le prêt lié»*, in *Jur. Class. Per.*, 1984, I, 3144;
- CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Ascoli*, Messina, 1931, 213;
- CALANDRA BUONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 185;
- CALDERONI, *Presupposizione e disciplina del contratto*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3161;
- CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010;
- CALVO, *La "codificazione" della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 770;
- CALZOLARI, *Natura giuridica dei contratti stipulati dalla società di progetto con le imprese terze nei settori speciali e modalità di selezione alla luce del revirement del Giudice delle leggi*, in *Appalti e contr.*, 2001, 23;
- CAMARDA, *Project financing. La finanza di progetto nella programmazione dei lavori pubblici e nella prospettiva della Legge obiettivo 21 dicembre 2001*, Trento, 2002;
- CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contr.*, 2011, 1044;
- CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contr.*, 2009, 928;
- CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997;
- CAMPBELL, COLLINS, WIGHTMAN, *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart publishing, 2003;
- CAMPO, *Contratti socialmente tipici*, in VIOLA (a cura di), *Studi monografici di diritto civile. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Matelica, 2007, 314;
- CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 19;
- CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz*, Monaco, 1983, 27, traduzione italiana in *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1983, 297;
- CANE, *Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?*, in *Mod. Law Rev.*, 1989, 200;
- CAPASSO, *Finanza di progetto. Risorse pubbliche e private per la realizzazione delle opere di pubblica utilità*, Milano, 2002;
- CAPECCHI, *La natura giuridica del mutuo di scopo*, in *Contr. e impr.*, 1997, 539;
- CAPOBIANCO, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione*, in *Dir. Fall.*, 2013, 186;
- CAPPELLINI, GATTI, *Il settore del project financing in Italia. Situazione attuale e prospettive future*, in *Economia e Management*, 1997, 70;
- CAPRIGLIONE, MEZZACAPO, *Evoluzione del sistema finanziario italiano e attività di merchant banking*, in *Bancaria*, 1985, 419;
- CAPUTO NASSETTI, *Del debito subordinato delle banche*, in *Dir. commercio internaz.*, 2003, 237;
- CAPUTO NASSETTI, *Valutazione e predisposizione del piano economico-finanziario: l'asseverazione bancaria e le responsabilità connesse all'asseverazione*, in MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 45;
- CARAVAGLIO, *Il contratto per persona da nominare*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1998;

BIBLIOGRAFIA

- CARVALE, *Credito al consumo*, in *Enc. Banca e Borsa*, V, Milano, 1971, 695;
- CARBONE, *I Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. commercio internaz.*, 2012, 47;
- CARIOLA, *I progetti di investimento per lo sviluppo dei sistemi locali di imprese*, Padova, 2001;
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966;
- CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli 1967;
- CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 450;
- CAROLI, *Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio*, Roma, 2001;
- CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 591;
- CARRESI, *Il contratto*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1987, 242;
- CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, in *Riv. società*, 2003, 1043;
- CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999;
- CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002, XXXI, 114;
- CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 590;
- CARRIERO, *Nuova disciplina del credito al consumo, linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 509;
- CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e app.*, 2011, 888;
- CARULLO, MACCOLINI, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 231;
- CASADEI, *I contratti associativi di coltivazione*, in COSTATO, BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, I, Torino, 2011, 193;
- CASCELLA, *Multiproprietà, collegamento negoziale ed effetti reciproci delle vicende contrattuali* in *Riv. it. dir. turismo*, 2012, 101;
- CASCIO, ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1;
- CASELLI, GATTI, *Structured finance*, Springer, 2005;
- CASSELLA, *Il project financing nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1801;
- CASTENASI, *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*, Firenze, 2008;
- CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi di collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 329;
- CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 44;
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile 3*, Milano, 2006;
- CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 157;
- CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica. dir. priv.*, 1986, 21;
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123;
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1;
- CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 679;
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1997, 177 ss., oggi in *La nuova responsabilità civile 3*, Milano, 2006, 443;
- CASTRONOVO, *Sub art. 1176 c.c.*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, IV, Torino, 1991, 19;

BIBLIOGRAFIA

- CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001;
- CATALA, *La renégociation des contrats*, in *Mèlanges offerts a Paul Didier*, Parigi, 2008, 91;
- CATRICALÀ, *Arbitraggio*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1;
- CAVALLARO, *Finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2009, 501;
- CENTORE, *Soggettività passiva e detrazione dell'IVA per società neocostituite*, in *Corriere trib.*, 2009, 333;
- CERRINA FERONI, *Il project financing in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1817;
- CERRITELLI, *Leasing immobiliare pubblico e terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Riv. amm. appalti*, 2009, 35;
- CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000;
- CESARO, *Contratto aperto ed adesione del terzo*, Napoli, 1979;
- CHABAS, *L'inexécution licite du contract*, Parigi, 2002, 399;
- CHANDLER, *Self-induced frustration, foreseeability and risk*, in *North. Ir. Leg. Quart.*, 1990, 362;
- CHAZAL, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, 267;
- CHECCCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti, (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 229;
- CHECCCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 563;
- CHEN-WISHART, *Contract Law*, Oxford University Press, 2010;
- CHIASSONI, *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in ALPA, CHIASSONI, PERICU, PULITINI, RODOTÀ, ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1999, 507;
- CHINDEMI, *Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 Codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 182;
- CHINDEMI, *Leasing di autovettura non immatricolata: diritti ed obblighi delle parti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 440;
- CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1096;
- CHINÈ, *Contratti di finanziamento e tutela del consumatore*, in CUFFARO (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Torino, 2005, 455;
- CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, Bologna, 1903 ed anche in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Parma 1930, 83.
- CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in ID., *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 101;
- CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004;
- CHITI, *Il partenariato pubblico privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005;
- CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 5;
- CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 1;
- CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004;
- CIANFALONE, GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012;
- CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodi giuridico*, in *Dir. e formazione*, 2003, 1445;
- CIRIANNI, *Il contratto di rete*, in *Notariato*, 2010, 442;

BIBLIOGRAFIA

- CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr.*, 1998, 733;
- CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm.*, 2006, 202;
- CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento* in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 380;
- CLARICH, *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza n. 500/1999*, in *Danno e resp.*, 2002, 223;
- CLARIZIA, "Nuova figura di leasing" e vecchi problemi, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 742;
- CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982;
- CLARIZIA, *Finanziamenti*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982;
- CLARIZIA, *I contratti di finanziamento: leasing e factoring*, Torino, 1989;
- CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 614;
- CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, II, 471;
- CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, Torino, 1996;
- CLARKSON, HILL, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2006;
- COACCIOLI, *Manuale di diritto internazionale privato e processuale*, I, Milano, 2010;
- COASE, *La natura dell'impresa*, in ID., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, 79, traduzione italiana a cura di GRILLO;
- COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1913, 424;
- COHEN, *Concessioni in BOT e strutture disaggregate (unbundled) nel Project Financing per infrastrutture*, in *Economia e dir. terziario.*, 2005, 232;
- COLAGROSSO, MOLLE, *Diritto bancario*, Roma, 1960;
- COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004;
- COLETTA, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2008, 119;
- COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, in *Appalti urb. ed.*, 1999, 262;
- COLLINS, *Introduction*, in TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, Hart Publishing, 2011, 1;
- COLLINS, *The Law of Contract*, Butterworths, 1997;
- COLLINS, *The Law of Contract*, Cambridge University Press, 2003, 21, 270;
- COLLINS, *The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts*, in CAMPBELL, COLLINS, WIGHTMAN (a cura di), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, Networks*, Oxford, 2003, 6;
- COLLINS, *The Transformation Thesis and The Ascription of Contractual Responsibility*, in WILHELMSSON, *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 293;
- COLOMBO, *Contratti collegati*, in *Enc. giur., Aggiornamento.*, XVII, Roma, 2008;
- COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999;
- COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, Macmillan, 1924, trad. it. *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1981;
- COMPORI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 102;
- CONSTANTIN, *Résiliation du contrat de crédit-bail portant sur la location du matériel de diffusion suite à la cessation des prestations de la société de publicité, les deux contrats étant interdépendants*, in *Jur. Class. Per.*, 2000, I, 272;

BIBLIOGRAFIA

- CONTE, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2009, 679;
- CONTESSA, DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e app.*, 2006, 508;
- CONZUTTI, *Contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo*, in www.personaedanno.it.
- COOTER, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999;
- COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 3;
- CORRADO, *L'Appalto pubblico di lavori, forniture e servizi: rassegna e analisi di giurisprudenza e prassi amministrativa*, Milano, 2004;
- CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 47;
- CORSO, *Gli appalti pubblici*, in CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007, 541;
- COSENTINO, *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, consultabile in <http://www.comparazionedirittocivile.it/>
- COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, 262;
- COSTANTINO, *Profili civilistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. e impr.*, 2003, 395;
- COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Adempimento, adeguamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, 314;
- COSTANZA, *Della causa di presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 291;
- COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981;
- COSTANZA, *La presupposizione nella giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1984, 597;
- COSTANZA, *La teoria della presupposizione*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 571;
- COSTANZA, *Le clausole contrattuali per sé o per persona da nominare*, in *Vita Notarile*, 1990, 98;
- COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 423;
- CREA, *Connessioni tra contratti e obbligo di rinegoziazione*, Napoli, 2013;
- CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959;
- CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 431;
- CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 299;
- CUCCOVILLO, *Clausola di pagamento "a prima richiesta" (e "senza eccezioni") e qualificazione della garanzia personale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 300;
- CUCURU, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, in *Contr. e impr.*, 2009, 2;
- CUZZOLA, PETRULLI, *Le fonti di finanziamento degli enti locali*, Macerata, 2005;
- D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 725;
- D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Torino, 1992;
- D'ANGELO, *La buona fede*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, 153;
- D'ARENZIO, *Limiti all'esercizio del potere di revoca nelle procedure di project financing*, in *Giur. it.*, 2011, 1191;
- D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e*

BIBLIOGRAFIA

- adeguamento del rapporto*, in TOMMASINI (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 491;
- DABIZZI, *Il trust e il project financing*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 733;
- D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 3, 725;
- DAGOT, *Prêt immobilier et protection de l'emprunteur*, in *Jur. Class. Per.*, 1980, I, 2979;
- DAIDONE, *Il partenariato pubblico-privato: contesto di riferimento e analisi comparativa*, in *Rass. avv. Stato*, 2011, 29;
- DAILAMI, *The Emerging Project Bond Market: Covenant Provisions and Credit Spreads*, World Bank Publications, 2003;
- DAMONTE, *Il nuovo sistema di qualificazione del contraente generale*, in *Urbanistica e app.*, 2005, 403;
- DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Urb. e appalti*, 2003, 577;
- DANA, *La sanction de l'interdépendance*, in FADLALLAH (diretto da), *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, 455;
- D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, in BIGAVI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, I, Torino, 1999, 11;
- D'ANGELO, *La buona fede*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XII, 4, Torino, 2004, 7;
- DAWSON, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: The United States*, in *Boston Un. Law Rev.*, 1984, 64.
- DAWSON, *The Effets of Inflation in Private Contrats: Germany 1914-1924*, in *Mich. Law Rev.*, 1934, 171.
- DE ANGELI, *Il mezzanine finance: profili tecnici e giuridici*, Milano, 2008;
- DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2008, 257;
- DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t. u. bancario*, in *Contr.*, 2010, 1053;
- DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1970;
- DE GAUDIO, *L'obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Contr.*, 2013, 605;
- DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934;
- DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1972;
- DE NICTOLIS, CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2009;
- DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 1225;
- DE NICTOLIS, *Le novità di fine anno in materia di contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 139;
- DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contr.*, 1995, 5;
- DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008;
- DE NOVA, *Il contratto*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, X, II, Torino, 2002;
- DE NOVA, *Il credito al consumo. Disposizioni varie*, in FERRO-LUZZI, CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, 1882;
- DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974;
- DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 905;

BIBLIOGRAFIA

- DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449;
- DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, 215;
- DE NOVA, The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: *il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 7;
- DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985;
- DE NOVA, *La Cassazione e il leasing atto secondo*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 461;
- DE NOVA, Leasing, in *Digesto civ.*, X, Torino, 2008, 462;
- DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nelle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 42;
- DE SIMONE, *Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 34;
- MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nel contratto*, cit., 78;
- DE SURY, MISCALI, *Il Project Finance*, Milano, 1995;
- DE SURY, *Project financing e finanziamento delle opere pubbliche*, in DE SURY, MISCALI (a cura di), *Il project financing*, Milano, 1995, 8;
- DEGLI'INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 79;
- DEL GIUDICE, *Perduranti profili di incertezza sul ricorso all'in house providing ed alle società miste anche alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Foro amm. Tar*, 2008, 1546 ;
- DELEBECQUE, *Contrats et obligations, Indivisibilité, art. 1217 à 1225*, in *Juris Class. Civ.*, 1987, n. 64;
- DELEBECQUE, *La notion de groupe de contrats: quels critères*, in *Cah. dr. entr.*, 1989, n. 4, 25;
- DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 543;
- DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, in *Danno e resp.*, 2008, 845;
- DELMON, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risks*, The Hague, 2009;
- DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002;
- DEWAR, *International Project Finance: Law and Practice*, Oxford, 2011;
- DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332;
- DI FIORE, *Privatizzazioni e interesse pubblico tra efficienza e garanzie*, in *Notariato*, 2001, 403;
- DI MAIO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1;
- DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2;
- DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539.
- DI MAJO, *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 287;
- DI MAJO, *Il contratto e l'obbligazione nei Principi*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 883.
- DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 446;
- DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486;
- DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 353;
- DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 107.
- DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in ID. (a cura di), *Illiceità, meritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, 119;
- DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 279;
- DI PRISCO, *Procedimento*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 837;

BIBLIOGRAFIA

- DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412;
- DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003;
- DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2008;
- DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006;
- DIURNI, *Art. 1469-bis, 3 comma, nn. 12 e 13*, in ALPA, PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 334.
- DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governante*, in *Soc.*, 2011, 1429;
- DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988;
- DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. commercio internaz.*, 1994, 497;
- DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in VACCÀ (a cura di), *Il project financing*, Milano, 2002, 288;
- DRAETTA, VACCÀ, *Il contratto internazionale di appalto*, Milano, 1992;
- ECCLES, *The Quasifirm in the Construction Industry*, *Jour. Econ. Beh. Org.*, 1981, 335;
- EISENBERG, *Relational Contracts*, in BEATSON, FREDMAN (a cura di), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 291;
- ENRIETTI, *Contratto per persona da nominare*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1968, 254;
- ESPOSITO, *Il contratto di rete dopo il c.d. "Decreto Sviluppo"*, in *Ricerche giur.*, 2012, I, 99;
- ESTY, SESIA, *An Overview of Project Finance*, in *Harvard Bus. Rev.*, 2005, 10;
- EWALD, *A Concept of Social Law*, in TEUBNER, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, de Gruyter, Berlino - New York, 1986, 40;
- FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004;
- FALINI, *Project financing. Vincoli e opportunità nel settore sanitario*, Milano, 2009;
- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941;
- FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 163;
- FARINA, *Società di progetto e general contractor*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 303;
- FARNSWORTH, *The Past of Promise: an Historical Introduction to Contract*, in *Col. Law Rev.*, 1969, 576;
- FAUVARQUE-COSSON, *Le changement des circonstances*, in *Revue des contrats*, 2004, 67;
- FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012;
- FAVA, *Il project financing nel quadro dei P.P.P. dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (legge Merloni e legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in CASSANO (a cura di), *L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, II, Padova, 2005, 682;
- FEINMAN, *Relational Contract Theory in Context*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 737;
- FERRANDO, *Contratti collegati: il caso del credito al consumo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 302;
- FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 597;
- FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, 127;
- FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 233;
- FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005;
- FERRARI, *I Principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit ed il loro ambito di*

BIBLIOGRAFIA

- applicazione*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 300;
- FERRARI, *La governance del contratto di rete nelle prime applicazioni: modelli di organo comune e natura del rapporto gestorio*, in *Contr.*, 2013, 816;
- FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977;
- FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario.*, 2010, 1501;
- FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 601;
- FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;
- FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 678;
- FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 70;
- FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989;
- FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 825;
- FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 192;
- FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in FERRI, ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 97;
- FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936;
- FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 331;
- FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 131;
- FERRI, *La società di due soci*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 1952, 613;
- FERRI, *Operazioni negoziali "complesse" e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. e giur.*, 2008, 317;
- FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro padano*, 1972, I, 274;
- FERRI, *Negozio giuridico*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 61;
- FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005;
- FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, 402.
- FIDONE, *Finanza di progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. edil.*, 2006, II, 82;
- FIDONE, RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. "prelazione del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 949;
- FINNERTY, *Project Financing: Asset-based Financial Engineering*, John Wiley & Sons, 2013;
- FIorentino, *Il terzo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 364;
- FLANNIGAN, *Privity - the End of an Era (Error)*, in *Law Quat. Rev.*, 1987, 586;
- FOCHESATO, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *Contr.*, 2007, 374;
- FONTANA, BARBERIS, CANALE, DELFINO, ROSSI, *Il finanziamento degli investimenti*, Milano, 2003;
- FONTANA, ROSSI, *Il project financing, il ruolo del promotore*, in *Guida Enti Loc.*, 2006, 59;
- FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983 ;
- FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels: quelques observations en droit positif*, Éditions Larcierm, 2006;
- FOUCHARD, *Rapport français*, in *La responsabilité des constructeurs, Travaux de l'Association H. Capitant*, Parigi, 1993, 304 ;

BIBLIOGRAFIA

- FRACCHIA, CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in www.giustamm.it;
- FRAGALI, *Del mutuo. Sub artt. 1813-1822*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1952, 627;
- FRAGALI, *Finanziamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 605;
- FRAGALI, *Il mutuo di scopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 483;
- FRAGALI, *Note introduttive sul mutuo di scopo*, in PETTITI (a cura di), *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965, II, 531;
- FRAKES, *Surety Bad Faith: Tout Recovery for Breach of a Construction*, in *Un. Ill. Law Rev.*, 2002, 506;
- FRANCESCHELLI, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 501;
- FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contr.*, 1994, 385;
- FRANCESCHIELLI, *I consorzi industriali*, Padova, 1939;
- FRANCESCO, *Contratto di rete e processo di modernizzazione dell'economica italiana*, in *Notariato*, 2012, 74;
- FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di rinegoziazione del mercato*, in *Contr. e impr.*, 1999, 86.
- FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011;
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, II, Milano, 2013, 509;
- FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1062;
- FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2011;
- FRATTAROLO, IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009;
- FRAU, *Brevi note in tema di benefondi e di informazioni bancarie*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 756;
- FRAU, *Sul c.d. benefondi e la responsabilità per informazioni bancarie*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, II, 406;
- FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XII, Padova, 1990;
- FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 680;
- FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, 323;
- FULLER, *Consideration and Form*, in *Col. Law Rev.*, 1941, 799;
- FUSARO, *Contratto e terzi*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, III, in COSTANZA (a cura di), *Effetti*, Milano, 2006, 180;
- GABRIELLI, *Alea e rischio*, Napoli, 1997, 115; ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1986, 619;
- GABRIELLI, *Arbitraggio*, in *Digesto civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2003, 125;
- GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 291;
- GABRIELLI, FRANCESCHELLI, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 10;
- GABRIELLI, *Il contratto di arbitraggio*, in RESCIGNO, GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti, I contratti di composizione delle liti*, II, Milano, 2005, 1143.
- GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93;
- GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*, in RESCIGNO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, I, Torino, 2006, 48;
- GABRIELLI, *Il contratto frazionato e l'unità dell'operazione economica*, in GARILLI, SASSI (a cura di),

BIBLIOGRAFIA

- Proprietà e rapporti obbligatori*, in DONATI, SASSI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, III, Torino, 2009, 269;
- GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 905;
- GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in GALGANO (diretto da), *I contratti del commercio, dell'industria e del commercio finanziario*, Trattato, I, Padova, 1995, 853;
- GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, 478;
- GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in COMPORTI, MONTICELLI (a cura di), *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, 751;
- GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044;
- GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011.
- GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1996, 622;
- GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999;
- GALGANO, *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza, 2008;
- GALGANO, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2012, 1;
- GALGANO, *Diritto dei contratti*, in AMATO, PONZANELLI (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, 53;
- GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 555;
- GALGANO, *Il legittimo e il giusto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1;
- GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contr. e impr.*, 2010, 353;
- GALGANO, *Le società di persone: società in genere, società semplice, società in nome collettivo, società in accomandita semplice*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVIII, Padova, 1972;
- GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001;
- GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa. Convegno internazionale di studio (Messina, 28-30 settembre 2005)*, Milano, 2007, 549;
- GALGANO, MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2010, 336;
- GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010;
- GALGANO, *Della nullità del contratto. Sub art. 1420*, in SCIALOJA, BRANCA (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Bologna-Roma, 1998;
- GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. sub artt. 36-38, 1976*, in SCIALOJA, BRANCA (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Bologna-Roma, 1998;
- GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007;
- GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1998, 387;
- GALLO, *Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all')*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1989, 414;
- GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 261.
- GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991;
- GALLO, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, in ID., *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, 2335;
- GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998, 431;
- GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992;
- GALLONI, *La comunione di scopo nei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, 1965, I, 85;
- GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000;

BIBLIOGRAFIA

- GAMBINO, *Obbligo di rinegoziazione e atto dovuto*, in *Studium iuris*, 2006, 1374;
- GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004;
- GAMBINO, *Rinegoziazione*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, XV, Roma, 2007, 179;
- GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 1049;
- GARDELLA TEDESCHI, *Mutuo (contratto di)*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 556;
- GARGIULLO, *Aspetti giuridici del contratto di leasing*, in *Foro it.* 1971, V, c. 38;
- GAROFALO, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in GAROFALO, TALAMANCA (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, I, t. 3, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, Padova, 2010;
- GASPARONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357;
- GATTI, *Manuale del project finance. Come disegnare, strutturare e finanziare un'operazione di successo*, Roma, 2006;
- GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007;
- GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970;
- GAZZONI, *Profili di riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 229;
- GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1988;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009;
- GENTILE, *Project financing: si torna all'antico*, *Appalti e contr.*, 2011, 40;
- GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667;
- GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1739;
- GEORGIADIS, *Law of Obligations. General Part*, II, Athens, 2000;
- GERMANI, *Il PPP ed il patto di stabilità europeo. L'impatto della decisione Eurostat sulle operazioni in Public - Private Partnership*, Relazione finale della sottocommissione PPP, Patto di Stabilità ed Aspetti Contrattualistici, Roma, 7 giugno 2006, disponibile in <http://www.utfp.it/docs/pubblicazioni/Relazione%20Finale%20sottocommissione%20PPP%20Eurostat.pdf>;
- GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006;
- GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, *Les effets du contract*, in *Traité de droit civil*, Parigi, 2001 ;
- GIACOBBE, *Appunti e spunti in tema di contratto per persona da nominare*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1477;
- GIACOBBE, *La presupposizione*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da) e ZOPPINI (coordinato da), *Il contratto in generale*, III, t. 2, 488;
- GIAMPICCOLO, *Mutuo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 456;
- GIANNINI, *Amministrazione pubblica, premessa storica*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 231;
- GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata e collettiva*, Napoli – Roma, 2006, 138;
- GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.* 1992, 467;
- GIARDINA, *Responsabilità per inadempimento: spunti ricostruttivi*, in DEL PRATO (a cura di), *Violazioni del Contratto*, Milano, 2003, 15;
- GILLIES, *Business Law*, Federation Press, 2004;
- GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1988;
- GIORGI, *Il mutuo di scopo. In tema di trasferimento del rischio di cambio inerente ad una somma di denaro oggetto di mutuo di scopo*, in *Contr.*, 2003, 1139;

BIBLIOGRAFIA

- GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547;
- GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975;
- GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 64;
- GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 235;
- GIOVENE, *Sul fondamento specifico dell'istituto delle "sopravvenienze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 177;
- GIRINO, *La presupposizione. La dottrina di Windscheid*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 776;
- GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012;
- GIROTTO, TAPPI, *Project financing e finanziamento di grandi infrastrutture*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, 159;
- GITTI, VILLA (a cura di), *Il contratto terzo*, Bologna, 2008;
- GIUFFRÈ, *Il prestito ad interessi marittimi nel tardo Impero*, in *Atti Accademia Romanistica Costantiniana, XII Convegno Internazionale in onore di Manlio Sargenti*, Napoli, 1998;
- GIUFFRIDA, *Precisazioni per la nozione di contratto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1975, I, 539;
- GIUSTO, *Il mutuo di scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 471;
- GNANI, *Il contratto divisibile. Frazionabilità del sinallagma e risoluzione del contratto*, Napoli, 2012;
- GOETS, SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in *Virg. Law Rev.*, 1981, 1089;
- GOETS, SCOTT, *Why There is No Law of Relational Contracts*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 737;
- GOLDBERG, *Price Adjustment in Long-Term Contracts*, in *Wis. Law Rev.*, 1985, 535;
- GOLTARA, *Mutuo di scopo e consegna*, in *Contr.*, 1999, 373;
- GORGONI, *Credito al consumo e leasing traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1123;
- GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994;
- GOUDSMIT, *The EIC (European International Contractors) turnkey contract (Conditions for design and construct projects)*, in *Int. Comp. Law Rev.*, 1995, 23;
- GOURIO, *La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs*, in *Jur. Class. Per.*, 2008, 2057;
- GOURIO, *La réforme du crédit à la consommation*, in *Jur. Class. Per.*, 2010, n. 29, 1675;
- GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 195;
- GRANELLI, *In margine alla ricerca della "Fondazione Bruno Visentini sulla prassi applicative del contratto di rete"*, in *Contr.*, 2013, 833;
- GRANELLI, *Modificazioni unilaterali del contratto: c.d. ius variandi*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 967;
- GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema?*, in *Contr.*, 2009, 942;
- GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007;
- GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007;
- GRECO, *La società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959;
- GRIGOLEIT, *La riforma del codice civile tedesco in sintesi: un bilancio positivo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 920;
- GROSS, CACHARD, *Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé*, in *Jour. dr. int.*, 2006, 459;
- GRUNDMANN, CAFAGGI, VETTORI, *The Contractual Basis of Long-Term Organisation. The Overall Architecture*, in ID., *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Ashgate, attualmente in corso di pubblicazione ma

BIBLIOGRAFIA

- consultabile in anteprima in <http://www.ashgate.com/pdf/SamplePages/Organizational-Contract-Ch1.pdf>;
- GRUNDMANN, *From Exchange to Cooperation. Networks and Long-Term Relationship in European Contract Law*, Amsterdam, 2010;
- GRUNDMANN, *On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-based concept of Private Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2010, 1056;
- GRYNBAUM, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2007;
- GUADAGNO, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 286;
- GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 2001;
- GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 802;
- GUCCIONE, *La "fattispecie" del mutuo di scopo nella giurisprudenza*, in *Giur.it.*, 2002, 783;
- GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Parigi, 2008;
- GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969;
- GULATI, KLEIN, ZOLT, *Connected Contracts*, in *Univ. Cal. Los Angeles Law Rev.*, 2000, 887;
- GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, 2;
- GUZZO, *Società miste e affidamenti in house*, Milano, 2009;
- HALPERNS, *Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for the "Wisdom of Salomon"*, in *Un. Penns. Law Rev.*, 1987, 1123;
- HARTKAMP, TILLEMA, HEIDE, HERBOTS *Contract Law in the Netherlands*, Kluwer Law International, 2011, 120;
- HEERMAN, *The Status of Multilateral Synallagmas in the Law of Connected Contracts*, in AMSTUZ, TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Hart, 2009, 103;
- HERMES, MICHEL, *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 1819;
- HEUZE, *La loi applicable aux actions directes dans les groupes de contrats: l'exemple de la sous-traitance internationale*, in *Rev. crit. dip.*, 1996, 243;
- HOFFMAN, *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*, Cambridge University Press, 2008;
- HONDIUS, GRIGOLEIT (a cura di), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011;
- HUBER, FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, Monaco, 2002;
- HUSE, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, Sweet & Maxwell, 2002;
- IANNELLI, *La presupposizione come motivo comune alle parti*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 481;
- IANNI, *Effetti verso i terzi*, in VIOLA (a cura di), *Il contratto*, I, Padova, 2009, 652;
- IBRAHIM, SHIHATA, *The World Bank Legal Papers*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000;
- IMPERATORI, *La finanza di progetto, Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 2003;
- INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 476;
- IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008;
- IQBAL, *Islamic Financial Management*, Global Vision Publishing, 2009;
- ISMAIL, *Private Finance Initiative*, Lambert Academic Publishing, 2011;
- IUDICA, *Finanza di progetto: la prospettiva di diritto civile*, in FERRARI, FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 7;
- IUDICA, *Sorpresa geologica e revisione del contratto*, in ALPA (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, 11;
- IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*, in VACCÀ (a cura di),

BIBLIOGRAFIA

- Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, 71;
- IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Giur. it.*, 2008, 1133.
- IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 69;
- JACOBS, *Legal Realism or Legal Fiction? Impracticability Under the Restatement (Second) of Contracts*, in *Com. Law Jour.*, 1982, 289;
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1972;
- JOURDAIN, *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrat après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991*, in *Recueil Dalloz*, 1992, 149;
- KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997;
- KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, in *Harv. Law Rev.*, 1976, 1685 (1976);
- KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, Cambridge, 1983;
- KESINGER-MARTIN, *Project finance: raising money the old-fashioned way*, in *Jour. Applied Corp. Fin.*, 1988, 69;
- KINCAID, *Privity reform in England*, in *Law Quat. Rev.*, 2000, 43;
- KLECKNER, *L'appalto internazionale*, in ALPA, BESSONE, *I contratti in generale. I contratti atipici*, II, Torino, 1991, 929;
- KOFFMAN, *Macdonald, The Law of Contract*, Oxford University Press, 2010;
- KOREZYK, *Finanza privata per le opere pubbliche. L'esperienza statunitense*, in *Problemi di amm. pubb.*, 1993, 3;
- KOVACS, *The Global Procurement Harmonisation Initiative*, in *Public Proc. Law Rev.*, 2005, 15;
- LA LUMIA, *Trattato di diritto commerciale, I, Parte Generale*, Milano-Messina, 1941;
- LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, Torino, 2000;
- LA ROCCA, *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, 1992;
- LA TORRE, *I due tipi di leasing secondo la nuova giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. leasing*, 1989, 584;
- LAGARDE, MATHEY, *La réforme du crédit à la consommation*, in *Rev. dr. banc. Fin.*, 2010, n. 23, 82;
- LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007;
- LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass., Sez. un., 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e resp.*, 2009, 45;
- LANG, *Project finance in Asia*, Amsterdam, 1998;
- LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung veränderter Umstände*, in *Zivilrecht*, München-Leipzig, 1951, 21;
- LAURENT, *Brèves observations sur la cause d'un prêt*, in *Gaz. Pal.*, 1975, 365;
- LAZZARA, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1965;
- LE TOURNEAU, POUMAREDE, *Bonne foi*, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009;
- LECLERC, *Indivisibilité entre contrats de fourniture, de prestations de services et de financement*, *Rev. Jur. Dr. Aff.*, 1995, 414;
- LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, in *Studium iuris*, 2001, 1157;
- LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1998, I, 3083;
- LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999;
- LEO, *La promessa del fatto del terzo tra indennizzo e risarcimento*, in *Contr.*, 2003, 977;
- LITZERPOULOS, *The Judicial Rulings as a Factor of Formation of Private Law*, Athens, 2000;

BIBLIOGRAFIA

- LO CICERO , *Beni pubblici e public private partnership: dal Project financing al PPP, la lezione del Regno Unito*, in ID., *Impresa, incertezza e investimenti dal corporate al project finance* , Torino, 2003, 200;
- LO CICERO, *Impresa, incertezza e investimenti. Dal Corporate al Project Financing*, Torino, 2003;
- LO CICERO, *Project vs Corporate Financing*, in *Rass. econ.*, 1996, 825;
- LOBUONO, *Le garanzie nel project finance*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 127;
- LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra legislazione nuova e autonomia privata*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, 151;
- LOBUONO, LORIZIO (a cura di), *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007;
- LOBUONO, *Project financing e garanzie indirette*, in *Riv. trim. appalti*, 1994, 431;
- LOBUONO, *Project financing, garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, 102;
- LOLLI, *Le società miste*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 311;
- LONGO, *Mutuo di scopo e credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2011, 556;
- LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012, 119.
- LOPILATO, *Il trust e la finanza di progetto*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 88;
- LOPILATO, *La rinegoziazione*, in *Dir. e formazione*, 2005, 1472.
- LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 1911.
- LORD, *The no-guaranty rule and the standby letter of credit controversy*, in *Bank. Law Jour.*, 1979, 46;
- LORIA, *Cenni sul leasing in costruendo*, in *Riv. amm. appalti*, 2009, 27;
- LOSCO, *Il project financing negli Stati Uniti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1839;
- LUGARESI, *Concessioni di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 647;
- LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 541;
- LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 635;
- LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, Milano, 1995;
- LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 501.
- LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, 359;
- MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 701;
- MACARIO, *Adeguamento del contratto e obbligo di rinegoziare nel diritto italiano e tedesco. Contributo di diritto comparato alla luce del diritto europeo dei contratti. Atti del convegno "Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi". XXI Congresso: Problemi attuali della responsabilità e dell'illecito in Italia e in Germania*, 6-7 ottobre 2006, Catania e parzialmente consultabile in www.lex.unict.it/connections/congressoitalotedesco/macario_it.pdf;
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996;
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in RESCIGNO, GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2006, 1851;
- MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, *Foro it.*, 1994, I, c. 3094;

BIBLIOGRAFIA

- MACARIO, *Commento all'art. 6.111 PECL*, in ANTONIOLLI, VENEZIANO (a cura di), *Principles of European Contract Law und Italian Law, A Commentary*, Kluwer, 2005, 312;
- MACARIO, *I principi comuni e l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in TROIANO, RIZZELLI, MILETTI (a cura di), *Harmonization Involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2005, 183.
- MACARIO, *I rimedi manutentivi. L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *I rimedi*, 2, Milano, 2006, 711.
- MACARIO, *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Contr.*, 2009, 951;
- MACARIO, *Il credito al consumo*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, IV, 96;
- MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ventennale?*, in DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009, 22;
- MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni nell'appalto*, in IUDICA (a cura di), *Appalto pubblico e privato*, Padova, 1997;
- MACARIO, *Le sopravvenienze e i fondamenti teorici della loro rilevanza giuridica: la dottrina della presupposizione*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 1176.
- MACARIO, *Le sopravvenienze*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *I Rimedi*, 2, Milano, 2006, 729;
- MACARIO, *Modificazioni del mercato e contratti di fornitura di energia*, Rimini, 1991;
- MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. Scuola Sup. econ. e fin.*, 2005, 119;
- MACARIO, *Relational Contracts and Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 123;
- MACARIO, *Reti di imprese, «contratto di rete» e individuazione delle tutele. Appunti per una riflessione metodologica*, in IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese e contatti di rete*, Torino, 2009, 273;
- MAUGERI, *Reti di impresa e contratto di rete*, in *Contr.*, 2009, 957;
- MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano 2008, 1026;
- MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63;
- MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio e nell'esecuzione del terzo contratto*, in GITTI, VILLA (a cura di), *Il contratto terzo*, Bologna, 2008, 182;
- MACARIO, *Sub. art. 1375 c.c.*, in NAVARRETTA, ORESTANO (a cura di), *Commentario al codice civile*, II, *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, 722.
- MACAULAY, *An Empirical View of Contracts*, in *Wisc. Law Rev.*, 1985, 465;
- MACAULAY, *Elegant Models, Empirical Picture and the Complexities of Contracts*, in *Wis. Law Rev.*, 1985, 465;
- MACAULAY, *Non Contractual Relations in Business: a Preliminary Study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963, 55;
- MACAULAY, *Relational Contracts floating on a Sea of Customs? Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 775;
- MACMILLAN, *A Birthday Present for Lord Denning: the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Mod. Law Rev.*, 2000, 721;
- MACNEIL, *Barriers to the Idea of Relational Contracts*, in NICKLISH (a cura di), *Det complexe langzeitvertrag/The Complex Long Term Contract*, Heidelberg, 1987, 31;
- MACNEIL, CAMPBELL, *The Relational Theory of Contract, Select Works of Ian Macneil*, London,

BIBLIOGRAFIA

- 2001;
- MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 1978, 854;
- MACNEIL, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a «Rich» Classificatory Apparatus*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 1981, 1018;
- MACNEIL, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 877;
- ACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in *S. Cal. Law Rev.*, 1974, 691;
- MACNEIL, *The new Social Contract, New Haven: an Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980;
- MAIMERI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca impr. soc.*, 1985, 437
- MAINO, *Il project financing nella realizzazione di opere e di interventi pubblici*, in *Economia Pubblica*, 1993, 431;
- MAIORCA, *Considerazioni sui comitati e le pubbliche sottoscrizioni*, in *Riv. it. Scienz. Giur.*, 1936, n. 20;
- MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 6;
- MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000;
- MALAUURIE, AYNÈS, STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2007;
- MALINCONICO, *Il project financing*, in SANDULLI, DE NICTOLIS, GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008, 2612;
- MALLOY, SMITH, *Real Estate*, Aspen Publishers, 2006;
- MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e app.*, 2000, 237;
- MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in GENTILI (a cura di), *Rimedi*, IV, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, 2006, 133;
- MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006;
- MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 539;
- MARASCO, *La rinegoziazione*, in VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 583;
- MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 503;
- MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Digesto civ.*, Torino, 1997, 386;
- MARINELLI, *Gli itinerari del codice civile*, Milano, 2008;
- MARIOTTI, *La fiscalità delle reti d'impresa*, in *Contr.*, 2013, 845;
- MARKESINIS, *An Expanding Tort Law - The Price of a Rigid Contract Law*, in *Law Quart. Rev.*, 1987, 354;
- MARKESINIS, *Eternal and Troublesome Triangles*, in *Law Quart. Rev.*, 1990, 556;
- MARKESINIS, LORENTS, DANEMANN, *The Law of Contrats and Restitution: A comparative Introduction*, in MARKESINIS (a cura di), *The German Law of obligations*, I, Oxford, 1997, 398;
- MARMAYOU, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les même parties (méthode de distinction)*, PUAM, 2002;
- MARMAYOU, *Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats*, in *Rev. Jur. Com.*, 1999, 292;
- MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1156;
- MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio*

BIBLIOGRAFIA

- internazionale, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, Padova, 2003, 5;
- MARSEGLIA, *Modelli decisionali nel contratto di rete tra disciplina generale del contratto e regime della comunione*, in *Contr.*, 2013, 822;
- MARTONE, *Mutuo di scopo ed apertura di credito*, in *Contr.*, 2008, 564;
- MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 102;
- MASCOLINI, *Performance bond al via: la garanzia globale di esecuzione entra nel nostro ordinamento*, in *Italia Oggi*, 2008, 20;
- MASERA, *Il ruolo e gli attuali orientamenti delle banche italiane: il project financing come nuova area di business: aspetti normativi del project financing*, in AA. VV., *Il rilancio degli investimenti pubblici attraverso l'utilizzo dei capitali privati. Il project financing*, Milano, 1998
- MASTRODOMENICO, *I nuovi modelli di contrattualistica pubblica. Il contratto di sponsorizzazione nel sistema degli appalti pubblici concorrenziali*, in *Nuova rassegna*, 2007, 680;
- MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1996;
- MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in SACCO, (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999, 597;
- MATTALIA, *Il Project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm. C. St.*, 2010, 1259 ;
- MATTASOGLIO, *Il project financing in Francia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1850;
- MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 1095;
- MAUGER, *La qualification d'indivisibilité entre les contrats*, in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, 203;
- MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003;
- MAUGERI, *La riforma del contratto in Francia: progetti e prospettive*, in *Contr.*, 2011, Allegato 1, 115;
- MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali. Non minor virtus est tueri et perficere rem inventam... quam reperire*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 12;
- MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, 1, *Obligations*, 1998, Montchrestien, n. 1051;
- MAZEAUD, *La cause*, in AA. VV., *Le Code civil (1804-2004) un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, 451;
- MAZEAUD, *L'effet extinctif du groupe de contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2000, 363;
- MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 1035;
- MAZZAMUTO, *Il credito al consumo*, in ID., *Il contratto di diritto europeo*, Milano, 2012, 357;
- MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 1;
- MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento al pubblico delle imprese*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1983, 619;
- MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XX, *Tutela dei diritti*, II, Torino, 1998, 189;
- MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 333;
- MC. GUINNESS, *The Law of Guarantee*, Toronto, Carswell, 1986;
- MCCORMACK, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004;
- MCKENDRICK, *Contract Law*, Palgrave Macmillan, 2009;
- MCKENDRICK, *The Regulation of Long-Term Contracts in English Law*, in BEATSON, FREDMAN (a cura di), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 305;
- MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, Monaco, 2000, 179;

BIBLIOGRAFIA

- MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, 821;
- MENARD, *Imprévision et contrats de longue durée: un économiste à l'écoute du juriste*, in AA.VV., *Le contrat au début du XXI siècle: Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, 661;
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 8;
- MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360;
- MEO, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione omnibus*, Milano, 1991;
- MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli, 1999;
- MERKIN, *Privity of Contract: The Impact of the Contracts (Right of Third Parties) Act 1999*, CRC Press, 2013;
- MERNA, CHU, AL-THAN, *Project Finance in Construction: A Structured Guide to Assessment*, John Wiley & Sons, 2010;
- MESSINA, *I contratti bancari e finanziari*, Torino, 2013;
- MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, in *Operazioni di borsa e di banca*, Milano, 1966, 560;
- MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48;
- MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 140;
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XV, Milano, 1972;
- MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano 1927;
- MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 147;
- METTALA, *Governing-law Clauses of Loan Agreements in International Project Financing*, in *Int. Lawyer*, 1986, 239;
- MESTRE, *Une bonne foi, décidément très exigeante*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, 760;
- MICCÙ, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, in ATRIPALDI, GAROFANO, GNESUTTA, LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI legislatura*, Padova, 1998, 359;
- MICHEL, SFORZI, *Il project financing in Germania*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1893;
- MIGNACCA, *Inadempimento del fornitore nel credito al consumo e rimedi relativi al rapporto di finanziamento*, in www.comparazionedirittocivile.it;
- MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *Contr.*, 2013, 401;
- MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 251;
- MIRABELLI, *Causa oggettiva e causa subiettiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, 323;
- MIRABILE, *Responsabilità aquiliana della banca per divulgazione di false o errate informazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, 401;
- MISCALI, *Il project financing*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, 729;
- MISCALI, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, 81;
- MISHRA, SOOTA, *Modern Project Management*, New Delhi, 2006;
- MISSERINI, *Project financing (lavori pubblici)*, in *Digesto pubbl.*, *Aggiornamento*, Torino, 2005, 619;
- MOCCIA, *Contract*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 13;
- MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 795;

BIBLIOGRAFIA

- MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 4;
- MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998;
- MONTANI F., *Project financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009;
- MONTANI V., *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 547;
- MONTANI V., *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 89;
- MONTANI V., *Performance Bond: quasi raggiunto il traguardo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 502;
- MONTELLA, *Rischi e garanzie nelle operazioni di project financing*, in *Dir. e prat. delle soc.*, 2005, 24;
- MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1979, 524;
- MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953;
- MONTI, *I general contractors italiani nel mercato internazionale del project financing*, in FONTANA, CAROLI (a cura di), *Infrastrutture, finanza di progetto e competitività del sistema in Italia*, Roma, 2002, 141;
- MORA, *In tema di garanzie nelle operazioni di project financing*, in VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 302;
- MORRISON, *The Principles of Project Finance*, Gower Publishing, 2012;
- MOSCARDI, *In house providing: il punto di arrivo della giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di «controllo analogo»*, in *Foro amm. Tar* 2007, 2245;
- MOSCARINI, *L'appalto*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1984, 717;
- MOTICELLI, *Contratto di finanziamento e rischio di cambio: il difficile equilibrio degli interessi contrapposti*, in *Contr.*, 2003, 1131;
- MOTTI, *Il mercato come organizzazione*, in *Banca impresa*, 1991;
- MOULY, GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, 2006;
- MOURALIS, *Imprévision*, *Répertoire de droit civil*, in *Dalloz*, 2003;
- MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, Milano, 1989;
- MUNARI, *Leasing*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 655;
- MURATORI, *Riflessioni su taluni aspetti giuridici significativi del project financing*, in *Resp. Comunic. Impr.*, 1996, 509;
- MUSOLINO, *La disciplina dell'appalto fra principi unidroit e lex mercatoria*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 317;
- MUSOLINO, *L'appalto internazionale*, Milano, 2003;
- MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998;
- NAJJAR, *La notion d'ensembles contractuels*, in *Mélanges offerts à André Decocq: une certaine idée du droit*, Litec, 2004, 510;
- NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988;
- NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, 475.
- NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992;
- NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di «definitivamente chiarire» la differenza tra fideiussione e Garantievertrag*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 425;
- NARDI, *Causa del contratti, collegamento negoziale e presupposizione*, in *Giur. merito*, 2006, 567;
- NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, in *Giur. it.*, 2002, 1618;

BIBLIOGRAFIA

- NARDI, *Contratto di viaggio “ tutto compreso” e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 531;
- NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006;
- NARDI, *Collegamento negoziale: funzionale od occasionale?*, in *Giur. it.*, 2002, 1619;
- NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004;
- NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in CICU MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, 1, Milano, 11;
- NAVARETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel Diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 310;
- NAVARETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 953;
- NAVARETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 411;
- NAVARETTA, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia: osservazioni su un decennio di giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1990, 693;
- NAVARETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa: autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato: convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004*, Milano, 2006, 537.
- NAVARETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto Civile*, IV, 3, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 233;
- NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000;
- NAVARETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1453;
- NAVARETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel Diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 979;
- NERET, *Le sous-contrat*, LGDJ, Parigi, 1979 ;
- NEVITT, *Project Financing*, trad. it. ad opera di DE SURY, Milano, 1983;
- NICOLÒ, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, II, 12;
- NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, 1937, I, c. 1476;
- NICOLÒ, *Sulla promessa di pagare il debito altrui*, in *Foro it.*, 1936, I, c. 466;
- NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 843;
- NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972;
- NIVARRA, *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*, in *Dir. priv.*, 1996, 319;
- NIVARRA, ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, 428;
- NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1688;
- NIVARRA, *Il mutuo di scopo come contratto condizionato*, in *Temi*, 1972, 437;
- NOCERA, *Fallimento e patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *Fallimento*, 2007, 873;
- NOCERA, *Collegamento negoziale, causa concreta e clausola di traslazione del rischio: la giustizia contrattuale incontra il leasing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 358;
- NOVO, *Gli aspetti legali del project financing*, in GATTI, *Manuale del project finance. Come disegnare, strutturare e finanziare un'operazione di successo*, Milano, 1999, 378;
- NUZZI, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. commercio internaz.*, 1998, 710;
- NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 57;
- NUZZO, *Il contratto di rete nel sistema dei modelli di collaborazione tra imprese*, in *Scritti in onore*

BIBLIOGRAFIA

- di *Marcello Foschini*, Padova, 2011, 146.
- O'SULLIVAN, *Suing in tort where no contractual claim will lie – a bird's eye view*, in *Penn. Law Rev.*, 2007, 165;
- O'DONOVAN, *The modern contract of guarantee*, London, 2003;
- OERTMANN, *Die Geschäftsgundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921;
- ONOFRI, *Indennizzo da promessa del fatto del terzo*, in *Corr. giur.*, 1992, 563;
- OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 e 227;
- OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 542;
- OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942;
- ORIANI, *Il project financing come architettura reticolare*, in FONTANA, CAROLI, SANDRI (a cura di), *Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio*, Roma, 2001;
- OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 328;
- OSILIA, *Sul fondamento della risolvibilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 15;
- OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 365;
- OSSI, *Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1435; GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al Capo II Titolo VI TUB, novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. merito*, 2011, 324;
- OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471;
- OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 356;
- OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Scritti Giuridici*, I, Milano, 1973, 320;
- OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1938, 65;
- OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regole*, 1999, I, 9;
- OSTI, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1;
- OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004;
- PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 455;
- PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. notariato*, 2010, 1219;
- PAGLIANTINI, *Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato*, in *Studi senesi*, 1998, 412;
- PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 295;
- PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 310;
- PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970;
- PALLIGGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm.*, 2006, 846;
- PALLOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, 191;
- PALMER, BUSSANI, *Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law*, Routledge-Cavendish, 2009;
- PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica dal caso limite alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, nota a *Trib. Roma, 12 settembre 2002, Trib. Roma 16 ottobre 2002, Trib. Bari, 2 luglio 2002, Trib. Roma, 20 maggio 2002*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3210;
- PALNDT, HEINRICHES, *BGB, Commento al § 313*, Monaco, Beck, 2004, n. 29.
- PALUMBO, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2013, 2;
- PAPANTONIOU, *The Good Faith in Civil Law*, Athens, 1997, 174.
- PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1115;

BIBLIOGRAFIA

- PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, 467;
- PATTERSON, *An Apology for Consideration*, in *Col. Law Rev.*, 1958, 946;
- PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117.
- PATTI, *Obbligo di rinegoziazione e collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117;
- PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, 571.
- PECCHIOLI, *Il project financing in Svizzera*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1870;
- PECORARO, *Performance bond e fideiussione*, in *Contr.*, 2004, 918;
- PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, London, 2007, 613;
- PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles contractuels*, Thèse Dalloz, 2007;
- PELLICANÒ, *Problemi della causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 907;
- PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 461,
- PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995;
- PENNAZIO, *La dottrina del fondamento negoziale nel diritto giudiziale europeo*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, 391;
- PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 673;
- PERCHIUNNO, *Collegamento negoziale e contratti informatici: dai contratti sul software all'open source*, in *Contr. e impr.*, 2005, 307;
- PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 735;
- PERLINGERI, *I negozi sui beni futuri, I, La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962;
- PERLINGERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 425;
- PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006;
- PERNAZZA, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di informazione del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, 297;
- PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955;
- PETRONE, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, in *Obbl. e contr.*, 2005, 163;
- PEZZI, *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, 51;
- PIAGGIO, *Condizioni di validità del pactum de ineunda societate*, in *Soc.*, 2002, 340;
- PIAZZALUNGA, *È legittima la trattativa instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?*, in *Foro amm. Tar.*, 156,
- PICCHI, *Il nuovo economics & business*, Milano, 1995;
- PICCIRILLI, *Il project financing nello scenario giuridico italiano*, in *Impresa comm. e ind.*, 2002, 1571;
- PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 2047;
- PIEPOLI, *Le garanzie negative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, 399;
- PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976;
- PIERONI, *La giurisprudenza costituzionale 2012 e 2013 in tema di obbligo di copertura (art. 81, quarto comma, Cost.)*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_246_copertura_finanziaria.pdf;
- PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990;

BIBLIOGRAFIA

- PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969;
- PIETROBON, *La presupposizione*, in *Quadrimestre*, 1987, 602;
- PIGNATARO, *Il credito al consumo*, in STANZIONE, MUSIO (a cura di), in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XXX, *La tutela del consumatore*, Torino, 2009, 211;
- PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952;
- PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 389;
- PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 133;
- PIPERATA, *La scienza del diritto amministrativo ed il diritto privato*, in TORCHIA, CHITI, PEREZ, SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 167;
- PIPERITA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1126;
- PIRONTI, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, in *Contr.*, 2008, 1093;
- PISANI MASSAMORMILE, *Proili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 353;
- PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali: il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 21;
- PLUCHINO, *Project financing e general contractor alla luce delle modifiche apportate dal terzo decreto correttivo n. 152/2008*, Roma, 2008;
- POLLICE, *Mutuo di scopo e credito agevolato*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il finanziamento agevolato alle imprese*, Milano, 1987, 471;
- PONTANI, *La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all'errore ed alla causa*, in *Quadrimestre*, 1991, 857;
- PONTOLILLO, *Aspetti economico-istituzionali del project financing. Problematiche ed esperienze in Italia*, in FAZIO, ARCUTI, BIANCHI, KANEKO, PONTOLILLO, PONZELLINI, SAVONA, *Lezioni di finanza*, Milano, 2000, 73;
- PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1248;
- PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, 1053;
- PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989;
- PORZIO, *Apertura di credito*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1;
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2003;
- POSNER, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, in *Jour. Leg. Studies*, 1977, 411;
- PRESILLA, *I problemi di adattabilità del diritto al project financing e la legge ad esso applicabile*, in *Nuova rassegna*, 2004, 538;
- PRESILLA, *Il project financing in Italia*, Milano, 2006, 34;
- PRESILLA, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in *Nuova Rassegna*, 2004, 2108;
- PRISCO, *Finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 906;
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite - Un de profundis per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 19;
- PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e*

BIBLIOGRAFIA

- il ruolo del giudice*, in *Fall.*, 2007, 129;
- PUCA, *Tecniche contrattuali, Cos'è il project financing: concetti e storia* in *Notariato*, 2006, 544;
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, I, 13;
- PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle Sezioni Unite. Tra autonomia e accessorietà delle garanzie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 904;
- PURCARO, *La locazione finanziaria: leasing*, Padova, 1998;
- PURPURA, *Studi Romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, 1996, 189;
- QIN, *L'interprétation du contrat: étude comparative en droits français et chinois*, Thèse de doctorat, 2012;
- QUARANTA, *Project bond: un nuovo strumento per il rilancio delle infrastrutture?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 339;
- RABITTI BEDOGNI, *Patrimoni dedicati*, in *Riv. notariato*, 2002, 1128;
- RABITTI BEDOGNI, *Trust e operazioni di finanziamento*, in AA. VV., *Il trust nell'operatività delle banche italiane*, Roma, 1997;
- RABITTI, *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1996, 237;
- RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it;
- RAGAZZINI, *Contratto preliminare di società ed esecuzione in forma specifica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 61;
- RAGUSA MAGGIORE, *La scomparsa degli idola fori: la causa del contratto*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 553;
- RAJNERI, *La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 325;
- RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.* 1993, 298;
- RAMSEY, *Construction Law Handbook*, Thomas Telford, 2007;
- RAPPAZZO A., RAPPAZZO G., *Il collegamento negoziale nella società per azioni. La delibera collegata*, Milano, 2008;
- RAPPAZZO., *I contratti collegati*, Milano, 1998;
- RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967;
- RASSETTA, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto comunitario*, in BENACCHIO, COZZIO (a cura di), *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e dei servizi pubblici*, Rimini, 2010, 25;
- RAVANAS, *De l'interdépendance dans l'exécution des contrats*, in FADLALLAH (diretto da), *Le droit du crédit au consommateur*, 1982, Litec, 415;
- RAVEZZONI, *La formazione del contratto. Le fasi del procedimento*, I, Milano, 1973;
- RAYMOND, *Directive n. 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation – Premières approches*, in *Jur. Class. Per.*, 2008, I, 215;
- REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. civ. e proc. civ.*, 1950, 902;
- REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in AA. VV., *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997, PUAM, 151 ;
- RESCIGNO, *Condizione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 418;
- RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto in diritto italiano*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, 304;
- RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 101;
- RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, 96;

BIBLIOGRAFIA

- RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, 1989;
- REVIGLIONE, *La cosiddetta "falsa presupposizione"*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 793;
- RICCHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza*, Law & Economics, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 139;
- RICCHI, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e app.*, 2008, 1375;
- RICCHI, *Project financing e Floating Charge: garanzie per i finanziatori, pignoramento di beni e consistenza variabile e spossessamento cooperativo*, in *Economia e dir. terziario*, 2005, 303;
- RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, in SCIALOJA, BRANCA, *Commentario al codice civile, sub. Art. 1467-1469*, Bologna, 2010;
- RICHER, *Droits des contrats administratifs*, Parigi, 2008, 277;
- RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Contr.*, 2007, 621;
- RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1994, 568;
- RISPOLI FARINA, *Mutuo di scopo: identificazione della fattispecie, innovazioni legislative e prospettive concorsuali*, in BONFATTI, FALCONE (a cura di), *Procedure concorsuali e problemi della prassi*, Milano, 1997, 3;
- RISPOLI SCOTTI, *In tema di mutuo di scopo*, in *Dir. e giur.*, 2010, 319;
- RIVIERO, WALINE, *Droit Administratif*, Parigi, 2006.
- ROBERT, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2009, 62;
- ROBINSON, *The Build, Own, and Transfer Model for International Projects in Emerging Markets*, in *Int. Law Quat.*, 1996, 126;
- ROBLES, *Finanza di progetto e responsabilità professionali. Profili civilistici dell'asseverazione bancaria*, Napoli, 2011;
- ROBLES, *Project financing pubblico e formazione del "consenso negoziale"*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 791;
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969;
- ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2008, 921;
- ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolumtribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1718;
- ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 52;
- ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e impr.*, 2007, 416;
- ROMAGNOLI, *Affitto. Disposizioni generali*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1978, 185;
- ROMAGNOLI, *L'impresa agricola*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XV, Torino, 1986, 1169;
- ROMANO, *Il project financing nell'ordinamento italiano: origini, evoluzione e problematiche*, Napoli, 2012;
- RONCHESE, *Credito al consumo e diritti del consumatore nel rapporto con il finanziatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 346;
- RONDELLI, *I contratti collegati: profili dell'interpretazione*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 133;
- ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 957;
- ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2376;
- ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2010;
- ROPPO, *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato diritto privato*, Milano 2001, 1041.

BIBLIOGRAFIA

- ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2001;
- ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011;
- ROPPO, *L'integrazione del contratto*, in ID., *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato diritto privato*, Milano 2001., 221;
- ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 213;
- ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 705;
- ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, 366;
- RORDOFF, *I patti parasociali*, in GIACOBBE (a cura di), *Scritti in onore di Vittorio SgROI*, Milano, 2008, 499;
- ROSSI, *I criteri di valutazione finanziaria del Project*, in *Finanza loc.*, 2005, 13;
- ROSSI, *Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141*, in *Contr. e impr.*, 2010, 1432;
- ROSSI, *La rilevanza del collegamento contrattuale nel credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 2010, 25;
- ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 569;
- ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in ALPA (a cura di), *Il contratto in generale*, 2, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino 2000, 235;
- RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 2006;
- RUGGERI, *Il mutuo di scopo: una conferma dalla Cassazione*, in *Vita notarile*, 2008, 161;
- RUMI, *Operazioni di finanziamento e nullità della clausola di rinuncia all'eccezione di inadempimento del fornitore*, in *Contr.*, 2011, 994;
- RUSSO, *Il project financing*, in PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007;
- RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica*, in *Contr. e impr.*, 2009, 124;
- RUSSO, *Le vicende negoziali nella finanza di progetto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 418;
- RUSSO, MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Napoli, 2010;
- RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001;
- SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, I, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004;
- SACCO, *Contratto collegato*, in *Digesto civ.*, Torino, 2011, 238;
- SACCO, DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, X, 2, Torino, 1995, 463;
- SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, VI, t. 2, Torino, 1975;
- SACCO, *Interpretazione del contratto*, in ID., *Il contratto*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato diritto privato*, Milano 2001, 439;
- SACCO, *La causa*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, I, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 781;
- SACCO, *La qualificazione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, 2, Torino, 1993, 468;
- SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 301;
- SACCO, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, 53;
- SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 163;
- SAKKETAS, *Art. 388 in Erm AK Interpretation of the Civil Code*, Athens, II/A, 1948;
- SALAMONE, *I patrimoni destinati a specifici affari nella s.p.a. riformata: insolvenza, esecuzione individuale e concorsuale*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2005, 1;
- SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 842;

BIBLIOGRAFIA

- SALSI, *La legge applicabile alle operazioni di project financing*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di) *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997;
- SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;
- SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in DRAETTA, VACCÀ (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, 5;
- SALVATO, *Le operazioni di project financing: struttura, soggetti, ruoli, tratti operativi*, in VACCÀ (a cura di), *Il project financing*, Milano, 2002, 5;
- SALVO, *La destinazione del patrimonio ad uno specifico affare e la partecipazione a procedure di project financing: le ragioni del no*, in *Temì romana*, 2005, 84;
- SAMBI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in PICOZZA, GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, III, Padova, 2013, 12;
- SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. it., eur. e comp.*, 2012, 36;
- SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 480;
- SANGERMANO, *Presupposizione e causa nel negozio testamentario*, Milano, 2011, 95;
- SANGERMANO, *La dicotomia contratti misti - contratti collegati: tra elasticità del tipo ed atipicità del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 551;
- SANTA MARIA, *La valutazione dell'intenzione delle parti nella qualificazione del contratto quale mutuo di scopo*, in *Contr.*, 2001, 470;
- SANTAGATA, *Il "contratto di rete" fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 337;
- SANTINI, BORTOLUS, *I contratti in generale*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, VI, Torino, 2000, 144;
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 128;
- SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008;
- SAPORITO, *La sponsorizzazione di attività pubbliche e l'atipicità nei contratti della p.a.*, in www.giustamm.it;
- SAPTE, *Project Finance: The Guide to Financing Build-Operate-Transfer Projects*, Euromoney Institutional Investor PLC, London, 1997;
- SARAVALLE, *Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1991, 900;
- SARTORI, *Il project financing e la segregazione patrimoniale: profili economico-aziendali*, Roma, 2008, 74;
- SATTA, *L'esecuzione forzata*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XV, Torino, 1963, 4;
- SCALERA, *La revisione del contratto con particolare riferimento alle cosiddette clausole di rinegoziazione*, in *Dir. e formazione*, 2003, 954;
- SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano, 1955;
- SCALFI, *La qualificazione dei contratti nell'interpretazione*, Varese, 1962;
- SCANO, *Il finanziamento della società di progetto*, in RUSSO (a cura di), *La finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, Napoli, 2009, 261;
- SCANO, *Project financing. Società e impresa*, Milano, 2006, 49;
- SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commenatrio al capo X/V-bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, 503;

BIBLIOGRAFIA

- SCARCIGLIA, *Il project financing in Spagna*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1879;
- SCARPA, *Analisi della struttura contrattuale del project financing*, in *Vita notarile*, 2011, 631;
- SCARPA, *Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 395;
- SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 347;
- SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010;
- SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983;
- SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 24;
- SCHLESINGER, *Credito agevolato e mutuo di scopo*, in COSTI, LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, 275;
- SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, in *Jur. Class. Per.*, 1989, I, 3397;
- SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57;
- SCHULZE, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz e prospettive di unificazione del diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 161;
- SCHWART, *Relational Contracts in the Courts: an Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *Jour. Leg. Stud.*, 1992, 271;
- SCHWARTZ, SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, *Yale Law Jour.*, 2003, 541;
- SCIUTO, *sub. Artt. 152-155*, in BALDI, TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2009, 1242;
- SCODITTI, *Collegamento negoziale come fattispecie autonoma*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094;
- SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 375;
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in genere*, in GROSSO, SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 1966, 200;
- SCOGNAMIGLIO, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese*, 61, in IAMICELLI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, 103;
- SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contr.*, 2009, 961;
- SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Annali di diritto comparato e studi legislativi*, XXVII, 1951, 54;
- SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, in VETTORI (diretto da) *Regolamento*, II, Milano 2006, 88;
- SCORZA, *Gli statuti degli enti a tipo associativo: con particolare riguardo alle società di commercio*, Roma, 1934;
- SCOTT, *Conflict and Cooperation in Long Term Contracts*, in *Cal. Law Rev.*, 1987, 2005;
- SCOTT, *The Case for Formalism in Relational Contract*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 845;
- SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. e giur.*, 1968, 847;
- SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni ter*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, 25;
- SCUCCIMARRA, *Gli elementi essenziali del contratto preliminare*, in *Imm. e proprietà*, 2010, 243;
- SERIO, *Presupposizione*, in *Digesto Civ.*, XIV, Torino, 1996, 294;
- SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999;
- SEVERI, *Lettere di patronage: responsabilità per inesatte informazioni economiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 396;

BIBLIOGRAFIA

- SEZNEC, *Special Feature: Ethics, Islamic Banking and the Global Financial Market*, in *The Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, 161;
- SGANGA, *Le sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 50;
- SGROI, *Trattative e responsabilità precontrattuale (art. 1337 Codice civile)*, in RUPERTO, SGROI (a cura di), *Nuova rass. giur. cod. civ.*, Milano, 1994, 716;
- SICA, D'ANTONIO, *Il project financing nella prassi internazionale*, in BERLINGUER (a cura di), *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Torino, 2007, 263;
- SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995;
- SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774;
- SIEBERT, *Treu und Glauben*, Stuttgart, 1959;
- SINESIO, *Il credito al consumo. Problemi e prospettive nella realtà italiana*, in MAZZONI, NIGRO (a cura di), *Credito e moneta*, Milano, 1982, 318;
- SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nella vicenda della edificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2340;
- SMITH, *Contracts for the Benefit of Third Parties: in Defence of the Third Party Rule*, in *Oxford Jour. Leg. Studies*, 1997, 643;
- SMITH, *The Law of Contract-Alive or Dead?*, in *The Law Teacher*, 1979, 73;
- SOLDÀ, *Art. 1623 - Modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, 721;
- SOMMA, «Modernizzare» l'ordinamento privatistico: l'economia sociale di mercato e la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni, in CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 137;
- SPADA, *Contratto preliminare di società e qualificazione «preliminare» della società*, in *Giur. comm.*, 1974, II, 662;
- SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974;
- SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. merito*, 1972, 149;
- SPATAZZA, *Preliminare di società irregolare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, II, 258;
- SPEIDEL, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 1981, 369.
- SPEIDEL, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, in *Northw. Un. Law Rev.*, 2000, 823;
- SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, 191;
- STAPLETON, *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, in *Law Quart. Rev.*, 1991, 249;
- STAPLETON, *Duty of Care: Peripheral Parties and Alternative Opportunities for Deterrence*, in *Law Quart. Rev.*, 1995, 301;
- STAPLETON, *Tort, Insurance and Ideology*, in *Mod. Law Rev.*, 1995, 820;
- STARCK, Roland, Boyer, *Obligations*, 2, *Contrat*, Litec, 1998;
- STATHOPOULOS, *Contract Law in Greece*, Atene, Kluwer Law International, 2009;
- STEINMETZ, *L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt*, in *Rev. dr. imm.*, 1993, 305;
- STEVENS, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Law Quat. Rev.*, 2004, 292;
- STEWART, CARTER, *Frustrated Contracts and Statutory Adjustment: the Case for a Reappraisal*, in *Cambr. Law Journ.*, 1992, 66;
- STOFFEL, MUNK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Aix-Marseille, 1994, 10;
- STOLFI, *La conclusione del contratto per persona da dichiarare*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, I, 537;

BIBLIOGRAFIA

- SYKES, *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-best World*, in *Jour. Leg. Stud.*, 1990, 43;
- SYMEONIDES, *Choice of Law in the American Courts in 2012: Twenty-Sixth Annual Survey*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 2013, 217;
- TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, 414;
- TAMAROWSKI, *Project financing e opere pubbliche in Italia. Il settore delle costruzioni*, Milano, 2001;
- TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 510;
- TASSAN, MAZZOCCO, ANGELETTI, BOMBELLI, GUFFANTI, MANZI, PERULLI, ROBALDO, SCIUMÈ, ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003;
- TAYLOR, *Islamic Banking. The Feasibility of Establishing an Islamic Bank in the United States*, in *Am. Bus. Law Jour.*, 2003, 385;
- TENNEKOON, *The Law and Regulation of International Project Finance*, London, Butterworths, 1991;
- TERNAU, *Project financing, aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, Milano, 1996;
- TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1995.
- TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2005;
- TERRIBILE, *L'azione dell'UNCITRAL in materia di Build-Operate-Transfer project financing*, in *Dir. commercio internaz.*, 1995, 361;
- TETI, *I mutui di scopo*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XII, 2, Torino, 2007, 649;
- TEUBERNER, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, in TEUBNER, SUGARMAN (a cura di), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden-Baden, 1990, 67;
- TEUBNER, *Coincidentia Oppositorum: Hybrid Networks beyond Contract and Organisation*, in AMSTUZ, TEUBNER (a cura di), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Hart, 2009, 3;
- TEUBNER, *Networks as Connected Contracts*, 2008, trad. inglese di EVERSON e introduzione di COLLINS, Oxford and Portland, 2011;
- TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Parigi, 1975;
- THUMANN, WOODROOF, *Energy Project Financing: Resources and Strategies for Success*, The Fairmont Press, 1999;
- TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (l. 19.2.1992, n. 142, artt. 18-24)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, 403;
- TIDU, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, I, 727;
- TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, 621;
- TOFFOLETTO, *Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*, in FERRARI, FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 71;
- TOMASI, *Struttura e qualificazione del project financing*, in *Contr.*, 2012, 417;
- TOMMASINI, *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 596;
- TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104;
- TONIATO, *Il contratto di leasing*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 3, *Il contratto*, Milano, 2009, 924;
- TOTARO, *Il project financing*, in CUFFARO (diretto da), in *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005, 396;
- TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992;
- TRACKMANN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, in *Mod. L. Rev.*, 1983, 39;

BIBLIOGRAFIA

- TRACKMANN, *Winner Take Some: Loss Sharing and Commercial Impracticability*, in *Minn. Law Rev.*, 1984, 471;
- TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003;
- TREITEL, *Consideration: A Critical Analysis of Professor Atiyah's Fundamental Restatement*, in *Austr. Law Jour.*, 1974, 439;
- TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis*, in *Int. Rev. Law & Econ.*, 1991, 63;
- TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 1987, 563;
- TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999;
- TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 136;
- TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 447;
- TULLIO, *Il Project Finance*, in DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, 195;
- TULLIO, *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project Finance*, in *Economia e dir. terziario*, 2005, 175;
- TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003;
- TULLIO, *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di "contratto collegato" e di "operazione economica" (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2005, 840;
- TULLIO, *La finanza di progetto: una ricostruzione del fenomeno alla luce delle nozioni di "contratto collegato" e di "operazione economica" (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2005, 1029;
- TULLIO., *I profili civilistici della finanza di progetto*, in CARTEI, RICCI (a cura di), *Finanza di progetto: temi e prospettive*, Napoli, 2010, 415;
- TUOZZO, *Riflessioni sugli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 138;
- TURIS, *La disciplina del c.d. "mutuo di scopo": fra tipo contrattuale e figura negoziale autonoma*, in *Riv. notariato*, 2001, 1455;
- UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008;
- VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001;
- VALENTINO, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509.
- VALENZA, *Attività negoziale e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*, Torino, 2005;
- VAN BOOM, KOZIOL, WITTING, *Pure Economic Loss*, Springer, 2004;
- VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, in *Foro amm. C. St.*, 2003, 145;
- VASETTI, *Arbitraggio*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, 824;
- VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 259;
- VENTORUZZO, *La responsabilità da prospetto negli Stati Uniti d'America tra regole del mercato e mercato delle regole*, Milano, 2003;
- VERDICCHIO, *Sul recesso ingiustificato dalle trattative*, in *Foro pad.*, 1993, I, 150;
- VERONELLI, *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano, 1996;
- VERONELLI, *Project financing*, in *Digesto Comm.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 594;
- VIALE, *Le garanzie bancarie*, Padova, 1994;
- VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 174;

BIBLIOGRAFIA

- VILLA, ANTONELLI, *A Road Map to the Development of European SME Networks, Towards Collaborative Innovation*, Springer, 2009;
- VILLA, *Il coordinamento imprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in IAMICELLI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, 103;
- VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazioni di asimmetria*, in GITTI, VILLA (a cura di), *Il contratto terzo*, Bologna, 2008, 114;
- VILLA, *La determinazione mediante arbitraggio*, in *Studium iuris*, 2001, 850;
- VILLA, *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 944;
- VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999;
- VILLANACCI, *Performance bond: caratteri e funzioni*, Napoli, 1996;
- VINTER, PIERCE, *Project Finance: A Legal Guide*, London, Sweet & Maxwell, 2006;
- VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 501;
- VIOLA, *La presupposizione nella giurisprudenza recente*, in *Studium iuris*, 2010, 756;
- VIRGA, *Diritto Amministrativo*, IV, Milano, 1996, 480;
- VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, II, 11;
- VISALLI, *Natura giuridica del contratto per persona da nominare*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1388;
- VISCO, *Il project finance e le convenzioni arbitrali*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 146;
- VISHWANATH, *Corporate Finance: Theory and Practice*, SAGE, 2007;
- VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972;
- VITELLI, *Mutuo di scopo e clausola di destinazione*, in *Giur. it.*, 2005, 1407;
- VIVARELLI, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing e il leasing finanziario*, in *Riv. trim. appalti*, 2010, 403;
- WALKER, *Privatized Infrastructure: the Build Operate Transfer Approach*, Thomas Telford, 1995;
- WEILLER, *Riferibilità alla società degli atti compiuti dagli amministratori prima dell'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, 162;
- WEITZENBOECK, *A Legal Framework for Emerging Business Models: Dynamic Networks as Collaborative Contracts*, Edward Elgar, 2012;
- WERTHEIMER, *Die Leistungsstörungen im Burgelichen Recht*, Berlino, 1998, 678;
- WHITTAKER, *Privity of Contract and the Tort of Negligence: Future Directions*, in *Oxford Jour. Leg. Studies*, 1996, 191;
- WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, Dartmouth, 1995;
- WILLIAMSON, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *Admin. Science Quart.*, 1991, 282;
- WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, New York, 1975;
- WILLIAMSON, *Transaction-cost-Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *Jour. Law & Econ.*, 1979, 233;
- WILLIS, CLARK, *An Introduction to Mezzanine Finance and Private Equity*, in *Jour. Applied Corp. Finance*, 1989, 77;
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di FADDA, BENZA, I, 1, Torino, 1930, 333;
- WLADIS, *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, in *Georg. Law Jour.*, 1987, 1575;
- WLADIS, *Impracticability as Risk Allocation: The Effect of Changed Circumstances Upon Contract Obligations for the Sale of Goods*, in *Georgia Law Rev.*, 1988, 584;

BIBLIOGRAFIA

- WOOD, *The Law of Subordinated Debt*, London, 1990;
- WORMSER, *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*, New York, 1927, 24;
- WORMSER, *Piercing the Veil of Corporate Entity*, in *Columbia Law Rev.*, 1912, 496;
- WYNANT, *Essential Elements of Project Financing*, in *Harvard Bus. Rev.*, 1980, 166;
- YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, Amsterdam, 2002;
- ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2006, 478;
- ZACCHEO, *La società di progetto*, in MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 125;
- ZACCHEO, *Risoluzione e revisione del contratto*, Milano, 2000;
- ZANELLI, *Reti di impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto*, in *Contr. e impr.*, 2010, 4;
- ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente: la responsabilità del medico per errore diagnostico*, Padova, 1994;
- ZICCARDI, *L'appalto internazionale. Questioni normative e di pratica*, Torino, 2002;
- ZIMATORE, *Il mutuo di scopo: problemi generali*, Padova, 1985;
- ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, in IRTI (a cura di), *Dizionario del diritto privato, I, Diritto civile*, Milano, 1980, 601;
- ZIMMERMAN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contr. e impr. Europa*, 2004, 625;
- ZIMMERMAN, *Modernizzazione del diritto delle obbligazioni*, in *Annuario di diritto tedesco 2001*, Milano, 2002, 55;
- ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Juta, 1990;
- ZINGALES, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Dir. e formazione*, 2005, 691;
- ZWEIGERT-KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tubigen, 1984, 242.