I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della “buona fede”

Mauro Paladini

SOMMARIO: 1. Una breve premessa storica. – 2. Il quadro delle norme di emergenza. – 3. Il principio di buona fede nella dottrina e nella giurisprudenza. – 4. La peculiarità dell'emergenza pandemica e la scelta legislativa di attribuire rilevanza al *sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi* a fondamento della pattuizione contrattuale. – 5. I diritti del contraente debitore per l'inesigibilità sopravvenuta della prestazione. – 6. La valutazione secondo buona fede dell'esercizio dei diritti derivanti delle originarie pattuizioni contrattuali. – 7. Buona fede e rinegoziazione del contenuto del contratto. – 8. Conclusioni.

1. Una breve premessa storica

Tra le tante novità giuridiche, che la tragedia della pandemia da Covid-19 ha costretto a introdurre nell'ordinamento italiano, non pare che abbia precedenti nella Storia l'intervento diretto e profondo sulle norme che regolano i rapporti contrattuali e, in particolare, l'adempimento delle obbligazioni. Le pandemie – per quanto se ne fosse perduta la memoria – hanno colpito, infatti, le società moderne anche nel corso degli ultimi due secoli, seminando lutti in Europa e nel Mondo. Le pandemie di colera¹, in particolare, giunsero in Europa e in Italia, funestando molti Stati preunitari negli anni '30 del XIX secolo (Giacomo Leopardi ne fu, a Napoli, una delle vittime illustri) e nel 1848-49, in concomitanza con la prima guerra di indipendenza. Del problema della diffusione del colera presero coscienza i Governi di buona parte del mondo, al punto che fu organizzata la prima Conferenza sanitaria internazionale, che si svolse a Parigi nel 1851. Anche in seguito all'unità d'Italia, il colera colpì ripetutamente il nostro Paese, in particolare negli anni 1884-87 e, meno gravemente, tra il 1893 e il 1897. Proprio in occasione dell'epidemia di colera del 1884, fu emanata la Legge 15 gennaio 1885 n. 2892 (*Pel risanamento della città di Napoli*) che – nota ai giuristi soprattutto per le modifiche introdotte in punto di calcolo dell'indennità di espropriazione² – ha rappresentato il modello poi esteso a numerosi successivi interventi legislativi speciali³ ed è stata abrogata soltanto con l'emanazione del vigente Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità⁴.

Ebbene, non consta che i (pur rari) interventi legislativi speciali, stimolati da epidemie o altre calamità naturali, abbiano mai derogato a istituti generali del diritto privato, rispetto ai

¹ Eugenia Tognotti, *Il mostro asiatico. Storia del colera in Italia*, Bari, 2000.

² A differenza della Legge 25 giugno 1865, n. 2359, che stabiliva il criterio del valore venale del bene per il calcolo dell'indennità di espropriazione, la Legge per il risanamento della città di Napoli consentiva alle amministrazioni di calcolare l'indennità «sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio» (art. 13, c. 3°).

³ Per un'analitica disamina di tali leggi speciali, G. Landi, *Espropriazione per pubblica utilità (principi)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1966, XV, 822.

⁴ Art. 58, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

quali gli eventi di questa natura sono stati fatti genericamente rientrare nelle nozioni di caso fortuito o di forza maggiore (e, dunque, nelle ipotesi di esclusione di responsabilità per inadempimento dell'obbligazione, ai sensi dell'art. 1226, c.c. 1865, e dell'art. 1218 c.c.)⁵.

Il legislatore del passato è intervenuto, invece, sulle norme di diritto privato in caso di guerra. Deve rammentarsi, a tal proposito, il **Decreto Legislativo 27 maggio 1915 n. 739**, il quale, all'indomani dello scoppio della prima guerra mondiale, stabilì che *“a tutti gli effetti dell'articolo 1226 c.c.⁶, la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la rende eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima del decreto di mobilitazione generale”*, e, poiché l'articolo 1226 c.c. del Codice Civile del 1865 era la norma che esonerava il debitore dall'obbligo di risarcimento del danno per inadempimento in caso di forza maggiore o caso fortuito, anche quella normativa di emergenza pose agli interpreti il problema della sorte del rapporto contrattuale e della possibilità di ritenere in via interpretativa che, oltre all'esonero dall'obbligo risarcitorio, potesse inferirsi la risoluzione del contratto, almeno con riferimento ai contratti ad esecuzione istantanea. Sul punto, dottrina e giurisprudenza si espressero in senso affermativo; viceversa, per i contratti di durata, si affermò che le conseguenze della forza maggiore dovessero essere limitate alle singole prestazioni in scadenza durante il periodo di guerra, con esclusione, quindi, del diritto di ottenere la risoluzione del contratto. Peraltro, anche al legislatore del 1915 si rimproverò parzialità e limiti dell'intervento⁷, osservando, in particolare, come nulla venisse previsto per i rapporti contrattuali disciplinati dal Codice del Commercio, ma la dottrina (Polacco) sostenne la tesi estensiva dell'applicazione della norma di emergenza, arrivando ad affermare – a proposito della vendita commerciale (art. 61) – che *«il genere che pure sussiste in rerum natura sarà considerato giuridicamente come mancante, se non sia dato valersene per l'esecuzione del contratto, in causa di un impedimento di indole generale, cioè inerente alla prestazione nella sua obiettività, epperò tale da renderla in quel dato momento inattuabile per quella qualsiasi azienda patrimoniale che non se ne trovi debitrice»*.

⁵ Per tale qualificazione, sotto il vigore del precedente Codice, G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, Torino, 1897, 686 ss.; dopo l'entrata in vigore del Codice vigente, F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, 9^a ed., vol III, 305.

⁶ *Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato.*

⁷ Per un quadro analitico delle posizioni di dottrina e giurisprudenza, F. Pezzella, *Guerra (debiti di)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Utet, Torino 1938, VI, 585-586.

2. Il quadro delle norme di emergenza

Questo breve squarcio di retrospettiva storica consente di rovesciare, almeno in parte, la nota affermazione di Tacito, secondo cui *tutte le cose che ora si credono antichissime furono nuove*, e a ritenere che i problemi, con i quali si dibattono i giuristi in seguito all'emergenza Covid, non costituiscono una novità assoluta neppure nella storia del diritto occidentale dell'età dei codici. Non può sfuggire, addirittura, la lata assonanza normativa tra quanto previsto dal legislatore del 1915 e il noto **comma 6-bis dell'art. 3, D.L. 23 febbraio 2020, n. 6**, convertito con modificazioni dalla Legge 5 marzo 2020, n. 13, che ha stabilito che *«Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»*: in entrambi in casi, infatti, l'esito applicativo della norma consiste, in pratica, nell'esclusione dell'obbligo risarcitorio per condotte oggettivamente qualificabili come inadempimento di obbligazioni. Nell'unica norma di carattere generale, il legislatore dell'emergenza, quindi, non ha ritenuto di attribuire alla situazione pandemica la valenza di automatica causa di *impossibilità* o di *eccessiva onerosità sopravvenuta* della prestazione dovuta dal debitore, preferendo escludere le sole conseguenze risarcitorie del mancato adempimento.

Diversa l'impostazione accolta, invece, nell'**art. 216, co. 3°, D.L. 19 maggio 2020, n. 34** (c.d. decreto rilancio), convertito in Legge 17 luglio 2020, n. 77, che – con riferimento a un settore specifico – ha stabilito che *«La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito»*. In tale ipotesi, infatti, le norme menzionate (sia pure in maniera affastellata) impongono all'interprete di virare decisamente dall'inadempimento verso la

direzione della non imputabilità della mancata esecuzione della prestazione, sebbene il richiamo alle medesime norme sia privo di qualsivoglia rilevanza concreta, tenuto conto, da un lato, dell'espressa qualificazione dei provvedimenti di sospensione delle attività sportive alla stregua di un «*fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione*» e, dall'altro, della tipizzazione quantitativa delle conseguenze di tale fattore sul rapporto sinallagmatico tra le prestazioni (*riduzione cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020*). Se il legislatore avesse voluto perseguire un obiettivo di certezza del diritto, sarebbe intervenuto anche in altri settori parimenti colpiti dalla situazione di emergenza, colmando, ad esempio, l'illogica disparità di trattamento tra le locazioni di palestre, piscine e impianti sportivi, e le altre (numerossime) ipotesi di locazioni commerciali. Non soltanto ciò non è avvenuto, ma – circostanza ancor più grave – il legislatore è rimasto del tutto inerte nonostante la recrudescenza della pandemia e l'imposizione di analoghe misure restrittive delle attività economiche a far tempo da ottobre 2020.

Per completare il frammentario e disorganico quadro normativo, occorre rammentare l'**art. 88 bis, Legge n. 27/2020**, che ha espressamente qualificato come «*sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile*», in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario e marittimo, nonché ai contratti di soggiorno e di pacchetto turistico, la condizione dei soggetti impediti alla circolazione o comunque alla fruizione del servizio a causa dell'emergenza Covid. Il richiamo diretto dell'art. 1463 c.c. presenta, allo stesso tempo, profili di interesse e di perplessità. Da un lato, infatti, il legislatore rivela una netta adesione all'interpretazione – ormai invalsa nella giurisprudenza⁸ – dell'«impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile» nell'estensivo significato di «*impossibilità di fruizione, per un fatto obiettivo, della prestazione dovuta dalla controparte*». Da altro punto di vista, tuttavia, l'art. 1463 risulta richiamato in modo del tutto eccentrico, posto che, in luogo dell'estinzione del rapporto contrattuale e del conseguente obbligo di restituzione della controprestazione economica eventualmente già percepita dal soggetto tenuto all'esecuzione del servizio, l'art. 88 bis attribuisce al soggetto erogatore del servizio l'obbligazione alternativa tra il rimborso (*id est*, restituzione del corrispettivo già percepito) e il rilascio di un *voucher*, ovvero – per le strutture ricettive che abbiano sospeso l'attività a causa

⁸ Cass., sez. III, 24 luglio 2007 n. 16315; Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n.26958; Cass., sez. III, 10 luglio 2018, n.18047.

dell'emergenza – l'offerta all'acquirente di «*un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore, con restituzione della differenza di prezzo*» (co. 6°): un ventaglio di alternative con facoltà di scelta in capo al soggetto tenuto al servizio, che non ha alcun fondamento, quindi, nella previsione dell'art. 1463 c.c.

Un quadro normativo così frastagliato e, a tratti, contraddittorio non poteva che provocare sia la riflessione degli studiosi⁹ sia la ricerca di autonome soluzioni giurisprudenziali nei variegati ambiti contrattuali non attinti, direttamente o indirettamente, dalle norme sopra descritte. In questo senso, era prevedibile che, tra i vari percorsi ermeneutici, assumessero significativa rilevanza le clausole generali e, in particolare, in ambito contrattuale, il dovere di buona fede (artt. 1375, 1366, 1460 c.c.).

3. Il principio di buona fede nella dottrina e nella giurisprudenza.

Fino agli anni '70, invero, la buona fede ha assunto un ruolo sostanzialmente marginale nella sistemica complessiva del rapporto contrattuale. La giurisprudenza¹⁰ la considerava soprattutto un criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'adempimento del contratto e, in generale, del rapporto obbligatorio, ma senza una specifica incidenza sul piano di effetti eventualmente risarcitori o addirittura estintivi. Questa tiepida considerazione del ruolo della buona fede era diffusa anche nella più autorevole dottrina tradizionale e trovava il proprio fondamento nel timore di eccessi di discrezionalità giudiziale. Autori come Rubino parlarono di “*Stato ficcanaso*” con riferimento alla formulazione dell'attuale art. 1366 c.c. e non può ritenersi, peraltro, che il predetto timore fosse ingenuo o eccessivo in coloro che ricordavano come il principio di buona fede avesse indotto la giurisprudenza tedesca ad ammettere la risoluzione della locazione stipulata con un conduttore ebreo.

Tra gli anni '60 e gli anni '70, in dottrina si formarono due correnti di pensiero:

a) secondo una prima tesi (RODOTÀ), la buona fede oggettiva doveva assumere una funzione *integrativa* degli obblighi *del creditore e del debitore*, nel senso che, nell'ambito di ciascun rapporto obbligatorio, il debitore ed il creditore sarebbero obbligati non soltanto a tutte quelle condotte specifiche attinenti al particolare rapporto obbligatorio, ma ad una serie indeterminata di condotte accessorie dettate appunto dal dovere di correttezza (ad esempio, la buona fede

⁹ Nonostante il lasso di tempo relativamente breve, la letteratura sul tema dell'influenza dell'emergenza Covid sui rapporti contrattuali può dirsi amplissima, se non sterminata.

¹⁰ Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; *id.*, 23 marzo 1979, n. 1690; *id.*, 18 ottobre 1980, n. 5610 e prima *id.*, 16 febbraio 1963, n. 357

potrebbe imporre al creditore di informare il debitore di essere impedito a ricevere l'adempimento, ecc.);

b) secondo una tesi minoritaria (NATOLI), invece, la buona fede nel rapporto obbligatorio costituirebbe una sorta di *parametro di valutazione del comportamento del creditore*, volto a prevenire e impedire che il creditore, pur mantenendosi formalmente nell'ambito delle sue facoltà, abusi del suo diritto: gli autori che sostengono questa teoria negano che valga il brocardo romano, secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit* ed affermano, al contrario, la possibilità che anche il c.d. abuso del diritto faccia sorgere una responsabilità in capo al titolare del diritto stesso.

Nello stesso tempo, la giurisprudenza tedesca inaugurava l'interpretazione del § 242 BGB – concernente l'obbligo di buona fede – quale norma idonea alla configurazione di istituti neppure previsti dal legislatore, come i doveri di protezione, le clausole vessatorie, la *Verfirkung*, l'abuso del diritto, la revisione del contratto, che tanta influenza hanno avuto sia nell'ordinamento italiano sia, in generale, nel diritto privato europeo.

Negli anni successivi, si può dire che entrambe le suddette ricostruzioni siano state accolte nella giurisprudenza che, da un lato, ha valorizzato la “bilateralità” della buona fede e, dall'altro, ha riconosciuto la figura dell'abuso del diritto. La buona fede è assurta, così, a criterio oggettivo affidato al giudice per verificare nel caso concreto se *debitore e creditore si siano comportati lealmente cooperando reciprocamente l'uno per soddisfare l'interesse dell'altro*. Un appiglio sistematico alla c.d. bilateralità dell'obbligo di buona fede è presente nella Relazione al Re, ove si legge che il principio di correttezza e di buona fede «*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*» (ivi, § 558). La concezione “bilaterale” della buona fede ha consentito, quindi, di stabilire un legame di diretta emanazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. dal principio di solidarietà sancito dall'art 2 Cost.¹¹

Nella sua accezione di fonte di integrazione degli obblighi contrattuali, la buona fede ha indotto all'affermazione in giurisprudenza di obblighi accessori di informazione o di

¹¹ La Suprema Corte ha affermato che *la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico* (Cass., 30 luglio 2004, n. 14605).

collaborazione con la controparte contrattuale, come, ad es., l'obbligo dell'impresa esercente servizi di telefonia di comunicare tempestivamente al proprio cliente l'impossibilità di eseguire la prestazione e di adottare gli opportuni provvedimenti al fine del contenimento dei danni¹², oppure l'obbligo del fornitore di consegnare la documentazione relativa al bene oggetto del contratto di leasing¹³. Intesa, invece, come *parametro per la valutazione del comportamento del creditore*, la giurisprudenza ha configurato ipotesi di abuso del diritto nel frazionamento ingiustificato della pretesa creditoria¹⁴ e nel recesso *ad nutum* inopinato nei contratti di durata¹⁵.

Non mancano casi, invero, nei quali il richiamo al principio di buona fede, come limite all'operatività di una regola contestualmente affermata, appare alla stregua di un cedimento retorico o di stile, come è dimostrato dalla totale assenza di applicazioni giurisprudenziali di eccezioni alla regola, che soltanto la buona fede, secondo la proclamazione teorica, potrebbe giustificare. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione dell'art. 1277 c.c. accolta dalle Sezioni Unite nel 2007¹⁶ e all'affermazione per cui – a fronte dell'affermata “regola” dell'ammissibilità dell'estinzione dei debiti pecuniari mediante versamento della somma in denaro contante oppure con la consegna di assegno circolare – il rifiuto di quest'ultima modalità di pagamento potrebbe essere ritenuto legittimo *«solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva»*: non consta, infatti – com'era del tutto prevedibile – una sola pronuncia giurisprudenziale, nella quale si rinvenga la legittimità del rifiuto di un assegno circolare per una asserita conformità del rifiuto stesso al parametro di buona fede. Si pensi, altresì, all'eventualità – parimenti adombrata dalle Sezioni Unite in una nota pronuncia in tema di c.d. “usurarietà sopravvenuta” – che la pretesa di interessi superiori al tasso soglia, sebbene legittima stante la non usurarietà del tasso pattuito al momento della stipulazione del contratto, possa risultare *«in presenza di particolari modalità o circostanze ... scorretta ai sensi dell'art. 1375 c.c.»*: anche in tal caso, la fantasia si affatica invano nella ricerca di ipotesi in cui l'esercizio di tale pretesa, fondata sulla validità della pattuizione contrattuale, possa risultare in concreto lesiva dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede.

La giurisprudenza si è spinta, poi, talvolta, fino a sanzionare con la nullità determinate pattuizioni, il cui contenuto risultasse in contrasto col principio di buona fede. Si è realizzata,

¹² Cass. 10 giugno 2016 n. 11914.

¹³ Cass. 30 luglio 2004 n. 14605.

¹⁴ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726.

¹⁵ Cass., sez. III, 18 settembre 2009 n. 20106.

¹⁶ Cass., sez. un., 18 dicembre 2007 n. 26617

così, talvolta, quella trasformazione delle *regole di condotta* in *regole di validità*, che le Sezioni Unite¹⁷, in materia di responsabilità precontrattuale dell'intermediario finanziario, avevano affermato, invece, di voler tenere nettamente distinte. Sennonché – oltre al noto “caso Fiuggi”¹⁸ – in alcuni specifici ambiti, la stessa Suprema Corte ha qualificato come “nulle” alcune clausole contrattuali ritenute in contrasto con il principio di buona fede. Si pensi, ad esempio, alle operazioni di *leasing*, con riguardo alle quali un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁹ ha dichiarato la contrarietà a buona fede – e, quindi, la nullità – delle clausole che sancivano l'esonero del concedente da ogni responsabilità per la mancata consegna o per i vizi del bene fornito: orientamento, poi, confermato dalle Sezioni Unite²⁰, secondo le quali, in caso di mancata consegna del bene, il principio di buona fede impone rispettivamente all'utilizzatore il dovere di immediata informazione nei riguardi del concedente e, al concedente, l'obbligo di solidarietà e di protezione dell'utilizzatore, che si estrinseca nella sospensione del pagamento del corrispettivo dovuto al fornitore.

A fronte, dunque, di un orientamento che spinge la buona fede verso l'area della validità delle pattuizioni contrattuali al di là delle ipotesi espressamente previste dal legislatore e pretende, quindi, di far discendere la nullità dalla violazione di un principio generale, si assiste, tuttavia, all'affermazione del medesimo principio in funzione limitativa degli effetti della nullità derivante dalla mancanza o illiceità dei tradizionali elementi essenziali del contratto. È ciò che è avvenuto con riguardo alle conseguenze della c.d. nullità “selettiva” di alcuni ordini di investimento, derivante dalla nullità per difetto di forma del contratto quadro di investimento. Secondo le Sezioni Unite²¹, infatti, a fronte della domanda dell'investitore diretta a ottenere la

¹⁷ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26724

¹⁸ Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, che sancì la nullità per contrarietà a buona fede della clausola, inserita nei contratti per l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale e per la locazione degli stabilimenti termali conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che attribuivano al concessionario “la piena libertà” di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, commisurando ad esso il canone pagato al Comune. Avvalendosi di tale clausola, infatti, l'Ente Fiuggi aveva conseguito il vantaggio di corrispondere al Comune un canone basso perché proporzionato al prezzo di vendita delle bottiglie ad altra società partecipata, la quale vendeva, invece, sul mercato a prezzo decuplicato, riversando poi un tale sproporzionato vantaggio in favore della società concessionaria. La SC affermò che una tale clausola è «*contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la "regula iuris" del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione*».

¹⁹ Cass., 2.11.1998, n. 10926; Cass., sez. III, 6 giugno 2002 n. 8222; Cass., sez. III, 29 aprile 2004 n. 8218; Cass., sez. III, 25 maggio 2004 n. 10032; Cass., sez. III, 5 luglio 2004 n. 12279; Cass., sez. III, 8 marzo 2005 n. 5003; Cass, Sez. III, 27/07/2006, n. 17145; Cass., sez. I, 20 luglio 2007 n. 16158; Cass., sez. III, 12 ottobre 2007 n. 20592.

²⁰ Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785

²¹ Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314. Tra i commenti alla pronuncia, M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 154 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in

declaratoria di nullità soltanto di alcuni ordini di acquisto, l'intermediario può opporre l'eccezione di buona fede, consistente, in concreto, nella possibilità di “compensare” il danno lamentato dall'investitore con i vantaggi dal medesimo conseguiti dall'esecuzione dei diversi ordini che, sebbene eseguiti in attuazione dello stesso contratto quadro, abbiano generato utili e non siano stati, pertanto, oggetto di alcuna domanda di nullità derivata: *«può accertarsi – affermano i Supremi Giudici – che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluente nel petitum. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede»*. In definitiva, si attribuisce alla buona fede il ruolo di *eccezione limitativa degli effetti economici della declaratoria di nullità*, con un'originale operazione ermeneutica, i cui esiti applicativi si sarebbero probabilmente conseguiti anche ricorrendo alla mera regola della *compensatio lucri cum damno*²².

Dall'evoluzione giurisprudenziale appena sinteticamente illustrata si desume l'impressione di un uso talvolta incontrollato del principio di buona fede, affidato al giudice come strumento apparentemente normativo, ma in concreto extragiuridico, per determinare, di volta in volta, alla luce di un indeterminato parametro di valori appartenenti alla c.d. “coscienza sociale”, la validità, il contenuto e gli effetti delle pattuizioni contrattuali, con il rischio di preoccupanti arretramenti sul terreno della certezza del diritto. Una tale sussunzione della coscienza sociale al ruolo di parametro normativo è stata addirittura teorizzata e tradotta in una recente massima della Suprema Corte²³, secondo la quale – espressamente – *«la correttezza (art. 1175 c.c.) e*

Nuova giur. civ. comm., 2020, II, p. 176 ss.; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, *ivi*, 2020, II, p. 160 ss. S. MONTICELLI, *Le nullità selettive secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, *ivi*, 2020, II, p. 163 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, *ivi*, 2020, II, p. 169 ss.; ID., *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente debole?*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 123 ss.

²² Sulla quale è intervenuta recentemente un'attenta e analitica rivisitazione da parte delle stesse Sezioni Unite: Cass SS UU 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567.

²³ Cass., sez. lav., 25 giugno 2020, n.12714, in una vicenda nella quale era stato domandato l'accertamento della illegittimità del recesso, per assenza di giusta causa, da un contratto di produzione discografica.

l'obbligo di fedeltà, lealtà e buona fede (art. 1375 c.c.) costituiscono disposizioni caratterizzate dalla presenza di elementi "normativi" e di clausole generali (Generalklauseln), il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la "spirale ermeneutica" (tra fatto e diritto), di essere integrato, colmato, sia sul piano della quaestio facti che della quaestio iuris, attraverso il contributo dell'interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall'ordinamento giuridico o da regole proprie di determinate cerchie sociali o di particolari discipline o arti o professioni, alla cui stregua poter adeguatamente individuare e delibare, altresì, le circostanze più concludenti e più pertinenti rispetto a quelle regole, a quelle valutazioni, a quei giudizi di valore, e tali non solo da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della tota res (realtà fattuale e regulae iuris), ma da consentire inoltre al giudice di pervenire, sulla scorta di detta complessa realtà, alla soluzione più conforme al diritto, oltre che più ragionevole e consona. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura di norma giuridica, la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli "standards" conformi ai valori dell'ordinamento esistenti nella realtà sociale».

4. La peculiarità dell'emergenza pandemica e la scelta legislativa di attribuire rilevanza al sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi a fondamento della pattuizione contrattuale.

Alla luce di un'applicazione ormai così vasta del principio di buona fede nell'intero ambito del diritto privato da parte del giudice della nomofilachia, si può intuire e comprendere come tale principio possa essere invocato per la soluzione di molti dei casi insorti per l'esecuzione di contratti in tempo di pandemia. Preliminarmente, tuttavia, occorre affrontare il punto fondamentale della questione, consistente nella qualificazione (o nelle qualificazioni) della sopravvenuta emergenza pandemica nella vicenda contrattuale. La declinazione al plurale dipende dalla possibilità che la sopravvenienza pandemica assuma diversa rilevanza nelle varie figure contrattuali e, soprattutto, nella dicotomia tra contratti a esecuzione istantanea e contratti di durata. Altra distinzione deve essere compiuta a seconda che la sopravvenienza debba essere

identificata con le conseguenze socio-economiche dell'emergenza oppure con gli interventi governativi sulla possibilità di svolgimento di alcune attività.

In questo variegato panorama, volendo metodologicamente partire dal dato normativo testuale, non v'è dubbio che occorra prendere in primaria considerazione l'art. 216, co. 3°, Decreto Rilancio, che espressamente definisce la sospensione delle attività sportive, disposta coi DPCM dell'emergenza, come «*fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati*». Si è già detto che – considerata la tipizzazione dell'effetto di tale fattore sul rapporto contrattuale, consistente nella riduzione percentuale dei canoni di locazione per determinate mensilità – l'indiscriminato richiamo degli artt. 1463, 1464, 1467 e 1468 costituisce soltanto un inutile inquadramento del precetto nell'ambito dei tradizionali istituti codicistici. Esaminando, invece, la definizione adottata dal legislatore, occorre domandarsi come mai si sia ritenuto di attribuire rilevanza modificativa del contenuto contrattuale ad un “*fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi*” e la risposta deve essere agevolmente trovata nella portata sconvolgente e planetaria dell'emergenza pandemica, la quale si è rivelata in grado di incidere sui presupposti e sugli obiettivi economici non soltanto di alcune categorie, ma della quasi totalità dei contratti.

Tale caratteristica generale ed economicamente dirompente dell'emergenza pandemica ha comprensibilmente indotto il legislatore ad attribuire rilevanza allo “*squilibrio dell'assetto di interessi*”, oggetto dell'originaria pattuizione dei contraenti. Occorre rammentare, infatti, che, nel nostro ordinamento, non vige un principio di necessaria proporzionalità oggettiva delle corrispettive prestazioni contrattuali e, proprio l'assenza di tale principio comporta, del resto, che il Codice Civile abbia limitato le previsioni di rescissione o risoluzione alle sole ipotesi di lesione *ultra dimidium* (art. 1448 c.c.) o di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), senza attribuire, invece, alcuna rilevanza a sproporzioni che non assurgano al divario indicato da dette norme. Al contrario, per i contratti commutativi vale il principio generale, secondo cui, entro i limiti rientranti nell'alea normale del contratto, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi imprevedibili che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni²⁴. Ciò comporta, ad esempio, la validità di compravendite, nelle quali il prezzo risulti oggettivamente sproporzionato all'effettivo valore del bene acquistato.

²⁴ Ex plurimis, Cass., sez. I, 23 novembre 1999 n. 12989.

Nella contingenza del Covid-19, invece, il legislatore – per perseguire l’obiettivo di un’equilibrata distribuzione delle perdite economiche connesse alla pandemia – ha ritenuto di attribuire eccezionalmente rilevanza al mero “squilibrio dell’assetto di interessi”, a prescindere, quindi, dalla ricorrenza dei requisiti previsti per la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta: da un lato, infatti, lo squilibrio dell’assetto di interessi può riguardare anche contratti ad esecuzione istantanea, ai quali non si applicherebbe quindi l’articolo 1467 c.c.; dall’altro, lo squilibrio consente l’adozione di rimedi anche in assenza del requisito dell’onerosità “eccessiva”. A ciò si aggiunga, non ultimo, il rilievo della frequente inidoneità del rimedio risolutivo del rapporto contrattuale per la tutela dell’interesse della parte svantaggiata.

La qualificazione in termini di “squilibrio dell’assetto di interessi” è significativa anche per escludere che i problemi dell’emergenza pandemica nel settore dei contratti possano essere risolti in ogni caso *sic et simpliciter* facendo ricorso alle norme sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile (art. 1463-1464 c.c.). Salve le ipotesi, a cui si è accennato, di impossibilità (definitiva o temporanea) di fruizione dell’altrui prestazione, infatti, le più frequenti ipotesi, emerse nella prassi, di “difficoltà” a far fronte ad obbligazioni pecuniarie in conseguenza o delle chiusure disposte dal Governo o della crisi generale del settore economico di riferimento non possono essere tecnicamente qualificate in termini di “impossibilità”. Inoltre, l’inidoneità del rimedio dell’impossibilità sopravvenuta emerge con evidenza là dove si consideri che la parte contrattuale tenuta all’adempimento potrebbe farvi fronte con risorse proprie accumulate in passato e tali da escludere anche quella condizione di “difficoltà”, che soltanto un’acrobazia interpretativa potrebbe tentare di qualificare in termini di “impossibilità”. In altri termini, lo squilibrio dell’assetto di interessi assume rilevanza anche a prescindere dalla specifica capacità economica della singola parte del rapporto contrattuale, che sia in grado di far fronte, dal punto di vista strettamente economico, all’adempimento della prestazione.

5. I diritti del contraente debitore per l’inesigibilità sopravvenuta della prestazione.

Esclusa, almeno nella generalità dei casi, per le ragioni dette, la possibilità di fare ricorso agli istituti dell’impossibilità (artt. 1463-1464 c.c.) o dell’eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467-1468 c.c.), appare opportuno il riferimento a un’azione generale di riduzione – *rectius*, di rimodulazione – delle reciproche prestazioni, fondata sull’*inesigibilità sopravvenuta* della

prestazione nei tempi o nel contenuto pattuiti al momento della stipulazione del contratto. Ed è proprio con riguardo a tale inesigibilità che assume rilevanza il principio di buona fede, non potendo il contraente creditore esercitare legittimamente la pretesa di una prestazione, il cui adempimento, nella dinamica degli interessi economici delle parti, risulti privato di quella proporzionalità che le parti si erano ragionevolmente prospettate all'atto della stipulazione. La stessa Corte di Cassazione, del resto, ha già affermato che «*la buona fede oggettiva o correttezza la quale, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio*»²⁵. Ecco, dunque, che la buona fede torna ad assumere il ruolo di criterio di valutazione del comportamento del creditore, in grado di attribuire natura abusiva alla pretesa di esercitare i diritti derivanti dal contratto, nei tempi e coi contenuti a suo tempo pattuiti.

Una simile impostazione del problema non appare né nuova né priva di base normativa.

Non è nuova, perché del principio di inesigibilità della prestazione già dottrina e giurisprudenza hanno avuto modo di occuparsi e di valutare la compatibilità con l'ordinamento.

Il principio di inesigibilità è stato invocato, ad esempio, dalle Sezioni Unite²⁶ per giustificare il potere giudiziale di riduzione *ex officio* della penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.), ma ha trova riscontro anche in talune pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali espressamente si afferma l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie²⁷.

²⁵ Cass., 6 maggio 2020, n. 8494

²⁶ Cass., sez. un., 13 settembre 2005 n. 18128.

²⁷ L'art. 2 del d.l. 25 settembre 1987, n. 393, convertito nella legge 25 novembre 1987, n. 478, disponeva l'esonero dall'obbligo risarcitorio di cui all'art.1591 c.c. in favore del conduttore di immobile non abitativo nell'ipotesi di comprovata sussistenza della difficoltà di reperire altro immobile idoneo". La C Cost. (sentenza n. 22 del 1989) aveva qualificato tale previsione come una figura di temporanea inesigibilità della prestazione restitutoria, disposta dalla legge impugnata in esito a un bilanciamento degli interessi in gioco commisurato alla "grave difficoltà per il conduttore, dipendente da circostanze estranee alla sua volontà, di trovare un altro immobile adatto alle sue necessità di lavoro". In considerazione di tale stato di fatto e limitatamente al periodo definito dalla data fissata giudizialmente per il rilascio, infatti, la legge – secondo C. Cost. 1 aprile 1992 n. 149 – giudicava più meritevole di tutela l'interesse del conduttore - costituzionalmente rilevante ai sensi dell'art. 41 Cost. - a non interrompere l'esercizio dell'impresa per il tempo occorrente a reperire un'altra sede, rispetto all'interesse antagonista del locatore protetto dall'art. 42 Cost.

L'art. 2, d.l. n. 393 del 1987 sanciva, quindi, l'inesigibilità della restituzione dell'immobile per il periodo corrispondente alla difficoltà di reperire altro immobile idoneo, la quale esonerava il debitore da responsabilità per mora, salvo l'obbligo di continuare a corrispondere il canone vigente alla scadenza del contratto.

La Corte, peraltro, aveva ritenuto la norma costituzionalmente illegittima, nella parte in cui non consentiva al locatore di dare la prova dell'insussistenza dei presupposti per l'esonero dal risarcimento, consistente nella dimostrazione che il conduttore avrebbe potuto acquisire la disponibilità di un altro immobile con l'ordinaria diligenza.

Secondo il Giudice delle leggi²⁸, infatti, quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o comunque superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato.

Soccorrono, altresì, univoci dati normativi a fondamento di tale tesi, ove non dovesse essere ritenuto già di per sé sufficiente la (indubbiamente timida) previsione dell'art. 216, co. 3°, decreto rilancio. Si pensi al profondo significato sistematico di una norma negletta all'interno del Codice Civile, ma che esprime una logica del tutto consonante ai problemi di cui si dibatte in questi tempi.

Si allude all'**art. 1635 c.c.** (*Perdita fortuita dei frutti negli affitti pluriennali*)²⁹, che regola, nell'ambito del contratto di affitto di fondi rustici, le conseguenze del perimento dei frutti di un anno per caso fortuito, come ad esempio, un evento atmosferico che abbia distrutto il raccolto.

Invero, nella locazione commerciale (artt. 27 ss.. L. n. 392/78) la legge non prende in considerazione l'eventuale mancanza di utili nell'arco di uno o più esercizi di bilancio aziendale: il rischio dei risultati dell'attività imprenditoriale grava, com'è ovvio, sul solo conduttore imprenditore, né potrebbe quest'ultimo invocare una presunta inesigibilità del credito al pagamento del canone da parte del locatore in conseguenza di una congiuntura di mercato o di fattori che abbiano impedito di conseguire la prevedibile produttività dell'impresa. Tale irrilevanza dell'andamento del mercato sui diritti economici del locatore si giustifica in base alla presunzione che i risultati dell'attività imprenditoriali dipendano, in tutto o in parte, dalle abilità dell'imprenditore conduttore. Viceversa, nel caso di imprenditore agricolo, sin dall'antichità è fatto notorio che l'opera prestata nei campi può essere dissolta in un baleno dalla grandine, da un'alluvione o da una neve fuori stagione. Ecco, quindi, che il legislatore disciplina le conseguenze di quello che a ragione può essere definito come un sopravvenuto

²⁸ Cfr. anche C. Cost. 3 febbraio 1994 n. 19

²⁹ *Se, durante l'affitto convenuto per più anni, almeno la metà dei frutti di un anno non ancora separati perisce per caso fortuito, l'affittuario può domandare una riduzione del fitto, salvo che la perdita trovi compenso nei precedenti raccolti.*

Qualora la perdita non trovi compenso nei precedenti raccolti, la riduzione è determinata alla fine dell'affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi. Il giudice può dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione della perdita sofferta.

La riduzione non può mai eccedere la metà del fitto.

In ogni caso si deve tener conto degli indennizzi che l'affittuario abbia conseguiti o possa conseguire in relazione alla perdita sofferta.

Al perimento è equiparata la mancata produzione dei frutti.

“squilibrio dell’assetto di interessi”, che appare iniquo far gravare esclusivamente sulla parte affittuaria. Pertanto, l’affittuario ha diritto a una «riduzione del fitto», che tuttavia «è determinata alla fine dell’affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi [e] il giudice può dispensare provvisoriamente l’affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione alla perdita sofferta, [ma] la riduzione non può mai eccedere la metà del fitto». Per quanto possa destare stupore, dall’art. 1635 c.c. potrebbero essere proficuamente desunte analogicamente le più opportune regole per risolvere molte delle controversie che, nel settore delle locazioni, affliggono i tribunali in questi tempi di pandemia³⁰.

Volendo riassumere, si può affermare, quindi, che l’emergenza pandemica, quale *fattore di sopravvenuto squilibrio dell’assetto di interessi pattuito*, là dove renda inesigibile l’adempimento della prestazione secondo le caratteristiche originarie, può fondare un’azione di riduzione del corrispettivo, ovvero – nei contratti ad esecuzione continuata o periodica – una sospensione dell’obbligo di pagamento, in applicazione analogica delle norme dettate in materia tanto dal legislatore codicistico quanto da quello dell’emergenza. Si tratta, pertanto, di un rimedio conservativo, che meglio risponde al contemperamento degli interessi delle parti e che la giurisprudenza³¹, sulla base di plurimi indici normativi (artt. 1464, 1492, 1584, 1668) da lungo tempo considera un rimedio di carattere generale.

Non può escludersi, peraltro, che la parte danneggiata dalla situazione di emergenza preferisca il rimedio del recesso: si pensi al promissario acquirente, che – persa la propria opportunità di trasferimento in altra città per ragioni di lavoro – intenda recedere dal contratto preliminare di compravendita immobiliare. In tal caso, può trovare applicazione il rimedio del recesso, che è ormai preferito, nell’ipotesi di mancanza sopravvenuta dell’evento presupposto (consistente, nell’esempio, nella situazione di normalità dell’economia e del mercato del lavoro), al tradizionale ricorso all’azione giudiziale di risoluzione. Con riguardo, infatti, a quel “presupposto imprescindibile della volontà negoziale”³², la giurisprudenza – dopo aver

³⁰ La norma impone altresì al giudice di tenere conto degli indennizzi che l’affittuario abbia conseguito o possa conseguire in relazione alla perdita sofferta (art. 1635, co. 4°, c.c.)

³¹ Cass., sez. un., 27 febbraio 1985 n. 1720.

³² Questa è una delle più sintetiche definizioni adottate in giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2009 n. 20245). L’istituto della presupposizione risale, com’è noto, alla dottrina tedesca (sul punto, *ex plurimis*, WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850, rist. Napoli 1982, con nota di lettura di SIMSHÄUSER) e, dopo un iniziale sfavore (P. RESCIGNO, *Condizione*, *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 788; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 194; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Giuffrè, Milano 1975, p. 144; Cass., 29 luglio 1938 n. 3088, *Foro it.* 1939, I, 83, con nota di L. FERRARA; Cass., 25 luglio 1949 n. 1976, *Foro it. Mass.* 1949; in senso favorevole, Cass., 8 giugno 1948 n. 864, *Giur. it.* 1949, I, 1, c. 174, con nota di Walter BIGIAMI), fu accolto, a partire dagli anni ’60, dalla giurisprudenza (Cass. 14 giugno

lungamente inquadrato l'istituto nell'ambito della risoluzione giudiziale³³ – ha successivamente affermato³⁴ che «*il difetto di quei fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale (...) legittima le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, né a chiederne la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì all'esercizio del potere di recesso (anche qualora il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi)*».

6. La valutazione secondo buona fede dell'esercizio dei diritti derivanti delle originarie pattuizioni contrattuali.

Se, dal lato della parte debitrice il parametro dell'inesigibilità, definitiva o temporanea, totale o parziale, della prestazione, può consentire una domanda di riduzione del contenuto dell'obbligazione, *a latere creditoris* il principio di buona fede costituisce il canone di valutazione dell'esercizio dei diritti derivanti dal contratto.

La giurisprudenza già da tempo ha utilizzato il canone di buona fede per sindacare l'esercizio di diritti di fonte contrattuale e affermarne talvolta la natura abusiva. Si pensi – oltre che alle note ipotesi del recesso *ad nutum* dai contratti di apertura di credito o di concessione di vendita – all'esercizio del diritto di risoluzione del contratto, per il quale il richiamo al concetto di *buona fede*, avuto riguardo all'art. 1455 c.c., già si legge nella Relazione al Codice Civile (p. 432): «*il principio [di importanza dell'inadempimento], nonostante il silenzio del Codice del 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica comune quale criterio di proporzione fondato*

1966 n. 1544, Foro pad. 1967, I, 790; Cass. 18 maggio 1967 n. 1051, ivi 1968, I, 667; Cass. 17 settembre 1970 n. 1512, ivi 1972, I, 266, con nota di M. BESSONE; Giur. it. 1972, I, 1, 211, con nota di V. ROPPO; Foro it. 1971, I, 3028; Cass. 6 luglio 1971 n. 2104, Giur. it. 1973, I, 1, 282; Cass. 3 ottobre 1972 n. 2828, ivi 1974, I, 1, 835; Cass. 6 ottobre 1972 n. 2878, Foro pad. 1973, I, 361; Cass. 19 aprile 1974 n. 1080, Foro it. 1975, I, 968). Per una complessiva analisi della problematica, R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Esi, Napoli, 2013.

³³ Secondo l'orientamento prevalente, infatti, il fondamento normativo della presupposizione deve essere rinvenuto nell'art. 1467 cod. civ., che sarebbe a sua volta espressione del principio generale *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che la presupposizione costituisce un'ipotesi di risoluzione giudiziale del contratto *ex tunc* (ad esempio, Cass. 29 settembre 2004 n. 19563).

³⁴ Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, Rass. dir. civ., 2008, p. 1134, con nota di R. PENNAZIO; Contr. Impr., 2008, I, p. 11, con nota di A. RICCIO, *La presupposizione è, dunque, una causa di recesso dal contratto*. Per un ampio commento alla pronuncia e alle sue implicazioni sistematiche, G. F. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, Nuova giur. civ. comm., 2011, II, p. 305 ss.

sulla buona fede contrattuale». Anche per l'esercizio del diritto di risoluzione automatica mediante clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) – ipotesi nella quale, com'è noto, non si applica il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento – la Suprema Corte³⁵ ha affermato che il diritto di avvalersi della clausola è necessariamente governato dal principio di buona fede, che consente di valutare l'agire dei contraenti in ogni fase del rapporto.

Posto che la conformità a buona fede della condotta contrattuale deve essere valutata nel caso concreto e nella dimensione storica della vicenda, può ritenersi, quindi, che una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento non debba essere accolta ove ritenuta la sua natura abusiva, consistente nella strumentalizzazione di un mancato o inesatto adempimento di una prestazione la quale, per la situazione di emergenza, non può considerarsi esigibile.

Alla stessa stregua deve svolgersi la valutazione dell'esercizio di altri diritti contrattuali e, in particolare:

a) il recesso per caparra confirmatoria, ad esempio, nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, esercitato dal promissario acquirente, a causa del ritardo nell'esecuzione dei lavori e nonostante le difficoltà del costruttore di approvvigionarsi dei materiali o di disporre delle maestranze al completo;

b) l'escussione della fideiussione o della garanzia autonoma, prestata per l'adempimento di obbligazioni contrattuali (ad esempio, l'obbligazione di pagamento del canone da parte del conduttore);

c) il recesso del conduttore, che esponga il locatore a non poter stipulare un nuovo contratto a causa della situazione di emergenza.

7. Buona fede e rinegoziazione del contenuto del contratto.

Un ultimo problema da affrontare riguarda la possibilità di rinvenire nell'obbligo di buona fede contrattuale la fonte del c.d. diritto alla rinegoziazione.

Un obiettivo dato di partenza per la soluzione del problema è costituito certamente dalla considerazione per cui l'eventuale risultato della rinegoziazione consiste, a sua volta, in una pattuizione contrattuale. Si può affermare, cioè, che l'accordo di rinegoziazione rientri nella seconda delle tre figure di contratto evocate dall'art. 1321 c.c. («..costituire, regolare o estinguere ...»). Orbene, se l'accordo è (come non potrebbe non essere) un contratto, appare difficile affermare che la sua stipulazione possa sottrarsi alle ordinarie norme che presiedono

³⁵ Cass. 23 novembre 2015 n 23868.

alla negoziazione e, in particolare, all'obbligo di comportarsi secondo buona fede *nelle trattative*, ma certamente senza che si possa ipotizzare addirittura l'obbligo di stipulazione del contratto.

In secondo luogo, occorre tenere presente che i vincoli legali prodromici alla stipulazione del contratto sono di carattere eccezionale. Su ciò la giurisprudenza è pacifica. Si pensi alle ripetute pronunce che, in tema di prelazione legale del conduttore ad uso non abitativo, escludono il diritto del conduttore nel caso in cui l'alienazione abbia ad oggetto soltanto una mera quota di comproprietà, piuttosto che l'intera proprietà del bene. «*Nella materia delle prelazioni – hanno affermato le Sezioni Unite³⁶ – il relativo diritto si sovrappone all'autonomia contrattuale e la limitazione del potere dispositivo del proprietario trova giustificazione nella funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), sicché il sacrificio imposto in funzione dell'interesse superindividuale conferisce alla norma che lo prevede l'inevitabile carattere della eccezionalità*». Orbene, se l'eccezionalità è affermata per un vincolo relativamente blando come quello derivante dalla prelazione, che presuppone in ogni caso una manifestazione iniziale di volontà negoziale di una delle parti del contratto, *a fortiori* deve ritenersi eccezionale l'obbligo a contrarre.

La natura eccezionale dell'obbligo a contrarre è stata ribadita dalla giurisprudenza anche con riguardo alla norma dell'art. 2597 c.c., che espressamente si riferisce alla stipulazione, cioè al momento genetico del contratto. Le Sezioni Unite hanno affermato che tale norma «...*introduce una deroga al canone dell'autonomia negoziale ed alla connessa libertà di scegliere l'altro contraente, concordando le clausole contrattuali alle quali s'intenda subordinare la costituzione del rapporto (art. 1322 c.c.)*» e, nel ritenere la possibilità del monopolista di sollevare l'eccezione di insolvenza di cui all'art. 1461 c.c., hanno sottolineato che «*della fase di esecuzione del contratto, non si occupa l'art. 2597 cod. civ., sicché la fase funzionale del rapporto rimane regolata dalle norme generali sui contratti a prestazioni corrispettive, anche con riguardo alla protezione del contraente adempiente o pronto all'adempimento*». In altri termini, se l'obbligo a contrarre è eccezionalmente previsto per la stipulazione del contratto, tuttavia il medesimo obbligo non può essere esteso alla fase dell'esecuzione del contratto stesso, come avverrebbe, invece, se dall'art. 1375 c.c. si volesse evincere la fonte di tale obbligo.

Anche gli interventi legislativi in tema di mediazione obbligatoria o facoltativa sembrano indirettamente smentire che si possa inferire sul piano interpretativo un obbligo di

³⁶ Cass., sez. un., 14 giugno 2007, n. 13886

rinegoziazione delle condizioni contrattuali. Non soltanto, infatti, le ipotesi di mediazione obbligatoria sono ritenute tassative, ma il procedimento è presidiato, poi, da stretti vincoli di riservatezza, volti a preservare l'autonomia delle parti e, in generale, l'autodeterminazione dei loro interessi. Parrebbe addirittura paradossale, a fronte di ciò, prevedere, nella diversa sede giudiziaria, l'obbligo di rinegoziazione, a cui si accompagnerebbe necessariamente un obbligo di *disclosure* in ordine alle rispettive posizioni di parte, affinché il giudice possa valutare, eventualmente sanzionare sul piano risarcitorio o imporre mediante sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.

In definitiva, anche a voler aderire all'interpretazione più estensiva del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, appare difficile che il medesimo principio si estenda fino all'obbligo di addivenire a modifiche del regolamento contrattuale che – se non concordate – possano essere giudiziarmente imposte.

8. Conclusioni

In estrema sintesi – e sperando di aver fornito un pur esile contributo al fecondo dibattito sul tema – possiamo affermare che:

a) nella qualificazione dell'emergenza pandemica e nell'individuazione dei rimedi occorre, come sempre, prendere le mosse dal dato normativo, che, sul punto, propone, nel Codice Civile, la trascurata norma dell'art. 1635 c.c. e, nella legislazione dell'emergenza, le tre norme illustrate nel § 2, tra le quali si segnala, in particolare, l'art. 216, co. 3°, *decreto rilancio*, che fornisce la definizione della sospensione di alcune attività economiche come *fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito*;

b) pertanto – ponendo un'eccezione alla regola dell'irrelevanza dello squilibrio sinallagmatico delle prestazioni – il legislatore dell'emergenza ha ritenuto tale fattore idoneo a fondare l'inesigibilità (totale o parziale) della prestazione e a giustificare la proposizione di “rimedi”, conseguenti al mutamento delle circostanze di fatto poste alla base dell'originaria stipulazione;

c) tali rimedi consistono, da un lato – nell'ipotesi in cui la parte danneggiata perda ogni interesse all'esecuzione del contratto – nel “recesso per presupposizione”, e, dall'altro, nell'azione di riduzione del corrispettivo, qualora il contraente prediliga la conservazione del rapporto contrattuale, con l'ulteriore possibilità di avvalersi, nei contratti ad esecuzione

continuata o periodica, del rimedio cautelare della sospensione dell'obbligo di adempimento (in applicazione analogica dell'art. 1635 c.c.);

d) l'esercizio dei diritti della parte contrattuale creditrice (es. diritto di risoluzione; escussione di garanzie, etc.) può essere paralizzato (anche in via cautelare), ove si rinvenga un abuso del diritto;

e) i rimedi dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile (artt. 1463-1464 c.c.) o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1468 c.c.) non risultano idonei in via generale, ma possono trovare applicazione soltanto in ipotesi specifiche;

f) l'obbligo di rinegoziazione non può essere imposto alle parti contrattuali, in difetto di una norma fonte dell'obbligo e in ossequio al principio fondamentale di libertà negoziale.