



Diritto dei contratti ed emergenza sanitaria
22-23 febbraio 2021

M. Rossetti

Contratto e Covid

Sommario: 1. Cambiare tutto? - 2. Qualificare il contratto. - 3. Interpretare il contratto. - 4. Manipolare il contratto. - 5. Un diritto liquido.

1. Cambiare tutto?

Pare che il Padre Lorenzo Ricci, ultimo Generale dei Gesuiti prima della soppressione della Compagnia di Gesù nel 1775, sollecitato da Papa Clemente XIV a riformare profondamente il proprio Ordine, abbia risposto: "*sint ut sunt, aut non sint*" ("siano come sono, oppure non siano")¹.

Credo che lo stesso possa risponderci a quanti, muovendo dagli sconvolgimenti causati dalla pandemia e dalla legislazione emergenziale, preconizzano o addirittura auspicano:

¹ L'episodio è riferito da Caraccioli, *Vita del Sommo Pontefice Clemente XIV Ganganelli*, Firenze 1775, p. 115. Tuttavia secondo Crétinau-Joly, *Clement XIV et les Jésuites*, Paris 1848, p. 381, Lorenzo Ricci non proferì mai quelle parole ; una risposta simile sarebbe stata invece data da papa Clemente XIII all'ambasciatore di Francia a Roma, Cardinale de Rochechouart, che pretendeva un Superiore particolare per i Gesuiti francesi ("*Qu'ils soient ce qu'il sont, ou qu'ils ne soient plus!*").

-) la "morte del contratto" (l'ennesima);
-) la trasformazione irreversibile del concetto generale di "contratto";
-) il dissolvimento del concetto unitario di "contratto" in tante figure particolari, quanti sono i contratti disciplinati dalla legge.

Il contratto, infatti, non può che essere come è, oppure *non* essere.

La legislazione dell'emergenza, le aperture giurisprudenziali sul controllo della "giustizia del contratto", il dibattito sui limiti della "rinegoziazione", sono tutti fattori che, lungi dal costringere a rivedere categorie concettuali note e consolidate come quelle di accordo, libertà negoziale, equità e buona fede, ne hanno al contrario confermato l'importanza, la tenuta e l'irrinunciabilità.

In questo breve scritto proverò ad illustrare, senza pretesa di completezza, questa affermazione.

Lo farò, però, dal punto di vista di chi esercita la giurisdizione, e con un taglio eminentemente pratico.

Mi spiego: è compito dell'Accademia elaborare le teorie generali, le quali costituiranno i materiali utilizzati dal giudice; in tema di contratti come in qualunque altro settore.

Definire il concetto di "causa" o quello di "accordo"; individuare l'essenza della nozione di contratto; coglierne la funzione sociale, sono impegni intellettuali così formidabili dal punto di vista della speculazione teorica, da richiedere anni di studi e di riflessioni, incompatibili con l'attività giurisdizionale.

*Tractent fabrilia fabri*², dunque, e nel presente scritto partirò da un assunto e mi prefiggerò uno scopo che intendo delimitare sin da subito.

L'assunto da cui muovo è che la nozione di "contratto" che l'Accademia, pur tra varie sfumature diverse, oggi ci consegna è quella secondo cui tale nozione ha tre caratteristiche:

- a) è un accordo;
- b) ha ad oggetto un *regolamento* di interessi;

² Orazio, *Epistole*, II, 1, v. 116.

c) a determinate condizioni può anche non corrispondere alla volontà interna del dichiarante, quando la dichiarazione sia comunque tale da suscitare un affidamento legittimo e meritevole di tutela nella controparte³.

La dottrina ha dunque abbandonato sia il dogma della volontà (secondo cui non può mai immaginarsi nessun vincolo non voluto), sia il dogma del *dichiarazionismo* (secondo cui il contratto è pura oggettività, ed in null'altro consiste, se non nelle dichiarazioni dei contraenti per come rese estrinseche). Ed a questo approdo mi atterrò, non avendo io né le forze, né le capacità per cercarne di nuovi.

L'obiettivo che mi prefiggo è esaminare se questa nozione possa ritenersi *falsificata* dalla legislazione dell'emergenza e dalle controversie sorte da inadempimenti necessitati dalla pandemia.

Lo farò esaminando se ed in che modo pandemia e legislazione speciale abbiano influito sui tre principali compiti che, in materia di contratti, si richiedono al giudice:

- a) *qualificare* il contratto;
- b) *interpretare* il contratto;
- c) *rimediare* alle anomalie del rapporto (e dunque giudicare se un contratto è invalido; accertare se è stato puntualmente adempiuto; risarcire i danni causati dall'inadempimento).

La conclusione cui perverrò sarà duplice:

- a) la pandemia e la legislazione emergenziale non impongono né consigliano alcun mutamento nella sistemazione teorica della nozione di "contratto";
- b) la pandemia e la legislazione speciale hanno dimostrato, se ve ne fosse stato bisogno, l'indispensabilità dei principi generali in materia di contratti, e l'insostenibilità di teorie che vorrebbero dissolvere la nozione unitaria di contratto in tante fattispecie, quanti sono i singoli tipi contrattuali regolati dalla legge.

2. Qualificare il contratto.

³ E' tesi condivisa da molti: per chiarezza, mi pare restino notevoli le pagine di Bianca, *Diritto civile - Il contratto*, Milano 1987, 5-7.

Il primo problema che si pone al giudice possiamo così riassumerlo: la legislazione emergenziale impone di mutare i criteri di giudizio per la qualificazione del contratto?

La risposta è "no".

La qualificazione del contratto, come noto, per la Corte di cassazione è una operazione che si scinde in due fasi.

La prima fase consiste nell'identificazione degli elementi costitutivi dell'attività negoziale e delle finalità pratiche perseguite dalle parti. E dunque essa esige l'acquisizione della prova del contratto e dei suoi allegati; la ricognizione della condotta delle parti; la valutazione dell'autenticità dei documenti e della loro tempestiva e rituale produzione in giudizio.

La prima fase, dunque costituisce un **accertamento di fatto**: e rispetto agli accertamenti di fatto, ovviamente, non ha inciso né punto, né poco, la legislazione emergenziale.

La seconda fase dell'operazione di qualificazione del contratto consiste nell'individuazione del "tipo" in cui inquadrare i patti accertati all'esito della prima fase. In questo caso ci troviamo dunque dinanzi non ad un accertamento di fatto, ma ad una **valutazione di diritto**, che al contrario della prima fase non è riservata al giudice di merito, ed è sindacabile in sede di legittimità (*ex multis*, da ultimo, Sez. 3 - , Ordinanza n. 9996 del 10/04/2019, Rv. 653577 - 01; Sez. 1 - , Ordinanza n. 29111 del 05/12/2017, Rv. 646340 - 01; ma il principio rimonta addirittura a Sez. 1, Sentenza n. 250 del 07/02/1962, Rv. 250386 - 01, ed è rimasto immutato da allora).

2.1. E qui viene in gioco la legislazione emergenziale.

Tra questa, infatti, rinveniamo varie norme che stabiliscono come debba valutarsi l'inadempimento colpevole⁴; altre che hanno dichiarato *ope legis* la risoluzione di alcuni contratti per impossibilità sopravvenuta, per di più disciplinandone gli effetti restitutori senza necessità di "alcuna forma di

⁴ Art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/2020.

accettazione” da parte dell’avente diritto⁵; altre norme ancora hanno stabilito in che misura dovesse variare la prestazione dovuta dalla parte “in difficoltà” a causa dell’epidemia⁶.

Misure di questo tipo hanno indotto taluni a supporre che un intervento così incisivo del legislatore sugli accordi dei privati metta in crisi la nozione tradizionale di “accordo”; e questa riflessione ha ravvivato un dibattito che si trascina ormai da quasi mezzo secolo: quello sulla “morte del contratto”.

Ne ricordo telegraficamente gli estremi: nel 1974 uno studioso americano pubblicò un saggio dal titolo “*La morte del contratto*”⁷. Il suggestivo titolo rimbalzò nel dibattito europeo rianimando riflessioni (in realtà più vecchie di quel saggio, almeno nella dottrina francese e tedesca) così riassumibili: a) la volontà delle parti ormai non conta nulla, perché è la legge a disciplinare minuziosamente il contenuto dei contratti; b) l’accordo si è ridotto a ben poca cosa, perché nei contratti di massa l’aderente può solo “prendere o lasciare”; c) il programma contrattuale è indisponibile dalle parti, in quanto molti contratti possono e debbono avere il solo contenuto stabilito dalla legge.

⁵ Art. 88 d.l. 18/2020 (con riferimento all’acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura), ed 88 *bis* del medesimo decreto (con riferimento ai contratti di trasporto).

⁶ Art. 216, comma 3, d.l. 34/2020, con riferimenti ai contratti di locazione di impianti sportivi stipulati con soggetti privati.

⁷ Gilmore, *La morte del contratto*, trad. it., Milano 1987, con un saggio introduttivo (e critico) di Guido Alpa.

Il saggio, in realtà, non era del tutto pertinente rispetto al titolo. In esso si sosteneva principalmente la tesi secondo cui, nel diritto nordamericano, le regole sui contratti affermate dai Tribunali riguardavano principalmente le conseguenze dell’inadempimento, sicché la disciplina dei contratti aveva finito per accostarsi e fondersi sempre più con quella dei fatti illeciti: al punto che l’autore, provocatoriamente (ed ironicamente) prospettò la nascita di una nuova categoria: i *contorts*, lemma che voleva da un lato significare la mescolanza tra le regole del risarcimento del danno aquiliano e quelle del danno contrattuale, e dall’altro una figura ibrida e, perciò, “contorta”.

Per una critica alle tesi di Gilmore si veda anche: Trombetta, «*Freedom of contract*»: *ascesa e caduta di un principio*, in Riv. dir. civ., 1984, II, 155.

Tutto ciò dimostrerebbe che la concezione ottocentesca del contratto come accordo figlio della volontà è definitivamente tramontata. Dal tramonto del *Willensdogma*, a sua volta, si vorrebbero far discendere ulteriori conseguenze: non è inibito al giudice sindacare il contenuto dell'accordo; ripristinarne l'equità, vigilare sul rispetto della parità delle parti; interpretare patti ed accordi alla luce dei superiori interessi di equità e giustizia⁸.

A queste teorie rispose già vari anni or sono, con garbata ironia, Rodolfo Sacco.

"Anche i cimiteri vogliono essere tenuti in ordine", commentò il giurista torinese dalle pagine d'un celebre trattato, e quindi per stabilire se davvero il contratto è morto dobbiamo chiederci innanzitutto come e quando⁹.

All'opinione secondo cui il contratto sarebbe morto perché è la legge che ne disciplina il contenuto, Sacco replicò che questa tesi sarebbe vera se per "contratto" si intendesse una *"estrinsecazione di libertà insofferente di ogni vincolo"*. Ma questo nemmeno i più appassionati corifei del volontarismo l'hanno mai affermato. Il contratto resta un atto di volontà, la quale non viene meno sol perché la legge ne limita o tempera gli effetti.

All'opinione secondo cui il contratto sarebbe morto perché nelle contrattazioni di massa mancherebbe qualsiasi effettivo incontro delle volontà, ed il contenuto di esso è unilateralmente predeterminato da una parte, Sacco replicò che in qualsiasi contratto una delle parti potrebbe rifiutare la conclusione dell'affare, se le condizioni non gli garbano. Che la mia proposta contrattuale venga rifiutata per il capriccio dell'oblato, o perché questi sfrutta una posizione di quasi monopolista, nulla cambia ai fini dell'inquadramento giuridico: nell'uno come nell'altro caso *"la libertà del contraente è compromessa in modo uniforme, quale che sia la ragione della rigidità delle"*

⁸ Sulla morte del contratto si vedano Giorgianni, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in Riv. dir. agr., 1972, 381; Riccio, *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in Contratto e impresa, 2000, 95; Rolli, *Le attuali prospettive di oggettivizzazione dello scambio*, in Contratto e impresa, 2001, 611.

⁹ Sacco e De Nova, *Il contratto*, IV ed., Milano 2016, p. 40 e ss..

*condizioni poste dalla controparte. Sul contratto singolo operano con pari forza cogente il monopolio e il mercato*¹⁰.

2.2. Se il contratto non è morto né a causa del proliferare di norme regolatrici del suo contenuto, né a causa dell'avvento della contrattazione di massa, difficilmente potrà morire a causa dei decreti "Cura Italia" (d.l. 18/20) e "Rilancio" (d.l. 34/20), e delle norme in essi contenute sull'inadempimento, la risoluzione e la forza maggiore.

Credo anzi che alcune delle suddette norme non abbiano alcuna vera portata precettiva, ma non facciano che duplicare disposizioni già contenute nel codice civile.

Prendiamo, ad es., l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20. Esso stabilisce 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"*.

Cosa introduce di nuovo questa norma? Nulla.

Se Tizio non adempie la propria obbligazione, perché adempierla avrebbe significato violare una norma di legge dettata per fini di salute pubblica, oppure un provvedimento amministrativo o giudiziario, o qualunque altro *factum principis*, tale condotta non costituisce un inadempimento colpevole: costituisce un inadempimento dovuto a "causa non imputabile", ai sensi dell'art. 1218 c.c..

La giurisprudenza su questo punto è sterminata e conforme: non è inadempimento colpevole non avere potuto pagare il prezzo perché il conto corrente del creditore era stato sottoposto a sequestro penale (Sez. 2, Sentenza n. 6594 del 30/04/2012, Rv. 622329 - 01); non è inadempimento colpevole, da parte del locatore, l'impossibilità per il conduttore di utilizzare l'immobile, in conseguenza del sequestro penale disposto a causa della morte d'un dipendente (Sez. 3 - , Sentenza n. 13142 del 25/05/2017, Rv. 644403 - 01), e più in generale non è mai inadempimento colpevole quello causato

¹⁰ Sacco e De Nova, op. ult. cit., p. 42.

da un provvedimento legislativo od amministrativo, dettato da interessi generali, che renda impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato (Sez. 2, Sentenza n. 119 del 11/01/1982, Rv. 417810 - 01), salvo che al suddetto provvedimento abbia dato causa, per colpa, lo stesso debitore (Sez. 3, Sentenza n. 21973 del 19/10/2007, Rv. 599781 - 01, ma così già Sez. 1, Sentenza n. 1471 del 30/05/1963, Rv. 262199 - 01).

2.3. Mi si potrebbe obiettare che l'articolo 3, comma 6 bis, d.l. 6/20 in realtà contiene un *novum* rispetto al codice civile, rappresentato dall'espressa previsione secondo cui la circostanza che l'inadempimento sia dipeso dalla necessità di rispettare le misure contro la diffusione dell'epidemia "è *sempre valutata ai fini dell'esclusione*" dell'inadempimento colpevole.

La non imputabilità dell'inadempimento, infatti, deve essere eccepita e provata dal debitore, mentre la norma in esame parrebbe imporre al giudice addirittura un rilievo officioso dell'eccezione.

Non credo tuttavia che le cose stiano così.

Iniziamo con rilevare che l'incolpevolezza dell'inadempimento costituisce una eccezione in senso lato, come tale rilevabile anche d'ufficio a condizione che i fatti costitutivi di quel eccezione siano stati ritualmente introdotti nel processo. Dunque nessuna differenza sussiste, sotto il profilo del rilievo *ex officio*, tra la causa non imputabile dipendente "da Covid", e la causa non imputabile dipendente da altre circostanze.

Tanto meno una differenza può sussistere sul piano dell'onere di allegazione e prova.

Il decreto-legge 6/20 non ha infatti modificato il codice di procedura civile, e dunque è colui il quale intenda sottrarsi alle conseguenze dell'inadempimento della propria obbligazione, invocando la necessità di rispettare le misure per il contenimento dei contagi legislativamente imposte, che avrà innanzitutto l'onere di allegare in giudizio tale circostanza, ed in secondo luogo quello di provarla.

Naturalmente la prova dell'esistenza dell'epidemia potrà anche essere fornita invocando il fatto notorio, ma il ricorso da parte del giudice al notorio per accogliere una determinata eccezione non è certo una novità introdotta dal decreto "Cura Italia".

2.3. In conclusione: il contratto come categoria generale non era morto prima dell'epidemia, e non rientra tra le vittime di quest'ultima.

La nozione di "contratto", i criteri di accertamento del contenuto degli obblighi contrattuali e la qualificazione dell'accordo secondo una delle figure tipiche previste dalla legge non sono destinati a mutare per effetto della crisi sanitaria, né della legislazione di emergenza.

3. Interpretare il contratto.

L'epidemia e le norme speciali introdotte per fronteggiarne gli effetti potranno incidere sui criteri giudiziali di interpretazione del contratto?

Qualcuno potrebbe sospettare di sì. Il contratto, infatti, si interpreta innanzitutto in base alla lettera e secondo l'intenzione delle parti (art. 1362 c.c.). Ma l'intenzione delle parti potrebbe ritenersi un valore recessivo, moribondo o addirittura scomparso, alla luce di norme che impongono determinati effetti "senza necessità di accettazione"¹¹.

Non credo che sia una tesi sostenibile.

La funzione della "volontà delle parti" nella dottrina contrattualistica ha seguito negli ultimi cinquant'anni una parabola coincidente con quella della "morte del contratto", già ricordata in precedenza, e che anche in questo caso non posso che rievocare per sommi capi.

La rivoluzione industriale, il positivismo in filosofia, il liberalismo in politica ed il liberismo in economia trovarono un *pendant* giuridico nel "dogma della volontà".

Secondo questa opinione, il contratto era lo strumento con cui *l'homo faber suae quisque fortunae*, libero e indipendente, affermava il suo volere nel mondo del diritto. L'opinione entrò in crisi ben presto, già con la crisi del liberismo seguita alla Grande Depressione del 1929. Ma a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, allo stesso modo in cui uno studioso statunitense ritenne di dovere preconizzare la morte del contratto, uno studioso di origine

¹¹ E' il caso dei già ricordati artt. 88 e 88 *bis* d.l. 18/20, un tema di risoluzione dei contratti di trasporto e di acquisto di biglietti per pubblici spettacoli.

indiana (ma britannico di adozione) ritenne di potere intonare il *de profundis* per il dogma della volontà¹².

Anche in questo caso, come era accaduto per il dibattito sulla "morte del contratto", l'apparire del volume ravvivò un dibattito mai sopito sul ruolo giocato dalla volontà sia nel contratto come accordo, sia nel contratto come regolamento. Dibattito il cui approdo, scusandomi per la semplificazione banale, fu pressappoco il seguente: la "volontà" contrattualmente rilevante resta manifestazione di libertà ed elemento centrale del contratto. Tuttavia questa libertà potrebbe non coincidere con l'effettiva volizione interna d'uno dei contraenti. In materia contrattuale rileva infatti il "*voluto*", non il "*volere*"; quel che rileva giuridicamente non è la volizione interna del contraente, ma il "significato sociale" e obiettivamente rilevante della sua dichiarazione¹³.

3.1. Alla luce di questi brevi cenni è agevole dare risposta al quesito da cui siamo partiti: le norme emergenziali non impongono, né suggeriscono alcun mutamento nei tradizionali criteri legali di ermeneutica, nell'interpretazione degli articoli 1362 e seguenti del codice civile, e tanto meno nella nozione di "intenzione delle parti" rilevante ai fini dell'interpretazione del contratto¹⁴.

¹² Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979. Non mi risulta che ne esistano traduzioni in italiano.

Il succo della tesi esposta nel volumetto è il seguente: l'importanza della volontà dei contraenti, nella disciplina dei contratti, è un pendolo oscillante (*swinging pendulum*), che cresce o decresce a seconda del regredire o dell'avanzare della legislazione speciale. Mentre nel primo quarto del XX sec. la libertà contrattuale era illimitata, dapprima la legislazione sulla protezione dei lavoratori, e poi quella sui contratti dei consumatori, hanno limitato od addirittura annullato la libertà negoziale.

¹³ Bianca, op. ult. cit., 5-12.

¹⁴ Concetto espresso, nel quadro di un'opera notevole per chiarezza e dottrina, dal Gentili, il quale osserva: "*non c'è verità nei contratti. In essi si manifesta la libertà degli individui nel soddisfare bisogni. Probabilmente non esiste e comunque non ci interessa più di tanto l'autentico pensiero, presuntivamente disparato, degli uomini che un tempo concorsero a fabbricarli per cogliere con regole liberamente formulate utilità soggettivamente valutate.*"

Il contratto resta un atto di volontà, e tale volontà non scompare per il solo fatto che la legge ne circoscriva il campo di estrinsecazione. Anche alcuni tipi di crediti non possono essere ceduti, e nondimeno a nessuno verrebbe in mente di profetizzare, per ciò solo, la "morte della cessione del credito".

4. Manipolare il contratto.

Il terzo "settore" nel quale il giudice si confronta col contratto è quello che definirei "manipolativo": dichiararlo nullo, annullarlo, risolverlo, statuire sulle obbligazioni consequenziali, restitutorie e risarcitorie.

La legislazione dell'emergenza, come s'è visto, ha introdotto varie norme tendenti a ricondurre ad equità contratti divenuti ineseguibili od inutili per una delle parti¹⁵.

Parrebbe quindi lecito chiedersi se da questo insieme di norme non possa desumersi, come amano fare i giuristi, un *principio generale*, che suonerebbe pressappoco così: i patti contrattuali possono essere derogati o modificati in conseguenza di circostanze eccezionali sopravvenute ed indipendenti dalla volontà delle parti.

Una conclusione simile, tuttavia, a mio avviso sarebbe erronea tanto nel presupposto, quanto nell'approdo.

Con riferimento al presupposto, sarebbe agevole rilevare che principi generali non possono essere desunti da norme eccezionali: e nessuno oserà negare che l'intera legislazione emanata per fronteggiare il diffondersi dell'epidemia, e le conseguenze di essa, costituisca una legislazione di emergenza, e quindi eccezionale per definizione. Essa dunque non consente di imbastire alcuna estensione analogica (né per *analogia iuris*, né per *analogia legis*).

Ma anche ad ammettere per assurdo la possibilità del ricorso all'analogia, in questa materia comunque di analogia non vi sarebbe affatto bisogno: per la semplice ragione che l'analogia serve a colmare le lacune dell'ordinamento

L'intenzione comune è solo psicologia, sociologia, economia. Il diritto è oltre. E anche qui l'interpretazione ricerca piuttosto le ragioni. La ratio contractus" (Gentili, Senso e consenso, vol. I, Torino 2015, 176.

¹⁵ Si tratta, in particolare, dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20; degli artt. 88 e 88 *bis* d.l. 18/20; dell'art. 216, comma 3, d.l. 34/20.

giuridico, e una lacuna dell'ordinamento giuridico, *in subiecta materia*, non c'è.

In teoria, infatti, non possono che darsi quattro possibilità:

- a) circostanze sopravvenute imprevedibili rendono impossibile l'adempimento dopo che l'obbligazione sia scaduta;
- b) circostanze sopravvenute ed imprevedibili rendono impossibile l'adempimento prima che l'obbligazione sia scaduta;
- c) circostanze sopravvenute ed imprevedibili non rendono impossibile l'adempimento, ma lo rendono *dannoso* per l'obbligato;
- d) circostanze sopravvenute ed imprevedibili non rendono impossibile l'adempimento, ma lo rendono *inutile* per il creditore.

4.1. La prima ipotesi non necessita di spiegazioni: l'impossibilità sopravvenuta alla mora ricade sulle spalle del debitore moroso per effetto della *susceptio periculi* che costituisce un effetto naturale della morte. In questi casi è superfluo discorrere di equità, parità delle parti, o giustizia del contratto. Chi si è reso inadempiente non può che sopportare tutte le conseguenze dell'inadempimento, ivi comprese quelle imprevedibili (art. 1221 c.c.).

4.2. Anche la seconda ipotesi è espressamente disciplinata dalla legge: se l'impossibilità è temporanea, il debitore eviterà gli effetti della mora (articolo 1256, comma secondo, c.c.); se l'impossibilità è definitiva, l'obbligazione si estingue (articolo 1256 c.c.), ed il contratto si risolve (articolo 1463 c.c.).

4.3. Veniamo ora alla terza ipotesi: la pandemia non ha reso impossibile l'adempimento, ma lo ha reso pregiudizievole per il debitore obbligato. Immaginiamo che Tizio, di professione ristoratore, abbia ordinato 10 quintali di generi alimentari deperibili, divenuti per lui inutili a causa della forzata chiusura della propria attività.

In questo caso non è certo impossibile per Tizio pagare il prezzo della merce: non ci troviamo dunque dinanzi ad alcuna ipotesi di impossibilità sopravvenuta. Piuttosto, il pregiudizio per l'acquirente sta nel fatto di essere costretto a remunerare una controprestazione non solo per lui totalmente inutile, ma anzi

dannosa, dal momento che dovrà poi sostenere ulteriori costi per smaltire la merce inutilizzata.

Ebbene, anche in questo caso l'ordinamento detta una disciplina completa, che rende superfluo il ricorso a fantasiose creazioni giuridiche.

Delle due, infatti, l'una:

-) se l'inutilità della controprestazione per l'acquirente è sopravvenuta alla stipula del contratto, essa costituisce un *post factum* giuridicamente irrilevante. Un tiro della sorte per il nostro ristoratore, ma anche dei contratti si può dire quel che l'Arpinate disse dei processi: e cioè che *habent sua sidera contractus*;

-) se l'inutilità della controprestazione per l'acquirente era anteriore alla stipula del contratto, e quindi prevista o prevedibile, *a fortiori* essa non avrà alcuna conseguenza giuridica, in quanto in tal caso l'aver stipulato il contratto costituisce una imprudenza dell'acquirente. E l'imprudenza dell'acquirente da un lato non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità, come ripetutamente affermato dalla Corte di cassazione: ad esempio, in materia di maggiori oneri sopravvenuti in corso d'opera dell'appaltatore di opere pubbliche (Sez. 1, Sentenza n. 5262 del 17/03/2015, Rv. 634653 - 01), oppure nel caso di contratto sottoposto a condizione sospensiva (Sez. 2, Sentenza n. 5050 del 28/02/2013, Rv. 625286 - 01), o di fluttuazioni del mercato (Sez. 1, Sentenza n. 9263 del 21/04/2011, Rv. 616996 - 01). La suddetta imprudenza, per di più, in ogni caso impedirebbe qualsiasi pretesa risarcitoria, ai sensi dell'articolo 1227, comma primo, c.c..

4.4. La quarta ed ultima ipotesi è speculare rispetto alla terza: immaginiamo, per proseguire l'esempio di poc'anzi, che il venditore di generi alimentari deperibili, avendo ricevuto il prezzo dal ristoratore, pretenda ugualmente di consegnare i 10 quintali di merce all'acquirente, il quale ovviamente non saprebbe che farsene.

Ebbene, anche in questa ipotesi nessuna lacuna è riscontrabile nell'ordinamento: il debitore, se lo vorrà, potrà ricorrere agli istituti dell'offerta secondo gli usi o dell'offerta formale per provocare le conseguenze della *mora credendi*.

4.5. Qualcuno potrebbe obiettare come sia un approdo iniquo quello di lasciare sulle spalle di una delle parti le imprevedibili conseguenze di un disastro economico globale.

Questo è un punto delicato sul quale occorre intendersi molto chiaramente.

È noto che la giurisprudenza di legittimità ha già ammesso in taluni casi la possibilità per il giudice di intervenire sugli accordi contrattuali.

Talora lo ha fatto in modo diretto: ad esempio, ammettendo la possibilità di modificare le statuizioni contenute nel contratto preliminare, nel caso in cui tra la stipula del preliminare la pronuncia della sentenza ex articolo 2932 c.c. fossero emersi vizi della cosa promessa in vendita (Sez. U, Sentenza n. 1720 del 27/02/1985, Rv. 439679 - 01).

Talaltra il recupero della "giustizia" del contratto è avvenuto inibendo ad uno dei contraenti l'esercizio di facoltà che, pur concessegli dal regolamento contrattuale, erano state esercitate al solo scopo di legare un documento alla controparte (secondo la teorica dell' "abuso del diritto": si veda la fondamentale decisione di Sez. 3, Sentenza n. 20106 del 18/09/2009, Rv. 610223 - 01).

Altre volte ancora il sindacato sulla "giustizia" del contratto è stato spostato alla fase delle trattative e dell'informativa per negoziare, onerando quello fra i contraenti che si trova in una posizione di vantaggio di competenze e conoscenze rispetto all'altro, di spiegare compiutamente a quest'ultimo il senso ed i rischi delle pattuizioni contrattuali, pena la "degenerazione causale" del contratto (come nel caso della nota sentenza delle Sezioni Unite sulla validità della clausola *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale: Sez. U - , Sentenza n. 22437 del 24/09/2018, Rv. 650461 - 01).

E tuttavia queste ipotesi apparentemente disparate sono in realtà accomunate da un filo rosso, rappresentato dalla violazione dei precetti di correttezza e buona fede. Infatti è certamente in malafede il promittente venditore che tace al promissario acquirente l'esistenza di vizi; è scorretto il contraente che recede *ad libitum* dal contratto, in modo formalmente legittimo, ma al solo scopo di nuocere alla controparte; così come viola il dovere di correttezza l'assicuratore, od il suo intermediario, i quali propongano all'assicurato un contratto inadeguato rispetto ai rischi effettivi cui quest'ultimo sia esposto.

Se manca la violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede, non può concepirsi un intervento "riequilibratore" del giudice sull'assetto degli interessi diviso dalle parti, a meno che la legge espressamente non lo preveda. Salvo, dunque, ipotesi patologiche di truffe od approfittamenti, il solo fatto che l'affare si sia rivelato rovinoso per una delle parti a causa della pandemia è circostanza che può interessare il legislatore, ma non il giudice. Il principio è stato molto chiaramente espresso già molti anni fa da un illustre autore¹⁶. I fatti sopravvenuti alla stipula del contratto (c.d. sopravvenienze) non incidono sugli obblighi contrattuali, ma possono escludere la colpevolezza dell'inadempimento.

Tutte le teorie sulle sopravvenienze contrattuali (così come le leggi che attribuiscono loro rilievo), a ben vedere, non sono che teorie (o leggi) sulla scusabilità dell'inadempimento, disponibili secondo quattro gradazioni:

-) escludere qualsiasi rilievo della sopravvenienza (il debitore, dunque, è sempre responsabile);
-) attribuire sempre e comunque rilievo a qualsiasi sopravvenienza (il debitore, dunque, non è mai responsabile);
-) attribuire rilievo alla sopravvenienza solo se esclude il nesso di causa da inadempimento il danno (il debitore, dunque, risponde a titolo di responsabilità oggettiva);
-) attribuire rilievo la sopravvenienza solo se sia tale da escludere la colpa del debitore (debitore, dunque, risponde a titolo di colpa).

Ma la scelta fra l'una o l'altra di queste quattro ipotesi non può che essere opera del legislatore, e non certo del giudice.

5. Un diritto liquido.

Resta da esplorare ultimo aspetto: le numerose norme dettate dal legislatore in materia di locazione, contratti di spettacolo, contratto di trasporto, contratti di viaggio e vacanze, acquisto di pacchetti turistici, già sopra ricordate, hanno alimentato l'opinione (già emersa da anni in dottrina) secondo cui, se non è

¹⁶ Pardolesi, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in Alpa ed all., *Interpretazione giuridica ed analisi economica*, Milano 1982, 389 e ss., ma specialmente 395 e ss..

morto il contratto come singolo accordo, è tuttavia morto il contratto come categoria generale.

Si dovrebbe, pertanto, non più parlare di una "nozione generale" di contratto, ma soltanto dei singoli e specifici contratti previsti dalla legge¹⁷.

Ed in effetti a voler sostenere questa tesi si troverebbero facili ed agevoli argomenti: esistono contratti "armonizzati" a livello comunitario (il lavoro dipendente, la società, l'assicurazione r.c.a., i contratti stipulati con un consumatore) ed altri no; esistono contratti tipici, ma per i quali talune leggi dettano regole particolari funzione dello scopo per il quale sono conclusi (la locazione di immobili ad uso abitativo, il trasporto di persone per ferrovia, i contratti assicurativi sulla vita contenuto finanziario), ed altri no; esistono contratti per i quali la legge detta pochissime norme o nessuna (l'assicurazione contro gli infortuni), ed altri minuziosamente regolati da un profluvio di fonti di primo e secondo livello (la compravendita di strumenti finanziari).

Si è così venuta diffondendo l'opinione che dalla legislazione di settore possano trarsi regole estensibili a settori confinanti: così, ad esempio, si è ipotizzato che dalla disciplina dei contratti stipulati tra impresa e consumatore possano trarsi per via interpretativa regole per disciplinare il cosiddetto "terzo contratto", cioè quello stipulato tra imprese¹⁸; oppure per disciplinare il c.d. contratto asimmetrico, cioè quello stipulato tra soggetti non aventi pari forza contrattuale¹⁹.

¹⁷ L'opinione risale, se non vado errato, a De Nova, *Contratto: per una voce*, in Riv. dir. privato, 2000, 633.

¹⁸ Nonne, *La nullità dei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in Contratti, 2016, 719.

La nozione "terzo contratto" fu coniata da R. Pardolesi, nella *Prefazione* a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII.

¹⁹ Sul contratto asimmetrico si vedano Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Riv. dir. priv., 2001, 769; Benedetti, *Contratto asimmetrico*, in Enc. dir., Annali V, Milano, 2012, 370.

Si tratta certamente di prospettive affascinanti, ma che non giustificano affatto l'accantonamento della nozione generale di contratto, e la sua utilità. Anzi, proprio la vicenda della pandemia, la necessità di inquadrare giuridicamente dare una risposta alle più diverse vicende contrattuali, ha dimostrato l'imprescindibilità d'una nozione generale ed unitaria di contratto. Ciò per almeno due ragioni.

5.1. La prima ragione di irrinunciabilità di una nozione generale di contratto è la parità di trattamento.

Si è già fatto cenno al grande tema della "giustizia del contratto", intesa quale valore di interesse generale, ostativo a pratiche abusive, scorrette o in malafede nella stipula nella esecuzione dei contratti²⁰.

In senso critico su tale nozione si veda però Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in Gitti e Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 223 e ss..

²⁰ Per secoli qualsiasi contratto non poteva che ritenersi "giusto" di per sé. Celebre è l'aforisma attribuito al filosofo Alfred Fouillé: "qui dit contractuelle, dit juste" (Fouillé, *La science sociale contemporaine*, Paris 1880, 410).

Oggi si ammette che le parti possano avere contrattato in modo "ingiusto", a causa dell'approfittamento d'una di esse sull'altra. Ma il tema è troppo complesso per essere affrontato in questa sede.

Sulla "giustizia del contratto" si vedano Lipari, *Intorno alla giustizia del contratto*, ne *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 235 ss.; Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione. A proposito di giustizia contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 769 ss.; Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1264 ss.; Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann., VII, Milano, 2014, p. 447 ss.; vettori, *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, p. 149 ss.; Sacco, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, p. 536; Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 601 ss.; Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 310 ss.; Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, p. 509 ss..

La giustizia del contratto è un corollario dell'equità. L'equità, intesa come giustizia del caso singolo, è uno strumento di adattamento della legge al caso concreto²¹. L'equità dunque è - secondo una celebre definizione, pervenuta sino a noi attraverso la Scolastica - la "regola del caso concreto", individuata non attraverso una interpretazione o estrapolazione del testo della legge, ma risalendo allo spirito di quest'ultima, inteso quale regola di "convenienza", di "appropriatezza" della fattispecie astratta al caso concreto²².

Presupposto implicito dell'equità, secondo la corte di cassazione, è la parità di trattamento a parità di presupposti (Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 07/06/2011, in motivazione).

La conservazione di una nozione generale di contratto, pertanto, è caposaldo dell'equità: perduta essa, diverrebbe impossibile garantire la parità di trattamento per situazioni sostanzialmente analoghe, scaturenti però da tipologie contrattuali diversi.

5.2. La seconda ragione di irrinunciabilità di una nozione generale di contratto è l'efficienza dell'amministrazione della giustizia e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

L'evoluzione del mondo economico ha raggiunto velocità tali da non consentire al legislatore una costante ed efficace attività di adeguamento dell'ordinamento giuridico. La pia illusione illuministica secondo la quale la legge può prevedere tutto, già in crisi da tempo, è definitivamente naufragata sotto l'incalzare della globalizzazione, della moltiplicazione delle figure contrattuali ad esempio in tema di strumenti finanziari, oppure nelle infinite declinazioni in cui oggi si modula il rapporto di lavoro dipendente.

La moltiplicazione delle fattispecie concrete e la loro assoluta novità ha imposto agli interpreti il rifugio nelle clausole generali. Anche questo fenomeno è stato ampiamente studiato, e mi scuserà il lettore se mi permetto di banalizzarlo, riassumendo le poche parole: nell'*ancien régime* pene e

²¹ Aristotele, *Etica nicomachea*, V, 10, 1137, trad. it., Bari, 1994, 135.

²² Silli, *Equità (storia del diritto)*, in Dig. civ., VII, Torino, 1991, 479; Frosini, *Equità (nozione)*, in Enc. del dir., XV, Milano, 1966, 69 e ss..

sanzioni erano rimesse all'arbitrio del giudice²³; la rivoluzione francese nell'intento sacrosanto di arginar quell'arbitrio, commise il peccato opposto, illudendosi che il giudice potesse essere solo *bouche de la loi*, e che tutto la legge potesse prevedere e stabilire.

Per evitare l'arbitrio, si volle rifuggire *dalle* clausole generali (per definizione, maggiormente esposte al rischio di interpretazioni di favore, originali, o semplicemente contrastanti), salvo poi avvedersi che la legge non può prevedere tutto, e per evitare manifeste iniquità nell'applicazione di essa si iniziò a rifugiarsi *nelle* clausole generali²⁴.

La conservazione d'una nozione generale di contratto è il giunto cardanico che consente di adattare l'ordinamento e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie alla mutevolezza del mondo economico, e fornire una risposta pronta anche in assenza di interventi legislativi.

Se non fossero esistiti i principi generali in tema di correttezza (art. 1175 c.c.), diligenza (art. 1176 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), in un'epoca in cui poco o nulla si sapeva dei cc.dd. strumenti finanziari di terza generazione, ben difficilmente si sarebbe potuta affermare la responsabilità dell'intermediario finanziario nella vicenda dei c.d. "Tango Bond" (Sez. 1, Sentenza n. 17340 del 25/06/2008, Rv. 604058 - 01); o quella delle Autorità di Vigilanza per non avere impedito l'immissione sul mercato di strumenti finanziari corredati da prospetti informativi inadeguati (Sez. 1, Sentenza n. 3132 del 03/03/2001, Rv. 546175 - 01).

La conclusione è che la nozione di "contratto" *quo utimur* ed i principi generali che la governano, di cui agli articoli 1321 e seguenti c.c. sono assimilabili alle "clausole generali", e lungi dal costituire un relitto del passato, rappresentano il più sicuro viatico per non perdersi nel labirinto del diritto liquido d'oggi.

²³ Ancora oggi sono visibili nel centro storico della Capitale le "targhe dei mondezzari", fatte affiggere dal Monsignore *curator viarum* nel XVIII sec. In esse si commina, a chi avesse lordato la pubblica via in qualsiasi modo, la pena di "scudi dieci ed altre corporali ad arbitrio di detto Monsignore". L'arbitrio del giudice, dunque, era la legge.

²⁴ Sulla funzione equitativa delle clausole generali si vedano Rodotà, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in Orestano (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 103.

Esse sono necessarie per inquadrare e giudicare le fattispecie nuove, per garantire la parità di trattamento, per rendere prevedibili le decisioni giudiziarie. Del resto, pretendere che ogni volta che la prassi commerciale escogiti un nuovo rapporto contrattuale, occorra resettare il codice civile, è anch'essa una miope illusione. Nel mondo dell'economia, come in quello del diritto, *nullum est iam dictum, quod non sit dictum prius*²⁵.

²⁵ Terenzio, *Eunuchus*, I, 41.