L'equità correttiva (art. 1374 c.c.)

SOMMARIO. 1. Il tema d'indagine. 2 – Equità e buona fede nel codice civile del 1865. – 3. Equità e buona fede nella relazione al codice. – 4. Il ruolo assunto dalla buona fede e la marginalizzazione dell'equità. – 5. Esondazione della buona fede dagli argini. – 6. L'equità ex art. 1374 c.c. come fonte del potere di intervento non mediato del giudice. 7. I presupposti dell'intervento: il silenzio del contratto. – 8. Segue: ed il silenzio della legge. – 9. L'intervento equitativo del giudice. – 10. Postilla.

1. Il tema d'indagine

Il tema d'indagine riguarda il ruolo ricoperto da buona fede ed equità nel possibile controllo del contenuto del contratto, inciso dalle sopravvenienze rispetto all'equilibrio originario. Si tratta di comprendere se l'attuale utilizzo del principio di buona fede: a) corrisponda al ruolo che gli spetta; b) sia congruo rispetto alle esigenze che deve assolvere; c) abbia eventualmente usurpato il compito che compete all'equità ex art. 1374 c.c.

Il codice del 1865, sulla traccia di quelli preunitari e di quello francese¹, contemplava buona fede e l'equità nella stessa disposizione, regolatrice degli effetti del contratto, ovvero l'art. 1124, per il quale “i contratti debbono essere eseguiti in buona fede, ed obbligano non solo a quanto nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano”.

Nel 1942 la buona fede fu espunta dal testo della regola, divenuta l'attuale art. 1374² ed inserita negli artt. 1337, 1358, 1366, 1375 e 1460 c.c., destinata cioè a disciplinare varie fasi del rapporto contrattuale che vanno dalle trattative fino alla sua esecuzione.

¹ La stessa formula dell'art. 1124 c.c. 1865 si trova negli artt. 1185 del c.c. estense, 1226 c.c. albertino, 1089 c.c. napoletano, 1108 c.c. parmense, sulla scorta dell'art. 1135 c.c. francese (“*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*”).

² A. BUTERA, *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1943, sub art. 1374, 340, scrisse che “l'art. 1374 risponde alla tradizione romana: l. 16, *D., de c. et dem.*, XXXV, 1; l. 31, *D., dep.*, XVI, 3; l. 34, *D., de r. i.*, L, 17”.

Quanto all'equità, il lemma ha trovato posto in varie disposizioni che attribuiscono al giudice il compito di integrare il rapporto laddove le parti non abbiano regolato taluni aspetti, così impedendo che il contratto sia dichiarato nullo per mancanza di accordo sull'oggetto (es. artt. 1349, 1526, 2225, 2233 c.c. ecc.) oppure quale criterio di soluzione di conflitti tra le parti (es. gli artt. 1371, 1384, 1447, 1467, 1468).

Questo impiego dell'equità consente di definirla integrativa e su tale specifica funzione non c'è discordia tra gli autori o nella giurisprudenza.

Invece ragioni non chiaramente identificabili hanno distinto il ruolo che buone fede ed equità possono ricoprire nel governo di situazioni patologiche che vanno dai comportamenti maliziosi ed abusivi di una delle parti – come tali astrattamente riconducibili nell'alveo dell'inadempimento – ed arrivano alle sopravvenienze economiche, che si collocano invece nel perimetro dei rischi della vita.

Dal profilo formale non vi è ragione per cui si sia giunti a tanto, giacché entrambe le disposizioni possono essere utilmente invocate per tutte queste funzioni, trattandosi di clausole generali³: anche all'equità potrebbe infatti assegnarsi il medesimo ruolo coperto dalla buona fede in ragione della sua natura.

Infatti “le clausole generali consentono l'adattamento alle esigenze che derivano dalla Costituzione o dal mutato clima politico sociale”⁴ e non è dunque da questo punto di vista che può giustificarsi quanto accaduto.

³ Ma questa indicazione è controversa, come ricorda M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II, Milano, 2013, sub art. 1374, 162; non la riteneva tale ad es. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (ristampato nel 2004, qui si cita dall'originale), 225 o p. 246; diversamente F. MACARIO, *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, Milano, 2011, sub art. 1374, 717-718. Un ampio dibattito sulla distinzione tra clausole generali, norme o precetti generali e principi generali era stato aperto da L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9 ss., che si è ampliato nel tempo (v. ad es. M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011) e che vede il suo massimo approfondimento nella monografia di taglio analitico-filosofico di V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010, sulla quale si è aperto un ampio confronto ad opera di Rescigno, Carusi, Chiassoni, Mazzamuto, Roselli, Astone, Cuffaro, Moscati ed infine dello stesso Velluzzi negli scritti raccolti sotto il titolo *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; l'argomento è di una vastità tale da poter essere qui solo accennato.

⁴ M. GIORGIANNI, *La “parte generale” delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *Contr. impr.*, 1993, 491. Sul tema si veda la preziosa raccolta di saggi contenuta in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, a cominciare dal saggio di F. GALGANO, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza?*, ivi, 3 ss.

Sicchè il tema qui in esame è dunque questo: se davvero la funzione da molti attribuita alla buona fede includa nel suo perimetro anche il compito di rimediare alle sopravvenienze eccezionali o se questo ruolo spetti invece all'equità e, in caso positivo, entro quali limiti.

2. Equità e buona fede nel codice civile del 1865

Nel passato le due regole venivano talora considerate come un'endiadi: "l'equità "può dirsi in sostanza la buona fede stessa considerata oggettivamente, e quindi gli effetti dell'una e dell'altra quasi si confondono"⁵.

Rarissime, peraltro, le sentenze in tema di equità, indicative della funzione solo integratrice normalmente attribuita; ad es. si era detto che "l'equità qui è indicata come norma per regolare le modalità dell'esecuzione delle convenzioni in quanto non sieno state disciplinate dal contratto, il quale forma legge per le parti e deve anche dal giudice essere rispettato"⁶.

Peraltro anche la letteratura sul tema era poco attenta alla regola; talora veniva semplicemente ignorata o riportata tale e quale oppure si diceva che gli effetti ulteriori rispetto a quelli testuali o di legge "si debbono considerare virtualmente compresi nella volontà contrattuale: solo un esplicito animo contrario varrebbe a rimuoverli, ammesso pur sempre ch'esso sia in sé lecito e non contraddica alla essenziale funzione e natura di quel dato contratto"⁷.

Per qualcuno, invece, l'equità serve a mantenere equilibrato lo scambio⁸, mentre vi sono autori che, come anticipato, intendevano l'equità nel modo con cui attualmente si interpreta l'obbligo di buona fede⁹.

⁵ G. DEL VITTO, *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1879, sub art. 1124, 121.

⁶ Cass. Torino, 24 febbraio 1888 in *Giur. it.*, 1888, I, 1, 278, riportata anche da F. RICCI, *Delle obbligazioni e dei contratti*, Torino, 1892, 350-351.

⁷ R. DE RUGGIERO, *Diritto civile*, Messina-Milano, VI ed., s.d., III, 289.

⁸ G. DEL VITTO, cit.: l'equità serve ad "equilibrare la condizione delle parti per modo che il contratto venga quanto più è possibile ad attuare il concetto dell'identificazione di due interessi prima opposti e di uno scambio di equivalente utilità".

⁹ F. RICCI, cit., 349, ove interpreta gli obblighi letteralmente nascenti dal contratto nel modo meno gravoso per l'onereato: "ed è perciò che il contratto devesi, nell'ipotesi supposta, eseguire, non in conformità allo stretto diritto, ma d'accordo con l'equità", aggiungendo subito che "i contratti non solo debbono essere eseguiti in buona fede", appunto sovrapponendo i concetti.

3. Equità e buona fede nella relazione al codice

L'intenzione del legislatore del 1942 a proposito del ruolo da assegnare separatamente, da quel momento in poi, alla buona fede ed all'equità non emerge in alcun modo.

Nelle parti della Relazione riservate agli effetti del contratto (nn. 628-629) vi è silenzio totale sulla buona fede nella fase esecutiva del rapporto e la stessa sorte è riservata dal n. 661 all'eccezione di inadempimento.

Di più si legge solo a proposito delle trattative precontrattuali: nel n. 612 è scritto che qui la buona fede "esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, nell'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della nazione".

Invece il n. 620 accenna solo al dovere di buona fede in pendenza della condizione, in forza del quale "l'interessato non deve ostacolare il libero svolgimento del fatto da cui deve dipendere l'efficacia o la risoluzione del contratto" pena la finzione di avveramento, mentre il n. 622, riservato all'interpretazione, tace praticamente del tutto sull'art. 1366, salvo a dire che "la dichiarazione di volontà contrattuale deve essere intesa secondo il criterio di reciproca lealtà di condotta tra le parti".

Quanto all'equità, la relazione tace del tutto.

4. Il ruolo assunto dalla buona fede e la marginalizzazione dell'equità

Da queste premesse si comprende come entrambe le disposizioni avrebbero potuto svolgere la stessa funzione, mentre operativamente hanno ricoperto ruoli del tutto diversi.

Probabilmente in ciò ha svolto un ruolo anche la letteratura, che aveva spinto molto sul compito della buona fede fin dagli anni '50, laddove i principali studi in tema di equità arrivarono quasi vent'anni dopo.

Emilio Betti fu infatti tra i fautori del ruolo della buona fede e le sue parole nella *Teoria generale delle obbligazioni*¹⁰ costituiscono il viatico del percorso seguito 40 anni dopo dalla giurisprudenza.

Nell'opera, dalla critica dell'atteggiamento statico della letteratura e dei giudici si passa al collegamento del principio di buona fede alla regola di solidarietà

¹⁰ Nel vol. I, Milano, 1953, 112 ss.

contenuta nell'art. 2 della Costituzione¹¹ ed in altre sue disposizioni¹², per definirla quindi un mezzo di integrazione del contratto¹³, che funge da “limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata”¹⁴.

La giurisprudenza, nel tempo, ha seguito queste indicazioni, sebbene inizialmente l'atteggiamento sia stato ostile, dicendosi che “la violazione dei doveri di correttezza e buona fede ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma – come nell'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. – costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica”¹⁵.

Poi questo atteggiamento scettico fu poi ribaltato dalle moltissime le decisioni che, in forza del principio di buona fede, entrano nel merito delle operazioni realizzate dalle parti: censurando le deliberazioni della maggioranza nelle società¹⁶; impedendo al danneggiato che abbia ostacolato l'assicuratore nell'accertare i danni, di domandarne il risarcimento¹⁷; nell'obbligo per la p.a. di risarcire all'aggiudicatario di un appalto, poi annullato dal giudice amministrativo, i danni subiti per aver riposto affidamento nella legittimità dell'aggiudicazione¹⁸ e, più in generale, nella violazione dell'affidamento creato in capo ad altri¹⁹; nel divieto di frazionamento del credito per agire separatamente laddove sia possibile un'unica domanda²⁰; nell'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte della p.a.²¹; nel valutare le modalità di esercizio del diritto di recesso²²; nell'obbligo di protezione del fideiussore che grava sul creditore²³ ecc.

¹¹ Op. cit., 115, 143, *passim*.

¹² Op. cit., 152.

¹³ Op. cit., 175 ss.

¹⁴ Op. cit., 178.

¹⁵ Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; cfr. inoltre, anche per altri profili, *id.*, 23 marzo 1979, n. 1690; *id.*, 18 ottobre 1980, n. 5610 e prima *id.*, 16 febbraio 1963, n. 357.

¹⁶ Cass. 28 maggio 2020, n. 10096.

¹⁷ Cass., 25 gennaio 2018, n. 1829.

¹⁸ Cass., 25 luglio 2018, n. 19775.

¹⁹ Cass., 28 gennaio 2020, n. 1934.

²⁰ Cass., 27 luglio 2018, n. 19898.

²¹ Cass., 28 febbraio 2020, n. 5546; *id.*, 2 febbraio 2018, n. 2603.

²² Cass., 24 agosto 2016, n. 17291.

²³ Cass., 12 dicembre 2019, n. 32478

Si giunge anzi proprio per la strada della buona fede a configurare il divieto di abuso del diritto²⁴.

La buona fede viene poi sempre di più fondata sul principio di solidarietà costituzionale che proprio Emilio Betti aveva invocato²⁵.

Invece per l'equità il percorso fu diverso; inizialmente si prospettarono varie funzioni, ad es. dicendo che "l'equità è l'uguaglianza nelle obbligazioni connesse e corrispettive"²⁶ o, al contrario, che "l'equità, che è menzionata per ultima, per ambo i codici deve assistere in ogni applicazione di norme giuridiche, ma la sola equità non può venire in campo, se non quando le altre fonti facciano difetto"²⁷; per altri il ruolo integrativo dell'equità era stato invece accostato pari pari a quello della buona fede²⁸.

Invece i primi studi monografici diretti ad assegnare un ruolo correttivo all'equità furono quelli di Stefano Rodotà²⁹ e Francesco Gazzoni³⁰, ancora oggi peraltro sottoposti a critiche proprio per aver sostenuto una lettura che "diventa capace non solo di svolgere una funzione integrativa in senso stretto ... ma di limitare altresì l'autonomia delle parti"³¹.

Questi scritti però non ebbero seguito pratico, perché non convinsero autori e giurisprudenza all'uso correttivo dell'equità, dicendosi che "la funzione dell'«equità» richiamata dall'art. 1374 c.c., in forza del quale «il contratto obbliga le parti

²⁴ Cass., 15 giugno 2018, n. 15885: "l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti". La sentenza che apre la strada all'utilizzo della nozione è id., 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata in pressoché tutte le riviste (ad es. *Foro it.*, 2010, I, 85) con le contrapposte valutazioni della civilistica italiana. S. ROMANO, voce *Equità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 92, riconduce all'equità il divieto di abuso del diritto.

²⁵ V. ad es. da Cass., 25 maggio 2018, n. 13061; id., 29 gennaio 2018, n. 2057; id., 6 maggio 2015, n. 9006 ecc.

²⁶ A. BUTERA, cit., *ibidem*.

²⁷ M. GHIRON, nel *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1949, sub art. 1374, 520; S. ROMANO, cit., 85, 87.

²⁸ Sia pure in estrema sintesi così ancora E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960, 359; che la buona fede sia connotata da indici "che fanno parte dell'essenza dell'equità" è stato indicato poi da S. ROMANO, cit., 91.

²⁹ *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.

³⁰ *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.

³¹ R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 1396-1397.

non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e l'equità», è puramente suppletiva, nel senso che colma le lacune non coperte dagli usi o da altre legittime fonti, ma non è un canone interpretativo del contratto già completo in tutti i suoi elementi³².

In questo senso le scarse applicazioni pratiche riguardano per lo più la sua ricordata funzione integrativa, ovvero la determinazione di compensi non concordati tra le parti³³, oppure la determinazione del periodo di comportamento, per la quale peraltro l'equità è prevista nell'art. 2110 c.c.³⁴: equità integrativa, quindi, non correttiva³⁵.

Di qui il rilievo, molto autorevole, per cui il rinvio all'equità contenuto nell'art. 1374 “costituisc[e] un'espressione ricognitiva o di sintesi, che val[e] a richiamare tutte le disposizioni contenute nel codice”³⁶.

Senonché, a scandagliare le sentenze, qualche segnale in senso diverso si trova.

Infatti Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, indicando che il notaio è tenuto agli accertamenti necessari per il raggiungimento delle finalità volute dalle parti (nel caso, la verifica delle iscrizioni pregiudizievoli in una vendita di immobili) ha detto che “il principio secondo cui l'incarico conferito dalle parti al notaio comprende lo svolgimento, ad opera del professionista, delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti stesse, riguarda le attività che concernono le condizioni di validità e perfezione dell'atto, ossia quelle necessarie perchè l'atto possa realizzare il suo scopo tipico e quindi sia idoneo a produrre il risultato pratico perseguito. Tra esse è compresa la stessa attività di consulenza in relazione allo scopo tipico dell'atto. Ciò costituisce l'ap-

³² Cass., 8 luglio 1983, n. 4626; sul punto v. F. GAZZONI, cit., 228 ss.

³³ V. Cass., 28 marzo 2008, n. 8092, *Giust. civ.*, 2009, I, 2495; *id.*, 14 gennaio 2003, n. 458; *id.*, 16 giugno 1989, n. 2908, *Foro it.*, 1989, I, 2447.

³⁴ Cass., 16 novembre 2001, n. 14337; *id.*, 10 aprile 1996, n. 3351; *id.*, 14 ottobre 1993, n. 10131.

³⁵ Altri riferimenti in F. MACARIO, cit., sub art. 1374 c.c., 695.

³⁶ M. FRANZONI, cit., 132; le disposizioni ivi richiamate sono gli artt. 1371, 1384, 1447, 1467, 1468 ecc.; la tesi è condivisa ad es. anche da R. SACCO, cit., 1381; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, 408; M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 29. Cfr. però le critiche di S. RODOTÀ, cit., 219 ss. e v. altresì F. GAZZONI, cit., 260 ss. per il quale, in definitiva, la sua funzione consisterebbe nel qualificare imperative le singole disposizioni che si richiamano all'equità (ivi, 262), mentre ritiene che il richiamo ad una “funzione riassuntiva e dunque meramente ricognitiva del richiamo all'equità operato dall'art. 1374 c.c. ... cozzerebbe contro la realtà legislativa” (ivi, 269 ss.), anche perchè le singole disposizioni che richiamano l'equità “sono dunque da riferire alla fonte legale dell'art. 1374 c.c. e non viceversa”.

plicazione della regola dell'integrazione del contratto a norma dell'art. 1374 c.c., che conforma il contenuto delle obbligazioni contrattuali all'intento voluto dalle parti (Cass. 14.10.1972, n. 3065)³⁷.

E non è una decisione del tutto isolata³⁸.

Condivido queste decisioni: la formula letterale dell'art. 1374 c.c. – “obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso” – dimostra come il legislatore abbia valutato espressamente la possibilità di integrare i patti, purché nel silenzio della legge e del contratto, con quanto appaia equo.

Non vi è quindi diversità, da questo punto di vista, tra equità e buona fede nel giustificare l'integrazione; vi è invece differenza nel testo della legge, perché è solo l'art. 1374 c.c. ad indicarlo espressamente.

5. Esondazione della buona fede dagli argini

Le applicazioni pratiche della buona fede, almeno fino a prima dell'epidemia Covid, sono state dirette tendenzialmente a paralizzare comportamenti maliziosi o a stabilire il diritto al risarcimento del danno, ma non a modificare il contenuto del contratto.

La latitudine ormai avallata dalla giurisprudenza è nel senso che “la buona fede oggettiva o correttezza, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, impone il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio”³⁹.

Gli autori hanno però configurato una sua funzione ulteriore, ritenendo che la buona fede imponga nondimeno alle parti di rimettere mano al contratto ogni volta che ciò appaia necessario in ragione del mutamento delle circostanze origi-

³⁷ La massima di Cass., 14 ottobre 1972, n. 3065 è però questa: “l'art. 1374 c.c. trova applicazione soltanto in sede di integrazione degli effetti di una già manifestata volontà negoziale. Siffatta funzione integrativa non modifica il contratto, con l'aggiungere ad esso qualcosa, in quanto le ulteriori conseguenze, che se ne fanno derivare secondo la legge, gli usi e l'equità, corrisponde all'intento voluto dalle parti”.

³⁸ Ad es. Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, indica che “qualsiasi struttura sanitaria, nel momento stesso in cui accetta il ricovero d'un paziente, stipula un contratto dal quale discendono naturalmente, ai sensi dell'art. 1374 c.c., due obblighi: il primo è quello di apprestare al paziente le cure richieste dalla sua condizione; il secondo è quello di assicurare la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela, per le quali detta protezione costituisce la parte essenziale della cura”.

³⁹ Cass., 6 maggio 2020, n. 8494; id., 29 gennaio 2018, n. 2057; id., 15 ottobre 2012, n. 17642 ecc. Si tratta di un criterio ribadito anche di recente da Cass., 2 aprile 2021, n. 9200.

narie⁴⁰ e la recente emergenza Covid, in cui il silenzio del legislatore ha costituito una delle ragioni di necessario intervento dei giudici, ha visto le prime applicazioni pratiche concrete⁴¹.

Ad es. il tribunale di Roma⁴², di fronte al tema del pagamento del canone di un immobile non utilizzabile per i divieti posti dai provvedimenti emergenziali, ha prospettato un rimedio fondato sulla “buona fede integrativa”, ma questo (nelle forme) non ci pare corretto, oltre a superare il ricordato limite, indicato dalla giurisprudenza del S.C., dell’ apprezzabile sacrificio del debitore.

Per noi, infatti, la buona fede è un atteggiamento delle parti, la correzione (*cave*: non l’integrazione)⁴³ coattiva spetta invece al giudice.

La cronaca parla poi di altri interventi fondati sempre sulla buona fede.

Quella di Venezia riporta questo caso⁴⁴: un immobile in piazza San Marco di

⁴⁰ R. SACCO, cit., 1400, 1711; A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. civ.com, Emergenza Covid-19*, 2020, 4 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *Emergenza Covid-19, Giust. civ.com*, 2020, 236. Il tema generale della rinegoziazione è amplissimo e nemmeno ricostruibile in questa sede. Si vedano *ex multis* (ed in direzione talora contrapposta) P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, il cui sunto è nella voce *Revisione del contratto*, *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, 431 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, su cui v. la recensione di M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 619; V. M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; G. SICCHIERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. civ.*, *Aggiornamento*, II, Torino, 2003, 1217; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, 10; S. LANDINI, *Vincolatività dell’accordo e clausole di rinegoziazione. L’importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 182; N. ZORZI, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contr. impr. Europa*, 2021, 77 ss.

⁴¹ Alcuni di questi provvedimenti cautelari sono ricordati da N. ZORZI, cit., 55 ss.

⁴² 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2436.

⁴³ Si ha integrazione secondo equità il giudice sia chiamato a determinare in tal modo un elemento mancante, come nei casi indicati ad es. dagli artt. 1349, 1447, 1733, 1748, 1755 o 2110 c.c.; non è però integrazione equitativa quella prevista, ad es., dagli artt. 1709, 2225 e 2233 c.c., perché in queste disposizioni difetta proprio il richiamo all’equità. Qui si parla invece di correzione, perché si modifica il contenuto degli obblighi stabiliti nel contratto, in assenza di un patto che regoli questa specifica sopravvenienza; è inoltre correttiva l’equità prevista dall’art. 1384 c.c. per la riduzione della penale. Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 176.

⁴⁴ Corriere del Veneto, 30 dicembre 2020; in rete (dal sito dello studio che ha curato la causa) si legge che sarebbe l’ordinanza 2 ottobre 2020, nella causa r.g. n. 4324/20 e si riportano queste parti della motivazione: “la società intimata non ha potuto utilizzare – o quantomeno ha potuto in maniera ridotta – i locali oggetto di locazione ai fini della loro destinazione turistico – ricettiva a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria in materia di Covid-19” e che “occorre stabilire la riduzione del canone per il periodo di interesse e quindi per il periodo suddetto di *lockdown* (nonché in

proprietà del demanio, concesso in locazione ad un canone mensile di 36.500 euro ad un commerciante che ha visto le proprie entrate calate del 95% stante il *lockdown*.

Il tribunale di Venezia, indica la notizia, avrebbe ridotto il canone dell'80% per i primi tre mesi di *lockdown* totale, scalando la riduzione fino al 40% a dicembre 2021.

Sono proprio queste applicazioni pratiche, le quali vanno oltre il criterio del "limite dell'apprezzabile sacrificio", che inducono a rivedere sul corretto impiego del principio di buona fede perché, siamo convinti, era ed è invece quello che compete all'equità correttiva prevista dall'art. 1374 c.c.⁴⁵.

6. L'equità ex art. 1374 c.c. come fonte del potere di intervento non mediato del giudice. *Ma perché l'equità dovrebbe sostituirsi alla buona fede?*

La ragione è che la buona fede non è la disposizione deputata ad attribuire al giudice alcun potere di intervento; infatti solo l'art. 1366 c.c. è diretto (anche) al giudice, nell'imporgli di leggere il contratto come se fosse scritto da persone di buona fede, quando le stesse non lo abbiano già fatto.

Le altre ipotesi attengono sempre al comportamento che le parti devono adottare nella specifica fase contrattuale, rispetto al quale il giudice può intervenire solo valutandone la conformità o meno, ex art. 1218 c.c., allo specifico obbligo che venga in considerazione, censurandolo con la condanna al risarcimento del danno o paralizzandone gli effetti ove questi esorbitino dai diritti del debitore stesso⁴⁶.

La buona fede non autorizza però il giudice a modificare il contenuto del contratto integrandolo con ulteriori comportamenti doverosi ed è per questo che la giurisprudenza non ha mai usato la buona fede per aggiungere obblighi che superino l'apprezzabile sacrificio della parte tenuta.

quello precedente di acqua alta) pare opportuno trovare un accordo sulla quota di riduzione, e ciò anche a fronte del pagamento integrale dei canoni scaduti ai fini della valorizzazione della gravità dell'inadempimento lamentato dall'intimante". Tale scelta sarebbe motivata sulla scorta del fatto che "non era di certo intenzione della conduttrice recedere dal contratto *di rent to buy*" e stigmatizzando la condotta del locatore che, notificando l'atto di intimazione di sfratto "in piena emergenza COVID", non ha tenuto un comportamento ispirato ai canoni solidaristici ex art. 2 Cost.

⁴⁵ Ha certamente ragione M. FRANZONI, cit., 172, quando scrive che «l'art. 1375 c.c. costituisce una ipotesi nella quale la legge, ai sensi del precedente art. 1374 c.c., integra il contratto; il punto è però se la buona fede consenta di integrarlo così come vorrebbero le teorie sulla rinegoziazione, di cui si dirà.

⁴⁶ Lo notava già A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1974, II, 126.

Ma quali sono i veri ostacoli che impediscono all'equità di svolgere il ruolo impropriamente assegnato alla buona fede?

L'idea più diffusa, che l'art. 1374 c.c. costituirebbe solo una fonte ricognitiva delle altre disposizioni che rinviano all'equità, ci pare infatti insoddisfacente.

Anzitutto ne sterilizza la funzione, in violazione del canone ermeneutico *magis valeat quam pereat*⁴⁷.

In secondo luogo, crea un circuito ermeneutico: se l'art. 1374 c.c. rinvia all'equità quando manchi la legge, a che titolo dovrebbe valere come ricognizione delle ipotesi in cui la legge esiste?

Le già ricordate disposizioni del codice che richiamano l'equità, funzionano anche senza l'art. 1374 c.c. e dunque con quella lettura riduttiva si creerebbe una contraddizione tra la formula testuale dell'art. 1374 c.c. ed il senso che le si ascrive, essendo presenti le norme sull'equità.

Invece ed al contrario "l'equità contrattuale si presenta così come uno dei due pilastri sui quali poggia quella funzione di "governo giudiziale della discrezionalità contrattuale" che da qualche tempo la giurisprudenza riconosce a sé stessa"⁴⁸.

In fondo l'equità opera come fonte integrativa del contratto a prescindere da qualsiasi impegno di una delle parti a giungere ad una ridefinizione dei propri obblighi; anzi, il giudice – beninteso se ricorrono i presupposti di cui diremo nei prossimi paragrafi – è legittimato ad intervenire subito, ovvero senza dover in alcun modo chiedere ai contraenti di fare qualcosa prima che provveda lui⁴⁹.

Un suggerimento antico sembra recuperabile proprio in quest'ottica: "in virtù dell'equità il giudice è investito del potere di ridurre in vari casi le pretese esorbitanti"⁵⁰ ed è quindi legittimato a superare il limite dell'apprezzabile interesse del debitore che l'obbligo di buona fede non può comprimere.

7. I presupposti dell'intervento: il silenzio del contratto

Va ribadito subito che il ruolo dell'equità non è quello di consentire al giudice di metter mano al contratto senza alcun limite: è anzi proprio la lettera dell'art.

⁴⁷ Su cui v. K. LEWISON, *The interpretation of contracts*, Londra, 1989, 127 ss., 140 ss.; sulla necessità di attribuire un significato operativo alle disposizioni cfr. inoltre per tutti, F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di rinuncia alla prescrizione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 505; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 227.

⁴⁸ F. GALGANO, *Trattato cit.*, 177

⁴⁹ "Non si potrà di certo discutere circa la legittimità dell'intervento giudiziale, almeno finché resta in vita, con la presente dizione, l'art. 1374 c.c.": F. GAZZONI, *cit.*, 269.

⁵⁰ L. BUTERA, *ibidem*; v. altresì S. RODOTÀ, *op. cit.*, 225.

1374 c.c. a precisare che l'equità opera se manchino la volontà delle parti e la legge nel disciplinare il caso di specie⁵¹.

Il primo limite è dunque nel senso che l'equità opera solo se le parti non abbiano già regolato il caso⁵².

La regola va intesa nel senso che l'equità non costituisce una fonte deputata a valutare l'equilibrio originario del contratto né a sterilizzare eventuali clausole che regolino le sopravvenienze, ma serve invece solo se l'effetto della sopravvenienza eccezionale non trovi risposta nel contratto e ciò risulti iniquo.

In altre parole l'equità può operare solo in presenza di un evento eccezionale ed imprevedibile che non sia stato contemplato dai contraenti⁵³, non mai per costituire strumento di controllo dell'autonomia negoziale rimesso nelle mani del giudice anziché del legislatore⁵⁴.

Il contratto resta infatti il terreno di scontro e composizione delle opposte pretese⁵⁵ e se l'accordo non sconfini nel patologico, il giudice non è autorizzato

⁵¹ Lo aveva detto fin dall'esordio del nuovo codice, ad es., M. GHIRON, cit., 520: "l'equità, che è menzionata per ultima, per ambo i codici deve assistere in ogni applicazione di norme giuridiche, ma la sola equità non può venire in campo, se non quando le altre fonti facciano difetto"; v. altresì R. SACCO, *op. cit.*, 1394.

⁵² Cfr. C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 472, ma anche R. SACCO, *op. cit.*, 1711, V. ROPPO, *Il contratto*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 462 o F. CARRESI, *Il contratto*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, II, Milano, 1987, 577 (che cita Cass., 22 luglio 1966, n. 1995, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1654). In giurisprudenza v. ad es. Cass., 14 giugno 2002, n. 8577: "può darsi luogo all'integrazione del contratto, secondo quanto previsto dall'art. 1374 c.c., solo quando le parti non abbiano disciplinato alcuni aspetti del rapporto, e non quando, secondo l'insindacabile apprezzamento del giudice di merito che abbia fatto corretto uso dei criteri di interpretazione del contratto, le parti con le loro pattuizioni abbiano compiutamente ed univocamente previsto il contenuto delle obbligazioni loro derivanti dal contratto stesso e ne abbiano regolato gli effetti"; così anche Cass., 17 giugno 1994, n. 5862.

⁵³ F. GAZZONI, cit., 249 ss., 256-257 nega, al pari di S. RODOTÀ, cit., 93 ss., 101, che occorra una lacuna per il funzionamento dell'equità ex art. 1374 c.c. (e ciò perchè ritiene la norma imperativa – al pari di S. RODOTÀ, cit., 102-, es. ivi, 259-260, senza peraltro che si chiarisca se la scelta preventiva delle parti sia per ciò solo iniqua); presupposto che al tempo era condiviso (cfr. F. MACARIO, in *Commentario cit.*, 685 ss.). Cfr. comunque le indicazioni di F. GAZZONI, ivi, 296 ss., ove appunto precisa che l'intervento dell'equità opera in assenza di predeterminazione delle parti, purché meritevole (spec. 301-302), tanto che può intervenire "eventualmente contro tale regolamentazione" (ivi, 322, 328 ss.).

⁵⁴ Si vedano sul tema anche le recenti riflessioni di C. CAMARDI, voce *Rescissione (equilibrio contrattuale)*, in *Enc. dir., I tematici*, I 2021, 975 ss. Ad es. C. M. BIANCA, cit., 470 ss., parla di equità intesa come criterio di giustizia sostanziale che però non riguarda lo squilibrio economico delle prestazioni ma il giusto temperamento degli interessi delle parti e che potrebbe essere disatteso dai contraenti, diversamente dalla buona fede.

⁵⁵ R. SACCO, cit., 1397. Il tema era stato affrontato nel passato già da A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 303 ss., contro la diversa lettura di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del*

a mettervi mano sostituendosi alla volontà faticosamente raggiunta, ma appunto raggiunta dalle parti con l'accordo sul suo contenuto.

Il tema della giustizia contrattuale, se questa fosse la funzione che neghiamo si possa ascrivere all'art. 1374 c.c.⁵⁶, sarebbe quindi malamente invocato se vede in uno dei contraenti colui che deve rispondere alle esigenze dell'altro; a ben vedere, infatti, questa lettura sostituisce il vero soggetto che deve rimuovere gli ostacoli – il potere pubblico⁵⁷ – al singolo affinché abbia la possibilità di accedere ai beni primari della vita, mistificando le categorie ben oltre i compiti che le carte superiori ed il codice affidano ai privati.

L'equità, dunque, non costituisce lo strumento per ridiscutere il contenuto economico dei patti⁵⁸ e la miglior conferma si trova nella disciplina delle clausole nei contratti con i consumatori, che non saranno mai abusive in ragione del loro contenuto economico, potendosi solo imporre, come deve essere, la chiarezza del linguaggio.

8. Segue: ed il silenzio della legge

Il secondo requisito che l'art. 1374 c.c. impone perché operi l'equità correttiva è che manchi una disposizione che regoli il caso⁵⁹.

Una forte obiezione che si muovono è, appunto, nel senso che la legge non è muta⁶⁰, perchè con risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) appresta una soluzione di fronte alle evenienze che colpiscono lo scambio originariamente voluto dalle parti; *nec ultra nec extra*⁶¹.

diritto civile, che si leggono anche nell'ed. del 1985 (Napoli), 184-185 ma anche da S. RODOTÀ, cit., 223 ss. Contro le tesi che sostengono la giustizia contrattuale v. poi ad es. G. P. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409 oppure V. ROPPO, cit., 363 ss., 462 ss., ma già oltre 60 anni fa G. OSTI scriveva del contratto quale accordo che consacra il "conflitto formale" tra gli opposti interessi dei contraenti: voce *Contratto*, in *Nuss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 471.

⁵⁶ Cfr. R. SACCO, cit., 20 ss.

⁵⁷ Cfr. F. GALGANO, cit., 211, 536.

⁵⁸ Cfr. A. CATAUDELLA, cit., 310-312.

⁵⁹ M. BARCELLONA, cit., 99 ss. Non ci pare però che la questione si ponga in termini di scelta della regola prevalente nel rapporto tra autonomia contrattuale ed integrazione del contratto laddove le disposizioni in conflitto siano gli artt. 1322 e 1374 c.c. (M. BARCELLONA, cit., 65 ss.), perché la regola è chiara; altro è invece se il fondamento dell'eterointegrazione debba individuarsi nelle disposizioni sulla buona fede, che a nostro modo di vedere non svolgono la funzione che spetta all'equità nei limiti indicati dal codice.

⁶⁰ F. GALGANO, cit., 178 precisa però che il riferimento dell'art. 1374 c.c. va inteso all'equità integrativa, non a quella correttiva.

⁶¹ V. ad es. A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, 136 ss.

Questo non è tuttavia un meccanismo riequilibratore, perché la sua attivazione è rimessa alla scelta di una delle parti, rispetto alla quale l'altra – quella lesa – non ha potere di imporsi.

Anzi, proprio chi è in difficoltà deve accollarsi il rischio di attivarsi chiedendo la risoluzione e senza la proposta di riconduzione ad equità della controparte, perderebbe il bene della vita che agognava, essendo pacifico che la disposizione non le consente di proporre direttamente la riconduzione ad equità degli effetti della sopravvenienza⁶².

Insomma un rimedio solo demolitorio, la cui possibile efficacia conservativa è del tutto aleatoria, laddove al sistema non sono invece estranee regole che prevedano appunto rimedi conservativi e manutentivi, ad es. gli artt. 1453 e 2932 c.c.

Certo, tutto cambierebbe se si accettasse anzitutto la possibilità di sindacare il rifiuto di ricondurre il rapporto ad equità, evitando la risoluzione.

Non è vero infatti che nel diritto privato ogni scelta di volontà sia sempre insindacabile, proprio perché una disposizione di rango superiore, che contempla il principio di solidarietà costituzionale, deve orientare nell'interpretazione delle disposizioni, impone una lettura diversa⁶³.

Dove sta infatti la solidarietà nel buttare tutto all'aria e la gente per strada?

Le applicazioni del principio di solidarietà costituzionale sono invece così ampie e disparate⁶⁴ da potersi dare per certo che soluzioni un tempo pacificamente ammesse, perché appartenenti alla libertà di decidere ciò che si voglia, oggi devono cedere il passo ad una valutazione di ragionevolezza fondata appunto sul rispetto di questo principio.

Ma allora occorre fare un passo in più nel consentire l'intervento diretto del giudice.

Ciò che manca è infatti ed appunto proprio una regola generale di carattere conservativo all'interno del titolo II del libro quarto del codice, beninteso salvo proprio l'art. 1374 c.c., se non confinato al ruolo di superfetazione di altre dispo-

⁶² V. per tutti R. SACCO, cit., 1706.

⁶³ Cfr. ad es. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, Fonti ed interpretazione*, Napoli, 2020, 78 e segg., spec. 84-85, 368-369, 376 e segg., *passim*.

⁶⁴ Oltre a quelle ricordate nel par. 4, anche e ad es. in tema di assegno divorzile (Cass., 23 luglio 2020, n. 15774), di esposizione volontaria ai danni (Cass., 26 maggio 2014, n. 11698), di tolleranza delle lesioni minime (Cass., 31 dicembre 2020, n. 29982), di abuso del diritto (Cass., 23 novembre 2020, n. 26568), di riduzione della penale (Cass., 19 giugno 2020, n. 11908), di abuso del processo (Cass., 25 maggio 2018, n. 13061), di barriere architettoniche nei condomini (Cass. 12 aprile 2018, n. 9101) ecc.

sizioni: e già queste considerazioni spiegano la ragione di rivalutarne la funzione tramite una lettura costituzionalmente orientata⁶⁵.

Ecco dunque le considerazioni che spiegano la ragione di rivalutarne la funzione tramite una lettura costituzionalmente orientata: la legge manca perché manca la regola conservativa del rapporto e questo è il presupposto perché operi la funzione correttiva dell'equità ex art. 1374 c.c..

Ma, va detto, la proposta non è certo una novità in letteratura⁶⁶ e la necessità che il contratto non debba necessariamente sciogliersi in casi simili è prospettata da tempo⁶⁷.

Insomma, “se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, il sistema preso nel suo insieme non lascia l'interprete completamente senza aiuto”⁶⁸: è infatti proprio il potere di intervento equitativo del giudice che ci fornisce la risposta, in ragione della situazione specifica dei diversi contraenti⁶⁹.

Se poi si cerchi un fondamento ulteriore rispetto alla disposizione del codice, lo si potrà trovare – al pari della buona fede – nel più volte sopra ricordato collegamento al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.⁷⁰: quel che vale infatti per

⁶⁵ Non è vero allora che l'equità sia estranea alle questioni connesse alla risoluzione (M. BARCELLONA, cit., 130): nei termini indicati nel testo ne costituisce un'alternativa.

⁶⁶ Cfr. ad es. di S. RODOTÀ, *op. cit.*, 115, 143, *passim*.

⁶⁷ Nota P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 244, che “il fenomeno dell'integrazione contrattuale, ben collegato al principio di conservazione, si traduce sempre più nella prevalenza del raggiungimento del risultato e quindi dell'esecuzione specifica rispetto alla risoluzione e al risarcimento”; cfr. anche S. LEUZZI, *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Relazione n. 56 pubblicata dalla Corte di cassazione – Ufficio del massimario e del ruolo, 8 luglio 2020, 6.

⁶⁸ R. SACCO, *op. cit.*, 1710.

⁶⁹ Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 36 e segg.

⁷⁰ Lo ha già segnalato F. GAZZONI, *op. cit.*, 391 e segg., sia pure *in nuce*, proponendo il “favore per il contraente più debole” (*ivi*, 394); è la necessità di valutare le circostanze cui si riferisce Rodotà, *op. cit.*, 238-239: “di volta in volta, allora, il giudice potrà attribuire rilevanza, ad es., anche a motivi comuni ai contraenti, alla loro situazione patrimoniale, alle prospettive offerte dalle attività che essi svolgono (...): tutte circostanze che non sono certamente riconducibili al regolamento, quale fu configurato dalle parti e che, quindi, non potrebbero essere apprezzate in via interpretativa; ma che, qualora appaia evidente la loro utilità in relazione a un punto non risolto del regolamento contrattuale, il giudice potrà rendere rilevanti, assumendole sotto il profilo regolamentare grazie ai poteri equitativi”. Oggi v. ad es. A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Emergenza Covid-19, Giust. civ.com.*, 2020, 229-230; V. CUFFARO, cit., 235.

l'un caso, è pacificamente invocabile nell'altro⁷¹ e ci pare davvero illuminante, in tal senso, la funzione che la corte costituzionale tedesca attribuisce alle clausole generali, ovvero di costituire «le porte (Einbruchstellen) che l'ordinamento privatistico tiene aperte per i valori della Costituzione»⁷², soluzione che vale per l'interpretazione della legge in generale e del codice civile in particolare⁷³.

Di qui è allora possibile argomentare che la parte colpita dall'evento eccezionale ed imprevedibile che sconvolga in modo inaspettato il rapporto, non abbia come rimedio la sola domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, perché questo è un rimedio demolitorio.

Agli effetti conservativi potrà invece chiedere che l'evento inaspettato ed eccezionale e non regolato dal contratto che stravolge il rapporto, sia in qualche modo attenuato, in ragione dell'equità prevista dall'art. 1374 c.c.

9. L'intervento equitativo del giudice

Dal profilo pratico il timore che ostacola questa lettura riguarda la persona del giudice che valuti i fatti secondo le proprie personali tendenze⁷⁴, come se si trattasse di una “delega in bianco”⁷⁵.

⁷¹ Che il richiamo alla regola della solidarietà sia una costante del dibattito in corso sulla regolazione degli effetti della pandemia è ricordato e condiviso, per tutti, da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giust. civ.com, Emergenza Covid-19*, 2, 2020, 161 e segg.

⁷² Così P. KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., 57-58; sulla letteratura tedesca in argomento v. anche L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 8-9 e l'intero scritto di A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *Riv. cit., dir. priv.*, 1984, 539 ss.

⁷³ Va in tal senso ricordata anche Cass., sez. un., 14 maggio 2020, n. 8906: «l'interpretazione della legge, invero, ha ad oggetto non norme fatte e definite, ma enunciati linguistici – quelli che costituiscono le disposizioni legislative di cui il giudice deve cogliere il significato non solo attraverso il ricorso alle regole semantiche del linguaggio comune e di quello giuridico, ma anche in rapporto a tutte le norme del sistema nel quale le singole disposizioni si collocano e con le quali interferiscono (a partire dalle norme costituzionali e dai principi generali dell'ordinamento giuridico). Tale complessa attività ermeneutica chiama il giudice ad una ponderazione dei valori sottesi alle norme giuridiche da applicare e degli scopi perseguiti dal legislatore: il giudice, nell'interpretazione della legge, deve determinarne il significato ponderando i valori, segnatamente quelli costituzionali, immanenti nell'ordinamento».

⁷⁴ È un timore secolare e trasversale: si veda la ricostruzione operata da M. LUPOI riferita proprio all'equità, *Riflessioni comparatistiche sulla funzione creativa della giurisprudenza*, in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., 13 ss.; A. DI MAJO, cit., 545 ss.; M. LIBERTINI, cit., 371; il che porta i più scettici a ritenere che «il fondamento della giustizia sia procedurale»: A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 401 ss., ove un attacco frontale e deciso alla più volte ricordata Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

⁷⁵ Su questo dubbio e sulle critiche v. M. LIBERTINI, cit., 349 ss.

Contrattare, ovviamente ed a legislatore attuale silente⁷⁶, è la necessità che la soluzione debba essere non solo rispondente ad una regola astratta quale si manifesta l'art. 1364 c.c., ma anche concretamente equa⁷⁷.

Infatti l'equità appartiene al novero delle clausole generali a trama aperta e que-ste costituiscono "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta"⁷⁸.

Questo significa che l'equità deve operare tenendo conto della specificità di ogni caso, riallocando il costo della sopravvenienza in modo diverso dall'accollo integrale ad una sola delle parti contrattuali⁷⁹: insomma "una giustizia non già estranea al diritto, ma indipendente dalla lettera della legge"⁸⁰, che deve trovare modo, in concreto e nei fatti, di rispondere all'esigenza di quelle parti, per quanto ciò sia difficile.

La necessità di ridiscutere l'esecuzione del patto è stata delineata fondandola anche sull'obbligo di rinegoziazione, che a propria volta poggerebbe sull'obbligo di buona fede, ma è il meccanismo stesso della rinegoziazione a non convincere⁸¹, perché gli accordi si fondano sul consenso, non sull'obbligo di accordarsi e scontano comunque la valutazione del giudice ogni volta che falliscano.

L'obbligo di rinegoziazione che pretenda di arrivare ad un risultato costituisce all'evidenza un ossimoro, senza dimenticare l'aspetto tutto empirico della fattispecie, che impedisce di delinearne i contorni con la chiarezza che gli istituti pretendono⁸².

⁷⁶ G. ALPA, in *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in AA.VV., *Il contratto e le tutele* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 239-240, scrive che "nell'Ottocento e ancor oggi molti ritengono (facendone professione di giuspositivismo) che il giudice non possa che rimettersi alle vedute accolte dalla maggioranza e che debba fare cioè un semplice *restatement*, una fotografia dei comportamenti osservati; ma questa soluzione non è accolta da quanti (a cui mi unisco anch'io) ritengono per contro che il diritto abbia una funzione direttiva del mutamento sociale e che questa funzione possa essere assolta dalla giurisprudenza (e quindi dal giudice) e dalla dottrina (e quindi dagli interpreti) e non solo dal legislatore". V. altresì F. GAZZONI, cit., 26 ss.

⁷⁷ F. CARRESI, cit., 577-578; parlava di "un mezzo per temperare la rigida applicazione della legge quando non appaia congrua alle particolari esigenze del singolo rapporto" G. OSTI, cit., 529.

⁷⁸ L. MENGONI, cit., 10; M. BARCELLONA, cit., p. 32 ss.

⁷⁹ Cfr. A. DE MAURO, cit., 227 ss.; sul funzionamento *ex post* dell'equità v. F. GAZZONI, cit., 22 e 290 ss.

⁸⁰ R. SACCO, cit., 1398.

⁸¹ Non convince in questo frangente ad es. C. SCOGNAMIGLIO, cit., 165; sul rilievo comparatistico che gli ordinamenti non contemplano obblighi di rinegoziazione v. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, 112-113.

⁸² A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto* in *Contr. impr.*, 2003, 704 ss.

In quel modo si imporrebbe infatti alle parti di trovare un rimedio che una non vuole così come l'altra lo pretende, rimettendo poi al giudice il compito di subentrare ogni volta che la rinegoziazione fallisca.

Ma questa via è inutilmente tortuosa: inutile perché se le parti vogliono accordarsi lo faranno senza essere tenute a farlo e se non vogliono non ci sarà modo di imporre una volontà assente; tortuosa perché l'intervento del giudice dovrebbe giustificarsi in via indiretta, ovvero quale criterio di valutazione delle ragioni dell'assenza dell'accordo⁸³ anziché in forza dei poteri che l'art. 1374 c.c. gli assegna.

Perché allora tutto questo, quando l'intervento è possibile in forza della sola richiesta della parte che lamenti l'iniquità⁸⁴, che l'adempimento completo o il totale inadempimento porterebbero con sé in ragione degli eventi eccezionali del caso?

È chiaro fin da subito che questo ipotizzato utilizzo dell'equità è diretto solo a trovare un rimedio concreto ed individuale all'evento eccezionale, che chiami il giudice ad esaminare quel che è accaduto a quei due contraenti, in quel caso specifico⁸⁵, alla luce delle conseguenze che la decisione può portare in ragione della diversa forza economica che le caratterizza.

Con l'ovvia conseguenza che ciò che risulti meno gravoso per entrambe in quel caso, potrebbe tranquillamente non essere utilizzabile in altra ipotesi astrattamente uguale nella configurazione del rapporto, ma concretamente differente in ragione della situazione specifica dei diversi contraenti⁸⁶.

Un conto, ad es., è che il proprietario di una grande catena di negozi chieda al piccolo conduttore di pagare tutto il canone; altra ed opposta questione è che il titolare di un negozio di grande firma non intenda pagare alcunché al pensionato proprietario di quell'unico immobile.

Qui adottare la medesima soluzione risponderebbe alle esigenze di simmetria dell'interprete e ad una applicazione formalmente e rigorosamente costante della regola, quale che sia la soluzione da adottare; ma urta contro il normale senso

⁸³ L'obbligo di rinegoziazione viene ricondotto anche al criterio dell'equo temperamento degli interessi delle parti previsto dall'art. 1371 c.c. (A. DOLMETTA, cit., 5); senonché questa disposizione riguarda l'interpretazione del contratto, che può essere del tutto agevole pur di fronte all'iniquità sopravvenuta dello scambio, mentre l'intervento del giudice ex art. 1374 c.c. non presuppone problemi ermeneutici.

⁸⁴ In ogni caso, va precisato e scampo di equivoci, occorre la domanda di parte, come ha indicato Trib. Treviso, 21 dicembre 2020 in *Giur. it.*, 2021, 589, condividendo espressamente le nostre proposte. In generale sulla necessità della domanda di parte v. F. CARRESI, cit., 579.

⁸⁵ Una valutazione concreta perché altrimenti un giudizio di equità "è uguale a sé stesso in ogni ipotesi": F. GAZZONI, cit., 132; F. CARRESI, cit., 578; F. MACARIO, sub art. 1374 c.c., cit., 718, 720-721.

⁸⁶ Cfr. F. GAZZONI, cit., 36 ss.

di giustizia il trattamento uguale di situazioni tra loro opposte, così com'era per la regola del gigante Procuste⁸⁷.

Se si conviene sulla premessa che manca una disposizione di dettaglio ma non difetta un meccanismo che il giudice possa utilizzare in concreto⁸⁸ –l'equità come fonte integrativa *ex post* del contratto appunto – allora l'attenzione si sposta solo sul suo utilizzo adeguato⁸⁹ che però, come ovvio in presenza di una clausola generale⁹⁰ – si può solo valutare a decisione emessa, rispetto alla quale il sistema di controllo è il *redde rationem* che si consacra nella motivazione della sentenza.

È però un meccanismo cui siamo abituati⁹¹, perché lo si è utilizzato per dire quando il danno sia ingiusto, quando il comportamento sia in mala fede, quando l'adempimento sia negligente; infatti «i concetti-valvola costituiscono in realtà norme per la produzione di norme generali-concrete»⁹².

Nel passato, valutando come far operare l'equità, si era detto che il richiamo alla stessa operasse quale “elemento sussidiario ... per derivarne, oltre e in aggiunta alla volontà manifestata dalle parti, elementi di apprezzamento al fine di determinare i limiti e il contenuto delle obbligazioni contratte” e questo “secondo criteri di logia giuridica, perché se ne possano esattamente determinare gli effetti”⁹³, posizione assunta in testuale contrapposizione a “valutazioni sociali nell'attuazione del contratto”⁹⁴.

⁸⁷ “Si dimentica spesso che la solidarietà è bilaterale. E che dall'altro lato possono stare esigenze di egual peso. Dipende dai casi”: A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, par. *Un profilo assiologico ed uno macroeconomico*, in *Emergenza Covid 19 Speciale Uniti per l'Italia*, *Giust. civ.com*, 2020.

⁸⁸ In questo senso «il sistema ha bisogno, per decidere, di un *supplemento di cognizione*»: M. BARCELLONA, cit., 40.

⁸⁹ “Qui l'equità non è adoperata nel senso di una determinazione che il giudice deve “equitativamente” adottare; bensì il giudice deve individuare, in un certo senso accertare, di quali elementi concreti si compone l'equità, che *in casu* si sostiene essere stata violata”: S. ROMANO, cit., 97. La paura del c.d. “decisionismo giudiziale del caso per caso, compromettendo la certezza delle relazioni giuridiche” era stata segnalata ad es. da A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Comm. Scialoja e Branca* diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1988, 313 o da M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 343 ss.; ma che sia da escludere un “libero esercizio di poteri creativi” era detto già da S. ROMANO, cit., 93; F. GAZZONI, cit., 317.

⁹⁰ Nega invece che si tratti di clausola generale S. RODOTÀ, cit., 225 o 246, ma il lemma “equità” ha la stessa trama aperta di “buona fede”, di “diligenza” o di “giusta causa”; v. altresì F. MACARIO, sub art. 1374 c.c., cit., 717-718.

⁹¹ Ed a proposito dell'equità è già stato suggerito da F. GAZZONI, cit., 30.

⁹² M. BARCELLONA, cit., 38.

⁹³ C. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Comm. al codice civile*, Torino, 1980, sub art. 1374 c.c., 307.

⁹⁴ C. MIRABELLI, *ivi*, nota 6; espressamente contro questa lettura v. S. RODOTÀ, cit., 52; 217.

Senonché la logica giuridica è in perfetta antitesi ad un criterio equitativo: non perché la legge sia iniqua, ma perché la legge è astratta⁹⁵: se il legislatore non vuole un certo contenuto del contratto lo vieta, ma non chiede al giudice di valutarne l'equità⁹⁶.

Tuttavia nemmeno il richiamo ad astratte valutazioni sociali è criterio idoneo, perché queste non esistono⁹⁷: da nessuna parte si trovano documenti che attestino quali siano le valutazioni sociali e tantomeno esiste una valutazione sociale unica e condivisa, giacché ognuno pensa i rapporti sociali come crede: il locatore – o locatori in generale – non vorranno pagare; il proprietario – i proprietari in generale – vorranno ricevere i loro canoni.

Inutile ed impossibile quindi cercare soluzioni astratte o che invocano valutazioni inesistenti: ci si può solo affidare ad indicazioni che fanno comprendere il senso di ciò che deve avvenire, un obiettivo di massima: ad es., secondo le ipotesi, si potrà dire che “l'equità è semplicemente la negazione, il contrario, della sproporzione” e non comporta la necessità di dar vita all'equivalenza obiettiva tra le prestazioni⁹⁸.

Per chi rileva che ogni contratto porta con sé una qualche misura di alea, come tale necessariamente tollerabile, “può considerarsi equo il parametro che erode la sola sproporzione eccedente la normale tollerabilità”, il che pure è divisibile⁹⁹, ma del pari non misurabile in anticipo.

Sarà quindi compito solitario del giudice – ma questo è il suo lavoro – esaminare le domande delle parti, valutare la concretezza del rapporto, le diverse forze economiche in campo, l'incidenza concreta che ha la sua decisione sulla diversa capacità di sopportare l'evenienza straordinaria; spendersi quindi per spiegare, *redde rationem* appunto, perché in quel caso sia equo adottare quella soluzione che l'art. 1374 c.c. gli consente di prendere di fronte alle contrapposte invocazioni dei litiganti.

E qui l'equità avrà un fondamento solidissimo: la solidarietà costituzionale, che consente la distribuzione delle conseguenze dell'evento eccezionale, *una*

⁹⁵ Lo ha evidenziato F. GAZZONI, cit., 317, n. 56.

⁹⁶ Cfr. S. RODOTÀ, cit., 225.

⁹⁷ Ho dedicato gran parte del commento alla nozione di diligenza contenuta nell'art. 1176 c.c. per contestare l'esistenza di qualsivoglia riferimento documentale ed oggettivo che consenta di delineare –al di fuori di astrazioni iperboree – il senso del termine o di richiami come quelli al buon padre di famiglia, alla nozione sociale di diligenza e così via: G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176 c.c.

⁹⁸ M. DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2011, 285 (e 125).

⁹⁹ R. SACCO, cit., 1707, che cita Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita not.*, 1992, 548.

tantum, in ragione dell'incidenza concreta che determinano su quei contraenti specifici, ogni volta che loro stessi non ne abbiano in precedenza regolato la possibilità¹⁰⁰.

La soluzione contraria, ovviamente argomentabile sulla base dello scetticismo sulle capacità dei giudici di essere persone concrete di questo mondo, lascerebbe invece tutti in balia dei casi della vita senza rimedio alcuno.

10. Postilla

Dopo l'incontro presso la Scuola superiore della magistratura in cui ho tenuto la relazione che precede, sono stati emanati due provvedimenti legislativi.

Il primo è l'art. 9 novies del d.l. n. 41 del 2021, aggiunto dalla legge di conversione e poi subito modificato dal d.l. n. 73 del 2021, in base al quale «nei casi in cui il locatario non abbia avuto diritto di accedere, a partire dall'8 marzo 2020, ad alcuna delle misure di sostegno economico adottate dallo Stato per fronteggiare gli effetti delle restrizioni imposte dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 ovvero non abbia beneficiato di altri strumenti di supporto di carattere economico e finanziario concordati con il locatore anche in funzione della crisi economica connessa alla pandemia stessa, il locatario e il locatore sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021».

Si tratta di una disposizione paternalista e controproducente: il legislatore non ha detto infatti cosa possa fare il giudice laddove la rinegoziazione fallisca e quindi o utilizzerà lo strumento dell'intervento equitativo ex art. 1374 c.c. –confermando quindi l'inutile passaggio per la rinegoziazione obbligatoria – oppure, accertata la violazione di una delle parti all'obbligo di buona fede nelle trattative, potrà sanzionarne l'inadempimento. Tuttavia qui l'unico rimedio è quello risarcitorio (art. 1218 c.c.), che può essere solo equitativo ex art. 1226 c.c., giacché l'obbligo di buona fede è contenuto nel già ricordato argine costituito dai «limiti dell'apprezzabile sacrificio» della parte, sicché nella medesima misura va allora determinata l'ipotetica condanna.

La seconda disposizione è contenuta nel d.l. n. 118 del 2021, convertito con l. n. 147/2021, Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia.

¹⁰⁰ Che il richiamo alla regola della solidarietà sia una costante del dibattito in corso sulla regolazione degli effetti della pandemia è ricordato e condiviso, per tutti, da C. SCOGNAMIGLIO, cit., 161 ss.

La normativa, nel disciplinare la «composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa», include l'art. 10 (intitolato «Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti»), per il quale «l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente».

Qui si c'è un'indicazione per il giudice di merito, quella di rideterminare equamente le condizioni del contratto, ovvero esattamente quanto si è proposto nell'intervento che precede, con l'ulteriore precisazione che questa equità ha un limite temporale (per il periodo strettamente necessario...ad assicurare la continuità aziendale, uno funzionale (costituire una misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale) ed uno di merito (assicurare l'equilibrio tra le prestazioni): il che conferma che il legislatore non ha inteso codificare il principio di giustizia contrattuale.

Che poi spetti al giudice di merito entrare nel concreto da un lato è ovvio, altrimenti il legislatore avrebbe fissato direttamente i parametri (che non sono invece formulabili in astratto) e dall'altro non è affatto dirompente, essendo quanto il giudice già fa quando accerta se una parte è stata diligente o corretta, in buona fede, se l'inadempimento sia grave o meno, se il danno sia ingiusto o no, se vi sia rapporto di causalità, se il licenziamento sia avvenuto per giusta causa o per giustificato motivo e così via.

Insomma: è il suo lavoro.