



# Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 13



*Volume a cura di:* Lorenza Calcagno, Fabrizio Di Marzio e Sara Lembo,  
*componenti del Comitato direttivo e Salvatore Leuzzi, magistrato addetto all'ufficio  
del massimario e del ruolo presso la Corte di Cassazione.*

*Contributo redazionale:* Ilaria Laezza, *addetta all'ufficio per il processo*

*Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:*  
Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio  
Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca  
Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



*Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:*  
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022  
ISBN 9791280600141

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente  
opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.  
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori*



# Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria



## La Scuola e la collana dei Quaderni

*La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).*

*In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).*

*Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.*

*Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.*

*Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.*

*La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.*

*La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.*

*La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.*

*I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.*



# INDICE

Presentazione . . . . .	11
-------------------------	----

## PARTE I

### **Claudio Scognamiglio**

Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi . . . . .	17
--	----

### **Roberto Calvo**

La pandemia quale impossibilità sopravveniente . . . . .	39
--	----

### **Francesco Cortesi**

Covid, impossibilità sopravvenuta e forza maggiore. Ambito e limiti . . . . .	51
--	----

### **Giuseppe Infantini**

Il perimetro dell'eccessiva onerosità sopravvenuta: cornice teorica, quadro empirico, tecniche rimediali . . . . .	67
---	----

## PARTE II

### **Arianna Chiarentin**

Locazione e contratti di durata alla prova del Covid – Parte I . . . . .	93
Locazione e contratti di durata alla prova del Covid – Parte II . . . . .	107

### **Laura Fioroni**

Emergenza epidemiologica e contratti di banca . . . . .	121
---	-----

### **Martina Grandi**

Pandemia e disfunzioni sopravvenute del contratto negli itinerari della giurisprudenza di merito . . . . .	147
---	-----



### **PARTE III**

#### **Giovanni D'Amico**

Emergenza sanitaria e diritto dei contratti:  
gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione . . . . . 159

#### **Francesco Terrusi**

La causa concreta del contratto e l'emergenza sanitaria . . . . . 191

#### **Gianluca Sicchiero**

L'equità correttiva (art. 1374 c.c.) . . . . . 203

#### **Antonio Scarpa**

Gli spazi dell'equità nel contesto dell'emergenza Covid-19 . . . . . 225

#### **Mauro Paladini**

I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede" . . . 237

### **PARTE IV**

#### **Luigi La Battaglia**

Inadempimento del contratto e tutela risarcitoria nel quadro della  
legislazione dell'emergenza sanitaria . . . . . 259

#### **Francesco Macario**

La rinegoziazione: attualità e prospettive . . . . . 271

#### **Guido Alpa**

Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata . . . . . 291

## Gli autori

Claudio Scognamiglio

*Professore ordinario di istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

Roberto Calvo

*Professore ordinario di istituzioni di diritto privato presso l'Università degli studi della Valle d'Aosta*

Francesco Cortesi

*Assistente di studio presso la Corte Costituzionale*

Giuseppe Infantini

*Magistrato presso il Tribunale di Trani*

Arianna Chiarentin

*Magistrato presso il Tribunale di Milano*

Laura Fioroni

*Magistrato presso il Tribunale di Reggio Emilia*

Martina Grandi

*Magistrato presso il Tribunale di Modena*

Giovanni D'Amico

*Professore ordinario di istituzioni di diritto privato presso l'Università di Reggio Calabria*

Francesco Terrusi

*Magistrato della Suprema Corte di Cassazione*

Gianluca Sicchiero

*Professore ordinario di istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi Cà Foscari di Venezia*

Antonio Scarpa  
*Magistrato della Suprema Corte di Cassazione*

Mauro Paladini  
*Professore ordinario di istituzioni di diritto privato presso l'Università di Milano Bicocca*

Luigi La Battaglia  
*Magistrato della Suprema Corte di Cassazione-Ufficio del Massimario*

Francesco Macario  
*Professore ordinario di diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Roma Tre*

Guido Alpa  
*Professore emerito di diritto civile presso l'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma*

## Presentazione

### Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Lo *shock* economico da pandemia ha riproposto con forza due problematiche interconnesse: quella della gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali; quella dei correlati rimedi di natura legale e convenzionale. Le problematiche attraversano, sia pure con varietà d'accenti, la fase esecutiva di tutti i contratti sinallagmatici, i cui primigeni assetti e valori di scambio siano stati ineluttabilmente alterati.

Gli scritti acclusi in questo Quaderno muovono dalle questioni riassunte e s'incaricano di elaborare alcune, argomentate risposte.

Nel cimentarsi con le ripercussioni del Covid-19 sull'universo delle imprese, dei debitori civili e dei loro contratti, il Legislatore, almeno in una prima, lunga fase, quelle risposte ha mancato di darle; nel fare ricorso, in effetti, a più riprese allo strumento del decreto-legge, ha rinunciato a coniare rimedi nuovi alle tensioni proiettate dal *lockdown*, prima, e dalle generalizzate restrizioni, poi, sulla solvibilità dei debitori e sull'esecuzione dei loro rapporti contrattuali.

La dimensione concettuale degli squilibri rilevanti, la loro incidenza empirica, la trama degli strumenti contemplati dall'ordinamento e funzionali in qualche modo a contrastarli, hanno rappresentato il perimetro vasto delle riflessioni qui condotte da magistrati e studiosi.

L'analisi di ciascuno non è stata scevra, per un verso, della constatazione di una parziale inefficienza degli istituti disponibili; per altro verso, dell'auspicio di un intervento normativo nel senso della rinegoziabilità, entro certi limiti, dei contratti squilibrati.

Gli istituti dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenute, inquadri nella loro evoluzione storica, hanno rivelato tutte le congenite criticità applicative, tanto da mostrarsi inattuali rispetto all'impellenza di conservazione e rimeditazione del rapporto.

Un banco di prova importante delle riflessioni ha riguardato la categoria dei contratti di durata e, in quel contesto, del contratto di locazione, con la convulsa tematica della riducibilità del canone.

Altro terreno dissodato è stato quello dei contratti di banca, ben al centro dell'attenzione del legislatore emergenziale nel complesso delle sue implicazioni: moratorie contrattuali, erogazione dei nuovi finanziamenti, deroghe al regime ordinario in tema di forma dei contratti, *jus variandi* e definizione dei suoi confini.

Il novero sfaccettato dei contratti d'impresa è stato riguardato in relazione ai temi dell'allocazione del rischio contrattuale e dei mezzi estintivi, conservativi e conformativi del rapporto contrattuale.

Specifici approfondimenti sono stati dedicati alla causa concreta, nozione tradizionalmente gravida di una cifra considerevole di dissidi interpretativi e applicativi, per la disorganicità che ne ha scandito lo sviluppo.

Di forte pregnanza è stata poi la c.d. “equità integrativa”, talvolta intravista come argine rimediale nel campo dissestato dalla pandemia. Sono emerse opinioni proiettate verso l’ampiamiento del recinto di applicazione delle prerogative d’intervento riequilibrativo del magistrato. Il “contratto giusto” è affiorato in taluni contributi come meta conseguibile, l’art. 1374 c.c. come veicolo a tal fine necessario.

Il prisma della buona fede è stato anch’esso oggetto di analisi, nel suo sostrato solidaristico e costituzionalmente rilevante.

Le attualità e le prospettive della rinegoziazione, quindi dell’adeguamento del contratto agli scompensi che ne hanno modificato l’architettura dei valori e degli interessi sono state ampiamente ripensate.

E proprio sul crinale della rinegoziazione si sono collocati, da ultimo, i più originali tra gli interventi del legislatore emergenziale.

Con la legge n. 106 del 2021, di conversione del d.l. n. 73 del 2021 (c.d. “Decreto Sostegni-bis”, è stata introdotta l’opportunità di rinegoziare le condizioni economiche dei rapporti di locazione degli immobili commerciali, per un massimo di cinque mesi del 2021, a certe, specifiche condizioni. In virtù dell’art. 4-bis, che ha inciso sull’art. 6-novies del d.l. n. 41 del 2021 (c.d. “Decreto sostegni”) il conduttore ed il locatore “sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per la rideterminazione del canone”. Ma se le parti sono espressamente sospinte dalla norma verso un itinerario condiviso di ricontrattazione delle locazioni commerciali, al giudice è *ab implicito* fornita una bussola concettuale, da un lato inedita, dall’altro difficilmente trascurabile.

Sul medesimo orizzonte di vedute si innesta, con un respiro ancor più ampio, l’art. 10, comma 2, del d.l. n. 118 del 2021 (c.d. “Decreto Giustizia”, contenente recante misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia), che tratteggia in capo alla nuova figura dell’esperto “facilitatore” la facoltà di invitare le parti – nell’ambito del coniato istituto della c.d. “composizione negoziata” – a rinegoziare i contratti, rideterminando in buona fede il contenuto di quelli ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia. In mancanza di accordo, su domanda dell’imprenditore, è il giudice, acquisito il parere dell’esperto, a poter riplasmare *ab externo* equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Una clausola generale come la buona fede, che ha espresso via via potenzialità vitali, riceve qui un importante sigillo, valendo ad assicurare dimensione concreta ad

enunciati costituzionali solidaristici e consentendo al giudice di varcare lo steccato dell'autonomia contrattuale, integrando e persino correggendo le pattuizioni che vi si ponessero in contrasto. Soprattutto nel contesto dei contratti "relazionali", incentrati su rapporti continuativi tra le parti in vista della condivisione e della massimizzazione di un risultato economico, il criterio della buona fede si traduce, allora, per il giudice in strumento di controllo modificativo od integrativo dello statuto negoziale, in funzione di garanzia dell'equilibrio giusto tra opposti interessi. Certo, l'eccessiva onerosità sopravvenuta presa in considerazione dalla norma è quella effetto della pandemia da Covid-19, ma il dato è tratto, il che non mancherà di influenzare l'evoluzione del sistema.

Dagli scritti, pur nella diversità delle opzioni, è emersa la persistente robustezza del sistema e degli istituti che lo compongono. È venuta in apice la vitalità delle clausole generali, la loro capacità di leggere le situazioni nuove e di fornire ossigeno all'ordinamento, l'attitudine a fungere da "cinghie di trasmissione" fra diritto e mercato, fra ordinamento e società civile.

Ci si è, perciò, messi alla ricerca di chiavi di lettura efficaci dei problemi che gli squilibri economico-finanziari e i rallentamenti operativi improvvisi hanno disseminato nella quotidianità della giurisdizione. E in quell'urgenza di ricerca critica e sistematica, imposta dall'improcrastinabilità di conflitti e situazioni da risolvere, si ritrova il filo conduttore comune di questo Quaderno e del Corso da cui è gemmato.

Salvatore Leuzzi



# PARTE I





## Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi

SOMMARIO: 1. Le risposte del civilista alle conseguenze della pandemia. Un primo tentativo di bilancio. – 2. L'influenza delle sopravvenienze contrattuali sui contratti di durata ed il sistema del codice civile. – 3. Le conseguenze economiche della pandemia e le risposte normative emergenziali. – 4. Il ruolo della buona fede. – 5. Le strategie argomentative della giurisprudenza. – 6. Considerazioni conclusive.

### 1. Le risposte del civilista alle conseguenze della pandemia.

#### Un primo tentativo di bilancio

Non sarebbe davvero possibile, di fronte alle conseguenze economico – sociali innescate direttamente dalla pandemia Covid-19 o, indirettamente, dai provvedimenti normativi adottati per contrastarla, ripetere oggi le parole con cui John Maynard Keynes, nel 1930, descriveva l'attitudine serbata dai suoi contemporanei nei confronti della crisi del 1929 e con le quali constatava che “il mondo è stato lento a capire che ci troviamo di fronte ad una delle più grandi catastrofi economiche della storia moderna”. Si può, tutt'al contrario, sostenere, calibrando evidentemente in questa sede il discorso sulla risposta del giurista, ed in particolare del civilista, ai problemi poc'anzi evocati, che è stata assai rapida la consapevolezza della consistenza, e della drammaticità, delle questioni alle quali, anche sul piano del discorso giuridico, sarebbe stato necessario (tentare di) dare una soluzione<sup>1</sup>; e che legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno rapidamente messo in campo, ciascuno con gli strumenti di essi propri, strategie argomentative e tecniche rimediali per mezzo delle quali si sono senz'altro, e consapevolmente, confrontati con i nodi che sono emersi da subito come quelli più intricati

---

<sup>1</sup> Il riferimento al pensiero di Keynes non è casuale, ove si consideri che i principali indicatori macroeconomici hanno evidenziato, a partire dal marzo 2020, e fino al 'rimbalzo' di segno positivo del PIL degli ultimissimi mesi, dati tali da evocare appunto una situazione paragonabile a quella della Grande Depressione: cfr., ad esempio, quanto osserva A. GALLARATI, *La resilienza del contratto. Modificazioni e destini delle garanzie tra relazionalità, incompletezza e crisi d'impresa*, Torino, 2020, 5 ss.

ed attinenti appunto al piano del governo delle sopravvenienze negative da cui i contratti destinati a proiettare nel tempo la loro efficacia erano stati investiti.

In effetti, è proprio l'entità degli sconvolgimenti determinati, direttamente o indirettamente, dalla pandemia in corso a rappresentare un terreno di esplicazione privilegiato per un discorso sulle sopravvenienze contrattuali, proprio perché in quegli sconvolgimenti è possibile cogliere integralmente gli aspetti che fanno delle sopravvenienze un problema di particolare spessore del diritto dei contratti. Scontato il fatto che gli sconvolgimenti in questione discendano da circostanze del tutto imprevedibili e collocate al di fuori del potere di controllo delle parti contraenti, assume anche rilievo, al fine di rendere particolarmente stimolante il dibattito su di essi, l'idoneità degli stessi ad influenzare l'esecuzione di un numero elevatissimo di relazioni contrattuali<sup>2</sup> ed in particolare di quelle che, prese singolarmente, implicano spostamenti di ricchezza di valore modesto. Proprio quelle, dunque, per le quali il regolamento pattizio non avrà verosimilmente contemplato clausole in grado di offrire una risposta al problema della sopravvenienza<sup>3</sup> e che, dunque, in assenza di una risposta sul piano delle fonti autonome di regolazione del rapporto<sup>4</sup>, ne richiedono una da parte delle fonti eteronome.

A distanza ormai di circa due anni dal momento in cui il nostro sistema economico – sociale è entrato purtroppo nella dimensione dell'emergenza, della

---

<sup>2</sup> Anche I. PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 349 ss., in particolare 354, sottolinea che proprio la dimensione generale dell'impatto sulle relazioni contrattuali dell'emergenza Covid-19 ha "fatto da potente catalizzatore per questioni che comunque già agitavano il dibattito".

<sup>3</sup> Non a caso, l'*International Chamber of Commerce* è prontamente intervenuto, già nel marzo di quest'anno, predisponendo una formulazione della clausola di forza maggiore ("*force majeure clause*") in grado di tenere conto della sopravvenienza rappresentata dalla pandemia: si veda <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>. La stessa *International Chamber* ha aperto anche un portale web apposito per le questioni giuridiche legate alla pandemia Covid-19.

<sup>4</sup> In presenza di clausole contrattuali, quali quelle che di solito sono inserite nei contratti di particolare valore economico, come quelli del commercio internazionale, il problema si sposta, invece, sul piano della possibilità di ritenere inseriti, tra gli eventi da esse contemplati, anche le sopravvenienze originate dalla pandemia: cfr., sul punto, da ultimo, per una messa a punto della questione, R. CAMPIONE, *Il Covid-19 nei contratti commerciali internazionali tra Force majeure, Material Adverse Change/Effect e Hardship*, in *I Contratti*, 2021, 75 ss., il quale osserva, in particolare, e per quello che concerne le clausole di *hardship*, che un evento, quale quello della pandemia in atto, ben "potrebbe (o avrebbe potuto) legittimare il ricorso a clausole di *hardship* inserite in contratti perfezionati prima del suo manifestarsi, a patto che beninteso le parti non abbiano (o non avessero) previsto specifiche esclusioni dello spettro di operatività di tali pattuizioni in relazione a eventi pandemici".

quale solo nelle ultime settimane è dato cogliere – e solo sul piano della situazione economica – qualche cenno di superamento, è possibile abbozzare un primo bilancio circa il grado di efficienza che le diverse risposte<sup>5</sup> ai problemi appena evocati sono state in grado di esibire, con specifico riferimento ad essa, che costituisce l'oggetto di questo contributo, del ruolo rispettivamente da riconoscere ai rimedi demolitivi ovvero a quelli conservativi. È certamente vero, e sul punto si avrà modo di tornare, che, e soprattutto per quello che concerne la risposta in termini di concreti rimedi giudiziari al problema delle sopravvenienze negative, un paio d'anni possono apparire un orizzonte ancora circoscritto<sup>6</sup>, se non altro per i tempi di funzionamento del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti<sup>7</sup>; ma è anche vero che la situazione che abbiamo vissuto (in termini di particolare drammaticità da marzo 2020 a giugno 2021), e che in larga misura stiamo ancora vivendo, se è stata spesso descritta, per quel che concerne la percezione soggettiva di ciascuno di noi, attraverso l'immagine del tempo sospeso, ha per un altro verso segnato un'accelerazione del tempo, nel senso che processi evolutivi sul piano della realtà economico – sociale, così come su quello delle elabora-

---

<sup>5</sup> Si è efficacemente parlato, al riguardo, e mutuando il termine dal linguaggio della scienza medica che è entrato ormai in maniera così prepotente, nella dimensione della nostra quotidianità, delle risposte immunitarie che il diritto privato era in grado di fornire: così E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 27 aprile 2020.

<sup>6</sup> Ma si vedano, già al compimento dell'anno dal primo *lockdown*, e per un primo bilancio degli interventi normativi (nonché, più sinteticamente, di quelli giurisprudenziali e dei contributi dottrinali), le considerazioni di U. CARNEVALI, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *I Contratti*, 2021, 145 ss.

<sup>7</sup> È infatti evidente – ed è stato notato nel dibattito sviluppatosi in argomento: ci si permetta il rinvio al nostro *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 15 aprile 2020 – che, a sua volta, il sistema giudiziario è stato duramente colpito nella sua funzionalità dalle conseguenze della pandemia (per un cenno cfr., da ultimo, E. Lucchini Guastalla (a cura di), *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020, 2), al punto che anche l'aspetto della coerenza delle soluzioni elaborate per risolvere la questione delle sopravvenienze negative con l'esigenza di non aggravare eccessivamente il sistema giudiziario è stato uno di quelli presi in considerazione dalla letteratura, ricchissima, in argomento conducendo ad enfatizzare il ruolo di metodi stragiudiziali di composizione delle controversie: cfr., tra i primi a porre l'accento sull'argomento, D. MAFFEIS, *Problemi nei contratti nell'emergenza epidemiologica da coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 10 aprile 2020. La consapevolezza dell'impatto, potenzialmente devastante, sul funzionamento del sistema giudiziario del contenzioso legato alla gestione delle sopravvenienze contrattuali da pandemia Covid-19 è probabilmente alla base della previsione, che qualifica il previo esperimento del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda, racchiusa nell'art. 3, co. 6° – ter del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, sulla quale cfr., da ultimo, cfr. M. FRANZONI, *Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 3.

zioni concettuali della scienza giuridica, avviati già da anni ma che stentavano a completarsi, si sono sviluppati molto più rapidamente. Al punto che non sono mancate, già dalle prime settimane successive allo scatenarsi della pandemia, considerazioni circa quella che avrebbe potuto essere la lezione del coronavirus<sup>8</sup>, fino ad ipotizzare di quest'ultimo perfino un'anima buona: non in quanto tale, evidentemente, ma come innesco di processi evolutivi e di innovazione del sistema normativo di segno tendenzialmente positivo<sup>9</sup> e che, in mancanza della pandemia, avrebbero richiesto tempi di sviluppo assai più dilatati. Ed infatti anche da ultimo, proprio all'interno di una riflessione sul problema delle sopravvenienze svolta da parte di uno degli Autori cui soprattutto si deve riconoscere il merito di avere posto la questione al centro del dibattito della civilistica, si è osservato che "l'emergenza venutasi a determinare potrebbe costituire l'occasione per stimolare una seria riflessione 'di sistema' sugli strumenti che un ordinamento evoluto dovrebbe essere in condizione di porre a disposizione dei contraenti (e, in ultima analisi, del giudice) affinché i conflitti d'interesse suscitati dalle sopravvenienze – in questa occasione ben più pregiudizievoli del solito, se non addirittura in taluni casi devastanti in termini socio economici – siano gestiti con una logica diversa da quella (consolidata e tradizionale) che ha guidato la redazione delle norme sulla risoluzione del contratto (s'intende, non soltanto nel nostro codice civile)"<sup>10</sup>.

## 2. L'influenza delle sopravvenienze contrattuali sui contratti di durata ed il sistema del codice civile

L'evocazione della dimensione temporale del fenomeno che abbiamo di fronte ci fornisce una prima chiave di impostazione del discorso che si tratta qui di svolgere; ed infatti, adattando, con qualche approssimazione, al piano del diritto dei contratti una delle acquisizioni principali della *Ecole des Annales*, si può dire che la storia dei fatti che sono accaduti o stanno accadendo attorno a noi con incalzante drammaticità (*l'histoire évènementielle*) entra in risonanza, se non in

---

<sup>8</sup> Cfr., per un'impostazione di questo genere, G. GRISI, *La lezione del coronavirus*, in *Jus civile*, 2020.

<sup>9</sup> Si pensi, ad esempio, in ambiti ovviamente assai diversi l'uno dall'altro alla modalità di prestazione del lavoro subordinato agile o c.d. *smart* ovvero alla sempre crescente diffusione del commercio *on line* o dei pagamenti che prescindano dall'uso del contante: fenomeni che certamente, e senza volerne comunque sottovalutare anche le implicazioni potenzialmente negative, posso prestarsi ad un giudizio in termini di incremento dell'efficienza complessiva del sistema della produzione e degli scambi

<sup>10</sup> Cfr. F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale*, in *NGCC, Supplemento 3/2020*, 82 ss.

collisione, con la storia delle relazioni contrattuali che, quando si tratti di contratti di durata, è, appunto, una storia che si misura, in un certo senso, sulla *longue durée*. È stato osservato, al riguardo, che “il tratto principale delle obbligazioni di durata va ricercato nella rilevanza del tempo, che qui non si atteggia ad elemento strumentale all’adempimento, come potrebbe accadere nelle obbligazioni la cui attuazione richiede un certo lasso temporale di lavorazione o di procacciamento dei mezzi per attuarla, ossia nelle c.d. obbligazioni a tratto successivo (ad es. l’obbligazione dell’appaltatore di opere), ma come un requisito essenziale, intrinseco, si potrebbe dire, dell’adempimento”<sup>11</sup>. Nei contratti di durata, infatti, come aveva rilevato un’ormai molto risalente, ma ancora non superata, impostazione dottrinale, “la prestazione è determinata in funzione della durata stessa, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto. La durata funge, secondo l’espressione dell’Osti, da nota individuale della prestazione e non da modalità esecutiva di essa”<sup>12</sup>, delineandosi così quella che è stata definita condivisibilmente una “protrazione dell’interesse creditorio, la cui soddisfazione incorpora la realizzazione nel tempo, sicché, se le obbligazioni sono *ex contractu*, il tempo irrompe nella causa del contratto”<sup>13</sup>.

Da questo punto di vista, la riflessione dottrinale sulla categoria dei contratti di durata, e dunque dei rapporti tra il contratto ed il tempo<sup>14</sup> si è arricchita, negli ultimi anni per mezzo della elaborazione teorica dei contratti relazionali: quest’ultima, a sua volta, ha preso le mosse dalla constatazione dell’importanza che, nell’attuale assetto economico, assumono i contratti che non restano collocati in un arco temporale circoscritto e che si presentano, già solo per questo, fortemente innervati dalle relazioni e dalle interazioni sussistenti tra le parti, legittimate ad attendersi, l’una dall’altra, una più accentuata disponibilità a condividere gli oneri ed i benefici derivanti dal contratto<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti in Italia*, in *Derecho de los desastres: Covid-19*, Lima, 2020, 1350.

<sup>12</sup> Cfr. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1992, 200 ss.

<sup>13</sup> Così, di nuovo, F. Piraino, *op. loc. cit.*

<sup>14</sup> Si vedano, in questa prospettiva, in particolare M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico – comparatistico sui contratti di durata*, Milano, 2007, in particolare 89 ss. nonché A. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, soprattutto 141 ss. e 267 ss.

<sup>15</sup> Una messa a punto recente della categoria dei contratti relazionali è quella dovuta ad A. GALLARATI, *La resilienza del contratto*, cit., 2, secondo il quale essi: “(i) si esauriscono in un periodo temporale non di breve durata; (ii) sono integrati dalle relazioni personali che sussistono tra le parti; (iii) hanno per oggetto non solo beni le cui quantità sono sempre facilmente misurabili ex ante; (iv) sono in grado di interessare più persone, portatrici di diversi interessi, che si attendono, una

È tuttavia ben noto, ed è stato ancora di recente rammentato da molti dei contribuiti che hanno affrontato la questione delle sopravvenienze contrattuali nel quadro dell'emergenza determinata dalla pandemia, che la disciplina del codice civile non esibisce una particolare sensibilità per l'area tematica dei contratti relazionali che si è appena evocata<sup>16</sup>: l'impostazione tradizionale del discorso sul contratto attraverso la considerazione di esso nella prospettiva dell'atto di scambio isolato è probabilmente alla base di questa scelta sistematica. Ed una volta posto il baricentro della regolamentazione del contratto al di fuori della dimensione relazionale poc'anzi evocata, ben si comprende come la prospettiva rimediale tenta all'esigenza di un adeguamento del regolamento contrattuale alle circostanze sopravvenute, in ipotesi in grado di incidere sulla realizzazione degli interessi perseguiti dai contraenti, sia rimasta circoscritta ad ipotesi del tutto marginali: come sta a dimostrare la collocazione sistematica, oltre che la stessa regolamentazione, dell'offerta di riduzione ad equità, così come disciplinata dall'art. 1467, 3° co c.c., in quanto suscettibile di essere formulata solo dalla parte contro la quale sia stata domandata la risoluzione e dopo, dunque, che la corrispondente domanda giudiziale sia stata introdotta dalla parte colpita dall'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>17</sup>. È, dunque, senz'altro condivisibile la considerazione secondo la quale proprio la pandemia in atto rappresenta, bensì e senza dubbio un'ipotesi di avvenimento straordinario ed imprevedibile, così da poter integrare il presupposto per l'applicabilità del rimedio previsto dall'art. 1467 c.c. (sia nei termini della eccessiva onerosità 'diretta', che in quelli della eccessiva onerosità 'indiretta')<sup>18</sup>; ma, ed al tempo stesso,

---

dall'altra, reciproca cooperazione e condivisione degli oneri e dei benefici derivanti dal contratto; (v) sono caratterizzati dalla presenza di diritti di recesso senza alcuna penalità, in modo tale da disporre di una forza vincolante relativa e limitata; (vi) coinvolgono attori reciprocamente interessati da amicizia, reputazione e interdipendenza; e infine (vii) sono conclusi da contraenti che percepiscono la relazione d'affari alla stregua di una progressiva integrazione del comportamento di ciascuno di essi, da adattare, orientare e modificare, di volta in volta, a seconda degli eventi futuri, in gran parte impossibili da prevedere”.

<sup>16</sup> La giurisprudenza più recente mostra una maggiore consapevolezza per le questioni peculiari implicate dalla categoria dei contratti di durata: cfr., ad esempio, e da ultimo, Cass. 14 giugno 2021 n. 16743 che, nell'ambito di un articolato, e non sempre persuasivo, percorso argomentativo inteso ad individuare le condizioni d'uso, all'interno del nostro sistema normativo, della *Verwirkung*, pone l'accento appunto sulla curvatura particolare che il problema assume nell'ambito dei contratti di durata, accennando anche un collegamento (un po' discutibile, nei termini in cui è prospettato) proprio con l'argomento delle sopravvenienze contrattuali determinate dall'emergenza Covid-19.

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, in luogo di molti altri, F. MACARIO, *Covid-19 etc.*, cit., 82.

<sup>18</sup> Da intendersi, la prima, come avente riguardo all'aumento, connotato appunto dai caratteri della straordinarietà e dell'imprevedibilità, delle voci che compongono il costo della prestazione da eseguire; e la seconda come relativa invece alla diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere.

palesa tutti i limiti del rimedio, proprio per la sua vocazione intrinsecamente demolitiva e non conservativa, tale – come è stato efficacemente detto – da fare “terra bruciata delle relazioni d’impresa come di quelle tra privati cittadini, in quanto conduce alla risoluzione del rapporto, non alla transitoria riduzione dei corrispettivi, che l’art. 1467 c.c. alla lettera non contempla”<sup>19</sup>.

Qui si coglie un ulteriore elemento che rende particolarmente significativa, nella prospettiva di una riflessione sulla questione delle sopravvenienze, la situazione che abbiamo conosciuto nella fase più acuta della pandemia: e cioè il fatto che essa, proprio per la sua portata generale, da questo punto di vista davvero paragonabile a quella di un evento bellico, consente di apprezzare la maggiore efficienza di rimedi di natura manutentiva del regolamento contrattuale perché in grado di assicurare ad entrambe le parti, sia pure in ipotesi soltanto in parte, l’utilità discendente dall’attuazione del rapporto, così evitando la perdita economica che, per ciascuna di esse (e, infine, con effetti cumulati per il sistema), deriverebbe dalla caducazione totale dell’operazione di scambio. Ed infatti la peculiarità della contingenza economico – sociale innescata dalla pandemia consiste proprio nel fatto che essa coinvolge (direttamente o quanto meno indirettamente, e cioè a seguito dei provvedimenti normativi di contenimento che hanno sospeso la quasi totalità delle attività economiche e produttive) una percentuale davvero molto significativa dei rapporti contrattuali in corso, così facendo della sorte di ciascuno di essi un problema che è, al tempo stesso, individuale e di sistema; esprimendosi, sia pure con qualche approssimazione, nei termini del linguaggio degli economisti, si tratta di una situazione che investe, al tempo stesso ed in misura parimenti devastante, la curva della domanda e quella dell’offerta, così rendendo necessario, anche per il civilista, ragionare su possibili soluzioni che evitino, quanto più possibile, di deprimere sia l’una che l’altra.

Nel solco di queste considerazioni, le soluzioni desumibili dalla disciplina del codice civile in materia di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta, anche quando fossero tecnicamente sostenibili fino in fondo<sup>20</sup>, potrebbero risultare inadeguate al fine, proprio per la dimensione assunta dall’emergenza economica nel suo complesso<sup>21</sup>. E qui viene

---

<sup>19</sup> Così la *Relazione tematica* n. 56 dell’8 luglio 2020 dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione, 6.

<sup>20</sup> Esplora con puntualità l’ambito applicativo della disciplina normativa del codice civile, nella prospettiva delle esigenze di regolamentazione legate all’emergenza sanitaria, R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell’emergenza sanitaria*, cit.

<sup>21</sup> L’impostazione evocata nel testo sembra condivisa anche da M. FRANZONI, *Il Covid-19 e l’esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, cit., 1 ss., il quale rileva che “si può osservare il



fatto di pensare alle proposte ricostruttive che, elegantemente, hanno evocato il ricorso all'istituto della presupposizione<sup>22</sup>, che, ricondotto sul piano operativo alla disposizione dell'art. 1464 c.c., potrebbe effettivamente dischiudere una duttilità riequilibratrice del rapporto sconvolto dalla sopravvenienza. Tuttavia, ed al di là del fascino di una soluzione che metterebbe in campo, per risolvere un problema drammatico della contemporaneità, uno dei frutti più raffinati della Pandettistica, resta il dubbio circa la facilità di amministrare, nella singola controversia, una figura concettuale dai contorni in parte almeno sfuggenti.

Una valutazione analoga, in termini di insufficienza sul piano applicativo dell'impostazione che in questo modo si delinea, deve probabilmente essere formulata anche quanto alla notazione secondo la quale già all'impianto originario del codice civile non è in effetti del tutto estranea la sensibilità per rimedi manutentivi del rapporto contrattuale, che ne realizzino, dunque, l'adeguamento alle circostanze modificate<sup>23</sup>: si tratterebbe, infatti, secondo quest'impostazione, di una sensibilità che si è venuta sviluppando, in questi ultimi decenni, grazie ad un'elaborazione dottrinale in parte già richiamata, a sua volta sollecitata, oltre che dalle prospettive di diritto privato europeo dei contratti, pure dal recente modello di riforma del *code civil*<sup>24</sup>.

---

contratto come programma per realizzare l'interesse delle parti, a condizione che ciò non contrasti con quello generale, in questo frangente rappresentato dal mercato”.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, V. ROPPO, in R. Conti intervista a V. ROPPO e R. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 28 aprile 2020; G. STELLA, *Covid-19 e presupposizione*, in *Emergenza Covid 19 e questioni di diritto civile*, cit., 35 ss. – Si vedano, al riguardo, anche le raffinate riflessioni di E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Ead (a cura di), Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19 (seminario del curriculum di Diritto privato e comparato, Diritto del lavoro e Tradizione giuridica europea del Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa)*, Pisa, 2021, 9 ss.

<sup>23</sup> In questo senso, si veda, in particolare, e limitando volutamente le citazioni a quelle della dottrina formatasi fin qui sul diritto dell'emergenza Covid-19, E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit., la quale, pur dando atto della circostanza che la disciplina codicistica della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è ancora ispirata ad una logica che privilegia il momento della risoluzione del vincolo contrattuale, rispetto a quello in ipotesi conservativo dello stesso, ipotizza la possibilità di invertire, in chiave ermeneutica, la posizione di subalternità dei rimedi manutentivi.

<sup>24</sup> Sul punto, ed anche qui circoscrivendo le citazioni agli scritti originati dalla riflessione sulla pandemia in atto, cfr. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, cit., 211; una messa a punto sintetica, ma completa, delle questioni che l'emergenza Covid-19 ha innescato nell'ordinamento francese, si legge in J. HEINICH, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision*, in *Recueil Dalloz*, 2020, 611 ss. Rimane, dunque, isolata, nell'ambito dei vari sistemi giuridici europei, la posizione del *common law* inglese, non solo refrattario ad accreditare l'idea che la *hardship* possa derivare dal semplice maggior

Rimane, dunque, la sensazione che, anche a voler condividere le considerazioni, suggestive ed argomentate, di chi<sup>25</sup> ha, da ultimo, esplorato le risorse del sistema del diritto dei contratti pure attraverso il prisma della elaborazione giurisprudenziale e dottrinale degli istituti codicistici, resterebbe pur sempre la difficoltà operativa di soluzioni che, proprio perché frutto di un percorso argomentativo particolarmente raffinato, ma non ancora definitivamente condiviso, potrebbero non possedere quel tasso di immediata, e possibilmente incontrovertibile, idoneità ad applicarsi ai casi concreti che appare senz'altro necessario in questo momento.

### 3. Le conseguenze economiche della pandemia e le risposte normative emergenziali

La consapevolezza della necessità di muoversi in via prioritaria, a fronte dello sconvolgimento delle relazioni contrattuali, lungo le direttrici della rinegoziazione e del mantenimento del contratto è, in effetti emersa dalla gran parte dei contributi intervenuti sul tema<sup>26</sup>; essa rappresenta tuttavia solo un primo livello

---

costo finanziario della prestazione, ma anche incline senz'altro a privilegiare il rimedio che risolve il contratto, così 'liberando' le risorse che in esso erano state impiegate e consentendone una diversa destinazione: cfr., per una assai sintetica ricognizione, proprio all'interno di una riflessione sull'emergenza Covid-19, C. TWIGG – FLESNER, *A comparative Perspective of Commercial Contracts and the impact of Covid-19. Change of circumstances, force majeure or what?*, in K. PISTOR, *Law in the time of Covid-19*, Columbia University Press, 2020 161.

<sup>25</sup> Si intende alludere ad E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit., dove si rammenta con puntualità il processo di elaborazione dottrinale che ha condotto all'accreditamento dell'obbligo secondo buona fede di rinegoziazione del contratto, quando sopravvengano circostanze tali da incidere in maniera significativa sull'assetto di interessi così come originariamente modellato dai contraenti e si segnalano i numerosi punti di emersione del medesimo sul piano dei progetti di diritto privato europeo.

<sup>26</sup> Cfr., tra i primi interventi orientati in questo senso, quello di F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 209 s., il quale ricorda i contributi offerti già dalla dottrina dei decenni precedenti nel senso della opportunità di pervenire di fronte al fenomeno della sopravvenienza a contrattuale a soluzioni manutentive del vincolo contrattuale, sia che le stessa possano essere raggiunte per mezzo dell'accordo tra le parti, sia che ad esse si pervenga all'esito dell'intervento del giudice. S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto. Spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo ed assimilate*. Cfr., poi, gli scritti successivamente pubblicati su *Giustiziacivile.com*, di A.M. BENEDETTI, *Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*

del discorso. Quest'ultimo deve, poi, articolarsi su due piani, che ci riportano all'*incipit* di questo scritto ed al tentativo di operare un primo bilancio delle risposte che i diversi formanti dell'esperienza giuridica hanno apprestato nel periodo più drammatico della pandemia: la individuazione delle tecniche (se affidate ad interventi normativi di riforma ovvero all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale degli istituti esistenti) per mezzo delle quali, una volta ritenute in effetti percorribili le soluzioni di rinegoziazione e di adeguamento alle circostanze sopravvenute del rapporto contrattuale, sia possibile in concreto attuarle; e la verifica circa la possibilità di affrontare il problema sul piano della disciplina generale del contratto ovvero a livello della regolamentazione, già in atto, o destinata in ipotesi ad essere adottata, dei singoli tipi o sottotipi contrattuali.

Chi scrive ha già avuto modo di esprimere, in un primo, e probabilmente un po' sommario, intervento sull'argomento<sup>27</sup>, la propria preferenza per un'impostazione che affidi al legislatore il ruolo di introdurre le regole in grado di offrire una risposta, tale da tenere conto dell'istanza manutentiva dei rapporti, alle con-

---

3 aprile 2020; di R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, 9 aprile 2020; di D. MAFFEIS, *Problemi nei contratti nell'emergenza epidemiologica da coronavirus*, 10 aprile 2020; R. SANTAGATA, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, 17 aprile 2020; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sulla emergenza epidemiologica da Covid-19*, 21 aprile 2020; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, 21 aprile 2020; M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, 22 aprile 2020; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, 27 aprile 2020; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, 27 aprile 2020. Cfr. anche A. BENEDETTI – R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Diritto bancario.it.* Una situazione analoga, in termini di vivacità del dibattito, si registra, del resto, anche in tutte le altre esperienze giuridiche: un quadro abbastanza ricco è offerto dal sito "Comparative Covid Law" <https://comparativecovidlaw.wordpress.com>, attivato dalla Associazione italiana di diritto comparato e diritto pubblico comparato ed europeo. Un volume che, ad onta della natura di contributo necessariamente *instant*, racchiude contributi che presentano una discreta articolazione è quello a cura di K. PISTOR, *Law in the time of Covid-19*, cit., in <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>. Può essere utile rammentare che l'*European Law Institute* ha elaborato alcuni *Principles*, tra i quali il principio 13, in materia di *Force majeure and hardship*; in particolare, il co. 2° del predetto principio – la traduzione è nostra – prevede che, nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente difficile (intendendo per tale anche l'ipotesi di un incremento significativo del costo della prestazione) a seguito della pandemia e delle misure adottate durante la stessa, gli Stati europei dovrebbero assicurare, in accordo con il principio della buona fede, che le parti avviino la rinegoziazione anche se questo non fosse stato previsto dal contratto o dalla legislazione esistente.

<sup>27</sup> Si intende alludere a *L'emergenza Codiv 19. Quale ruolo per il civilista?*, cit..

sequenze, in termini di sopravvenienze contrattuali, dell'emergenza legata alla pandemia: si trattava di una preferenza ispirata a due ragioni, una delle quali è stata in parte già evocata.

Infatti, e sotto un primo profilo del quale appunto si è già fatto cenno, le ricadute dell'emergenza sanitaria in atto (sia in quanto tale, sia come premessa all'adozione di provvedimenti normativi di varia natura che sospendano questo o quell'aspetto dell'attività produttiva o di distribuzione) si sono prodotte su una miriade di rapporti contrattuali, e sono state tali da determinare un effetto economico critico 'di sistema', tale da richiedere, a sua volta, soluzioni di sistema<sup>28</sup>. E questo tanto più ove si consideri che, da un lato, sarebbe assai arbitrario individuare, per classi di parti contrattuali, i soggetti sui quali debba preferibilmente ricadere il costo della sopravvenienza<sup>29</sup>; dall'altro, la scelta di far gravare in via generale su una determinata classe di soggetti le conseguenze dello sconvolgimento dell'equilibrio contrattuale sarebbe inopportuna dal punto di vista della tenuta complessiva del sistema economico, indebolendo quella classe e sottraendole le possibilità di accesso al mercato già falcidiate dalle prime conseguenze della pandemia.

Ad una distanza temporale ormai apprezzabile dallo scoppio della pandemia, il quadro dei pur numerosi interventi normativi, anche quelli a prima vista di più diretta incidenza sul diritto dei contratti, non sembra tuttavia essersi indirizzato nella direzione – l'introduzione di una disciplina al tempo stesso sufficientemente organica ed analitica del diritto dei contratti, imperniata sulla prevalenza di rimedi conservativi/manutentivi – che chi scrive aveva auspicato; anche se da parte di qualche Autore si è ritenuto comunque possibile discorrere di un diritto

---

<sup>28</sup> Il punto è colto anche da C. TWIGG – FLESNER, *A comparative Perspective of Commercial Contracts and the impact of Covid-19. Change of circumstances, force majeure or what?*, in K. PISTOR, *Law in the time of Covid-19*, 155 ss., 164, il quale osserva che “*the impact of the Covid-19 pandemic is such that the number of contracts affected will be enormous. Moreover, it is just not a selected category of contracts which is affected but a wide – range of contracts across the economy. This will include many contracts which are part of contractual networks or supply chains*”.

<sup>29</sup> Cfr. quanto osserva R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria etc.* cit., sottolineando l'impercorsibilità di “soluzioni semplicistiche ed emotive come suggerire la liberazione totale o parziale dei debitori in difficoltà o la sospensione degli effetti di alcuni contratti”, posto che “per ogni debitore c'è ovviamente un creditore e che addossare arbitrariamente a quest'ultimo il peso della crisi in atto avrebbe effetti imprevedibili e incontrollabili”. L'esemplificazione operata dall'Autore a sostegno del proprio ragionamento (sulla base del rilievo che, nei rapporti di locazione di immobili ad uso commerciale, com'è evidente investiti in modo molto intenso dall'emergenza, non necessariamente il locatore è la parte economicamente più forte del rapporto), può essere integrata con il rilievo, cui si fa cenno anche nel testo, che, nel quadro di una crisi economica di 'sistema', occorre evitare quanto più possibile ricadute sul lato della domanda di beni e di servizi.

privato dell'emergenza, caratterizzato da una precisa ispirazione di fondo, nel senso di una socializzazione dei costi della crisi<sup>30</sup>. Infatti, e salvo quanto si dirà tra breve con riferimento all'art. 6 – *novies* del d.l. 22 marzo 2021 n. 41 convertito in l. 21 maggio 2021 n. 69, il punto di innesto delle misure normative sembra essere stata piuttosto la disciplina generale in materia di responsabilità del debitore per inadempimento delle obbligazioni, sotto il profilo dell'esclusione, o anche soltanto dell'attenuazione della responsabilità del medesimo<sup>31</sup>. Da questo punto di vista, il legislatore dell'emergenza pare essersi mosso, almeno in parte,

---

<sup>30</sup> Così, in particolare, E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus civile*, 2020, 2, in particolare, 511, il quale sottolinea come la socializzazione dei costi richiamata sia stata portata avanti "tramite una rivisitazione (più o meno esplicita) delle regole tradizionali, talvolta una soluzione prettamente negoziale, talaltra un'allocatione legislativa dei rischi funzionale a rendere più sopportabile l'attuale momento di difficoltà nell'interesse delle parti e dell'intero tessuto socio-economico nazionale" ed osserva che "Nel primo gruppo s'inseriscono le nuove disposizioni che prevedono una generale "valutazione" dell'esecuzione delle misure di contenimento come possibile causa di esclusione della responsabilità del debitore (art. 91 del c.d. "Cura Italia"), così come le disposizioni dirette ad assicurare un'esecuzione, seppure dopo una revisione dell'accordo originario, dei contratti di locazione ad uso commerciale (art. 65 del c.d. "Cura Italia", artt. 28, 122 e 216, comma 3, del c.d. decreto "Rilancio"). Nel secondo gruppo s'inseriscono, invece, le disposizioni che, ricorrendo soprattutto allo strumento del voucher, consentono un'allocatione dei costi funzionale a risolvere il problema delle soppravvenienze preoccupandosi anche di preservare settori decisamente strategici (come la cultura e il turismo) per il nostro Paese (art. 216, comma 4, del c.d. decreto "Rilancio", artt. 88 e 88-bis del c.d. "Cura Italia")". Sui tratti che ha assunto la risposta normativa allo sconvolgimento dell'equilibrio, verificatosi – com'è noto – soprattutto con riferimento ad alcuni tipi contrattuali, cfr. anche A. CIATTI CÀIMI, *Locazione di fabbricato a uso abitativo e commerciale, affitto d'azienda e interventi di contrasto al Covid-19*, in E. Navarretta (a cura di), *Riflessioni giuridiche sugli effetti della Pandemia Covid-19*, cit., 49 ss.

<sup>31</sup> I dati normativi che vengono in questa prospettiva in considerazione sono ormai ben noti: si pensi all'art. 88 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, che richiama la disposizione dell'art. 1463 c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta, sul "rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione di contratti di acquisto per biglietti spettacoli, musei e altri luoghi della cultura"; oppure all'assai controversa previsione in materia di "ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici" (art. 91, recante una disposizione, integrativa del precedente d.l. 23 febbraio 2020, convertito nella legge 13/2020, secondo la quale "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 artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"; oppure ancora all'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ai sensi del quale ricorre la sopravvenuta impossibilità ex art. 1463 cod. civ. "in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne o terrestre", conclusi in determinate condizioni). Cfr., per un'analisi del problema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione nella prospettiva dell'emergenza innescata dalla pandemia, R. CALVO, *Covid, impossibilità sopravvenuta e forza maggiore: ambito e limiti*, in *Studium juris*, 2021, 569 ss.

lungo il percorso tracciato da quella proposta dottrinale secondo la quale, nel contesto creatosi a seguito dell'emergenza sanitaria "c'è un 'vizio' *del mercato*, nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa per il blocco *ex lege* o per il fermo dell'economia", un vizio di fronte al quale "il diritto di parte generale del contratto" sarebbe impotente, con il corollario che occorrerebbe guardare altrove ed in particolare al diritto della crisi d'impresa, con particolare riferimento alle tecniche di ristrutturazione del debito<sup>32</sup>.

Assai più sporadiche sono state invece le ipotesi in cui il legislatore ha attuato un intervento, sia pure temporaneamente, modificativo del regolamento contrattuale al fine di porre riparo allo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni, così dando ingresso ad un rimedio suscettibile di definirsi in effetti conservativo<sup>33</sup> ovvero ha predisposto altre tecniche, almeno ad avviso di alcuni autori, conservative del rapporto contrattuale. Tale potrebbe essere, ad esempio, quella racchiusa nell'art. 88 del D.l. n. 18/2020, della quale si è proposta la lettura in termini di rideterminazione *ex lege* dei contenuti del rapporto<sup>34</sup> ed in cui è altresì presente, come pure è stato rilevato, la consapevolezza dell'esigenza di offrire

---

<sup>32</sup> Cfr. A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 29 aprile 2020. Si colloca sostanzialmente, da ultimo, in questa prospettiva, anche I. Pagni, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria*, cit., 350, la quale nota che, tuttavia, "il diritto della crisi, che pure immagina forme di composizione assistita, non detta regole per la conservazione delle relazioni a lungo termine, necessarie particolarmente a fronte di una situazione inedita quale quella originata dalla pandemia".

<sup>33</sup> In questo senso, può essere richiamato, in particolare, l'art. 216, 3° co. del d.l. 19 maggio 2020 n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020 n. 77 secondo il quale "La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito". Su questo intervento normativo, cfr., da ultimo, V. CUFFARO, *Rinegoziare, ricontrattare, rideterminare il canone? Una soluzione inadeguata*, in *Corr. Giur.*, 2021, 954 ss.. In generale, e per quanto concerne le risposte normativa, dottrinale e giurisprudenziale al problema dell'incidenza della pandemia sui contratti di locazione, cfr. F. TRONCONE, *L'emergenza Covid-19 e la sua incidenza sui contratti di locazione*, in *Studium juris*, 2021, 850 ss.; V. SANGIOVANNI, *La riduzione dei canoni di locazione a causa del coronavirus*, in *Immobili & Proprietà*, 2021, 180 ss.; C. MAGLI, *Emergenza sanitaria, obbligo di rinegoziazione e buona fede integrativa*, in *Corr. Giur.*, 2021, 807 ss.

<sup>34</sup> Così A. DE MAURO, *Pandemia e contratto, Spunti in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit.

un “sostegno alle attività economiche pregiudicate dall'emergenza epidemiologica in atto, la quale consiglia senz'altro...di mantenere fermi i flussi economici già acquisiti, pur bilanciandoli (naturalmente) con l'attribuzione di prestazione di servizi compensativi”<sup>35</sup>, invece di dare ingresso agli ordinari meccanismi restitutori delle somme già ricevute, tali da produrre, a livello di sistema, un impatto particolarmente negativo nella situazione di recessione già in atto<sup>36</sup>.

Ben si comprende allora che le misure introdotte dal legislatore dell'emergenza sono semmai state utilizzate, nell'elaborazione giurisprudenziale di questi mesi, per negare non solo esiti decisori di intervento sul contenuto del rapporto contrattuale, ma anche la sussistenza stessa di obblighi di rinegoziazione: e ciò sulla premessa che “quando il legislatore, nell'emergenza della pandemia Covid 19, ha voluto introdurre la possibilità (e comunque non l'obbligo) di rinegoziare le condizioni economiche di un contratto ovvero ridurre definitivamente a determinate categorie di imprenditori i canoni di locazione per un certo numero di mensilità, lo ha detto espressamente”<sup>37</sup>.

Un'impostazione diversa, ed elementi di maggiore originalità, sembrerebbero desumersi, a prima vista almeno, dal poc'anzi citato art. 6 – *novies* del d.l. 22 marzo 2021 n. 41 convertito in l. 21 maggio 2021 n. 69, il quale – stando alle intenzioni affermate, nell'occasione, dal medesimo legislatore – ha voluto introdurre disposizioni “volte a consentire un percorso regolato di condivisione

---

<sup>35</sup> Così F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit.

<sup>36</sup> Si vedano, tuttavia, al riguardo, le notazioni critiche di F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti in Italia*, cit., 1374, il quale osserva che l'impostazione proposta da A. DE MAURO (e peraltro condivisa da chi scrive in *L'emergenza Covid 19* etc. cit.) si risolve in un “approccio sostanzialistico che fa violenza alle forme giuridiche”, sia “alla luce dell'effetto estintivo del vincolo contrattuale chiaramente decretato dalle norme in esame tramite il rinvio alla risoluzione ex art. 1463 c.c. ed al recesso ex art. 41 cod. tur.”, sia “perché il buono costituisce una modalità cartolare di restituzione del corrispettivo che attribuisce al contraente un valore monetario nei confronti della controparte a impiego discrezionale”.

<sup>37</sup> Così Trib. Roma, est. Corrias, ord. 15 gennaio 2021, sulla quale cfr. l'elegante riflessione adesiva di A. BRIGUGLIO, *Tre stili di esercizio della giurisdizione civile di fronte alla pandemia (con postilla sulla determinazione cautelare del canone di locazione)*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 17 febbraio 2021. Si veda anche dello stesso Autore, in chiave critica della ipotesi ricostruttiva prefigurata nella *Relazione tematica* dell'8 luglio 2020, cit., nel senso della esperibilità del rimedio ex art. 2932 c.c. a presidio dell'obbligo di rinegoziazione, *Novità sostanziali nel diritto emergenziale anti covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in *Giustiziacivile.com.*, editoriale del 7 ottobre 2020. Sull'ipotesi ricostruttiva contenuta nella Relazione appena richiamata cfr. anche le considerazioni critiche di R. MASONI, *Locazione e Covid-19: obbligo di negoziazione e percorsi alternativi*, in *Immobili & Proprietà*, 2021, 318 ss.

dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica...a tutela delle imprese e delle controparti locatrici”, individuando il proprio ambito di applicazione “nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato, o dei corrispettivi, derivanti dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto” ed enunciando la regola secondo la quale “locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione”. È tuttavia difficile non condividere il giudizio critico<sup>38</sup> che di questa previsione normativa è stato formulato, sia per la vaghezza dei presupposti di applicazione della medesima, sia per la genericità dell'obbligo di 'ricontrattazione' da essa prefigurato, peraltro riferito alla sola misura del canone di locazione e non anche ad eventuali accordi in deroga della complessiva disciplina normativa del rapporto di locazione.

Pertanto, anche il dato normativo appena richiamato non è in grado di ribaltare la valutazione scettica che è stata poc'anzi formulata dell'effettivo impatto della risposta in termini di modifiche normative all'esigenza di governo delle sopravvenienze contrattuali innescate dalla pandemia.

#### 4. *Il ruolo della buona fede*

Tornando a questo punto a volgersi al quadro dei contributi dottrinali sulla questione delle sopravvenienze contrattuali negative nel periodo emergenziale, una delle coordinate di fondo di esso può essere senza dubbio ravvisata nell'attribuzione di rilevanza alla clausola generale di buona fede, quale tecnica argomentativa in grado di pervenire a soluzioni sufficientemente duttili ed efficienti del problema e fonte stessa dell'obbligo di rinegoziazione<sup>39</sup>. Tanto più che

---

<sup>38</sup> Cfr. sul punto, V. CUFFARO, *Rinegoziare, ricontrattare, rideterminare il canone? Una soluzione inadeguata*, cit., 957. Forse proprio l'immediata critica formulata in dottrina ha indotto il legislatore ad intervenire di nuovo, modificando la disposizione richiamata nel testo con la L. 106/21, di conversione con modifiche del d.l. n. 73/2021, introducendo un 2° co. dell'art. 6 – *novies*, secondo il 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*”. Resta comunque ferma la perplessità derivante dalla genericità della formulazione del 1° co.

<sup>39</sup> In questi termini, molto chiaramente, A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione ai tempi del*



porre al centro del discorso la clausola generale di buona fede è parso del tutto coerente con l'istanza della solidarietà che, soprattutto nelle prime cupe, settimane del *lockdown* del marzo – maggio 2020, ha rappresentato effettivamente il sentimento dominante anche sul piano della percezione comune da parte della collettività. In questo quadro, si inseriscono, in particolare, le riflessioni di chi ha sottolineato che “dalle clausole generali, a cominciare evidentemente, da quella di correttezza e buona fede (di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.), sino ai principi costituzionali, ove campeggia la solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, al giudice si offrono mezzi da utilizzare” sia pure “con molta cautela e impegno” affinché “il diritto vivente dia il suo contributo alla costruzione di un diritto dei contratti più solidale e, in qualche modo, più rispondente all’idea di democrazia oggi maggiormente condivisa”<sup>40</sup>; ovvero quelle di chi ha osservato che “l’obbligo di rinegoziare i termini del rapporto contrattuale per riadeguarli ad uno scenario impreveduto e imprevedibile, riallocando equamente tra le parti il rischio contrattuale” troverebbe facilmente il proprio fondamento nella “buona fede contrattuale in funzione integrativa” in grado di offrirsi alle parti come “strumento efficiente, non invasivo e assai ragionevole, posto che consente al contratto di vivere la sua emergenza, lasciandolo poi libero, passata la tempesta, di riprendere a scorrere regolarmente, nell’assetto originariamente concordato”<sup>41</sup>.

La convinzione che la soluzione al problema del governo delle sopravvenienze contrattuali in chiave di rimedi conservativi debba essere cercata sul piano della concretizzazione di clausole generali o di concetti indeterminati emerge, del resto, anche dalla impostazione di chi ha fatto ricorso, in questa prospettiva, al ruolo dell’equità: quest’ultima verrebbe in questo modo sottratta alla sua posizione di fonte di integrazione del contratto pressoché totalmente negletta per vedersi attribuito invece il ruolo di “rimedio agli eventi che non dipendono dal

---

*coronavirus*, in *Giustiziavivile.com*, approfondimento del 4 giugno 2020. Pone l’accento, da ultimo, sulle possibilità operative offerte in materia dal canone di buona fede, M. FRANZONI, *Il Covid-19 e l’esecuzione del contratto*, cit., 8 ss.

<sup>40</sup> Cfr. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, cit., 212. Considerazioni analoghe, anche dal punto di vista del rilievo assegnato al principio di solidarietà, si leggono nella intervista di R. CONTI a V. ROPPO e R. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 28 aprile 2020. Tra le messe a punto più recenti, all’interno del dibattito dottrinale sul tema delle sopravvenienze da Covid-19, del problema della buona fede integrativa come fonte dell’obbligo di rinegoziazione, cfr. F. ZEMIGNANI, *La buona fede integrativa e l’obbligo di rinegoziazione. Una rimeditazione al tempo del Covid-19*, in *Giustiziavivile.com*, approfondimento del 17 dicembre 2020, che contiene anche una rassegna dei primi casi giurisprudenziali in materia

<sup>41</sup> Così A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritti dei contratti. Spunti per un dibattito*, in *Diritto bancario*, editoriale del 25 marzo 2020.

comportamento delle parti, rispetto ai quali il codice o il regolamento contrattuale non apprestino una soluzione specifica, appunto perché l'art. 1374 c.c. indica l'equità come fonte integrativa in mancanza di regole specifiche<sup>42</sup>. Ed accanto al recupero di una fonte di integrazione del contratto tradizionalmente presente nel sistema ed assai suggestiva, ma trascurata, qual è appunto l'equità, si delinea, in un recentissimo contributo, anche la potenziale utilizzazione, nella prospettiva della risoluzione dei problemi oggetto di queste riflessioni, di una clausola generale dagli ancora incerti confini sia sul piano del suo fondamento normativo sia su quello delle concrete potenzialità applicative: e cioè la clausola generale di ragionevolezza<sup>43</sup>.

## 5. Le strategie argomentative della giurisprudenza

Sono ormai numerose le decisioni che hanno risolto controversie relative alle sopravvenienze negative determinate dalla pandemia Covid-19 ed in particolare a quelle che hanno inciso sui rapporti contrattuali aventi ad oggetto la locazione di immobili destinati ad uso commerciale, rapporti investiti tra i primi dai provvedimenti normativi di contenimento della pandemia; si tratta di pronunce che forniscono già spunti di notevole interesse, benché siano largamente – ed era inevitabile, visto che viene qui in considerazione un arco temporale, che ci sta sembrando angosciosamente lunghissimo, ma che è in effetti, come abbiamo più volte notato, (solo) di circadue anni – provvedimenti resi nell'ambito di procedimenti cautelari d'urgenza<sup>44</sup> ovvero di istanze di sospensione formulate in

---

<sup>42</sup> Così G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri del giudice ex art. 1374 c.c.*, nota a Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020, in *Giur. It.*, 2020, 2435 ss.; nel medesimo luogo si legge anche la nota di P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, 2439 ss., il quale, all'esito di una ricognizione dello stato della questione in altri sistemi normativi, individua il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione sulla regola di buona fede.

<sup>43</sup> In questa prospettiva, si veda N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. Diritto, I tematici – Il contratto*, 356 ss.

<sup>44</sup> Cfr., tra queste, Trib. Bologna, 11 maggio 2020, secondo la quale "L'art. 3, comma 6-bis, del d.l. n. 6/2020 esonera certamente il debitore dall'onere di provare il carattere imprevedibile e straordinario degli eventi che hanno reso impossibile la prestazione dedotta nel contratto, chiarendo che il rispetto delle misure di contenimento deve essere "sempre valutato" dal giudice, ma prefigurare una generale sospensione *ope legis* dei termini di pagamento"; Trib. Roma, ord. 29 maggio 2020, secondo la quale "Nell'affitto di ramo d'azienda, nel caso in cui la concedente non abbia potuto eseguire (pur senza colpa, ma *per factum principis*), durante il periodo di sospensione delle attività commerciali disposte dal Governo, una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale, l'affittuaria ha diritto ex art. 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale, riduzione da operarsi, nella sua determinazione quantita-

procedimenti di intimazione di sfratto, nei quali il conduttore moroso aveva opposto l'impossibilità di adempiere derivante dalle conseguenze della pandemia<sup>45</sup>.

Il quadro che emerge da questi primi punti di emersione giurisprudenziale delle questioni qui esaminate, se denota – nel complesso – un dialogo particolarmente vivace con i contributi della dottrina, non restituisce certo l'immagine di un orientamento, se non univoco, quanto meno indirizzato in maniera sufficientemente stabile in un senso o nell'altro. Infatti, a pronunce che, valorizzando appunto le clausole generali di solidarietà costituzionale e di correttezza contrattuale, pervengono, in via cautelare, a risultati di rimodulazione del contenuto contrattuale che potrebbero prefigurare, nell'ambito di un giudizio a cognizione piena, ed in difetto di un accordo delle parti sulla rinegoziazione dei termini dell'affare, un esito molto simile a quello proprio dell'emanazione di una pronuncia *ex art. 2932 c.c.*<sup>46</sup>, si contrappongono provvedimenti<sup>47</sup> che appaiono molto più sensibili alle preoccupazioni di una parte della dottrina circa i rischi del paternalismo giudiziario: e cioè del giudice che faccia – o, meglio, rifaccia – i contratti in luogo delle parti, così introducendo nella dinamica degli affari un elemento di radicale imprevedibilità (che potrebbe risultare in alcuni casi perfino

---

tiva, avuto riguardo alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del ramo di azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali e al fatto che il ramo di azienda è pur sempre rimasto nella materiale disponibilità della ricorrente”, che si leggono, tra gli altri luoghi, in *Corr. Giur.*, 2020, 1090 ss., con nota di S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive* (su quest'ultima pronuncia cfr. anche E. BELLISARIO, *Affitto d'azienda, lockdown e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza*, in *NGCC*, 2020, 1318 ss.); Trib. Roma., 27 agosto 2020, della quale riferisce F. TEMIGNANI, *La buona fede integrativa e l'obbligo di rinegoziazione*, cit., 11 e sui cfr. il commento di C. MAGLI, *Emergenza sanitaria, obbligo di rinegoziazione e buona fede integrativa*, in *Corr. Giur.*, 2021, cit. Una rassegna completa, fino alla data di pubblicazione del commento, della giurisprudenza cautelare in materia di domande di riduzione del canone di affitto d'azienda è quella che si legge in G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2020, 698 ss. Si vedano anche due dei provvedimenti (Trib. Roma, 15 gennaio 2021 e Trib. Roma, 16 dicembre 2020) che costituiscono l'oggetto delle considerazioni già richiamate di A. BRIGUGLIO, *Tre stili di esercizio della giurisdizione*, cit.

<sup>45</sup> Cfr. ad esempio Trib. Catania, ord. 30 luglio 2020, della quale riferisce F. ZEMIGNANI, *op. loc. cit.*

<sup>46</sup> Una tra le più argomentate è quella del Trib. Roma, 27 agosto 2020, cit.

<sup>47</sup> In particolare, il riferimento è a Trib. Roma, 15 gennaio 2021, cit. I provvedimenti del Giudice dr. Corrias adottati in quella data, di contenuto identico, sono, per quanto a conoscenza di chi scrive, quanto meno due. Una rassegna accurata della giurisprudenza del Tribunale di Roma sulla riducibilità del canone delle locazioni di immobili adibiti ad uso commerciale a seguito della sopravvenienza da pandemia è quella svolta da A. PISU, *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l'incerta avanzata dell'obbligo di rinegoziare*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1295 ss.

più pregiudizievole, per una razionale programmazione dell'iniziativa economica privata, della sopravvenienza negativa in sé considerata).

## 6. Considerazioni conclusive

Viene fatto allora di domandarsi – a mo' di conclusione del tentativo di bilancio, dal quale siamo partiti, di un anno e mezzo di lavoro dei vari formanti dell'esperienza giuridica sui problemi delle sopravvenienze negative derivanti dalle conseguenze, dirette o indirette, della pandemia – se questa radicale diversità di risposte, in termini di provvedimenti giurisprudenziali, sia il frutto fisiologico della differente sensibilità culturale dei singoli interpreti – giudici o, più banalmente ancora, della diversità dei referenti fattuali delle vicende di volta in volta decise; oppure se essa non dipenda largamente dall'assenza di un quadro normativo di riferimento preciso, sia a livello di disciplina generale delle sopravvenienze – in particolare nella prospettiva dell'affermazione univoca di un obbligo di rinegoziazione, al sopraggiungere di circostanze che sconvolgano l'originario assetto di interessi programmato dai contraenti – sia sul piano della disciplina speciale del diritto dell'emergenza in atto.

L'ipotesi di risposta che chi scrive ritiene di dare è in questo secondo senso. Infatti, come ci è già capitato di osservare, affidare la soluzione delle controversie in materia di rinegoziazione alla dimensione del singolo caso, valorizzando – nella prospettiva della decisione della vicenda devoluta alla cognizione del giudice – gli indubbi spazi operativi che il richiamo al principio di solidarietà (ovvero all'equità o ancora alla ragionevolezza), come complessiva risposta 'valoriale' dell'ordinamento, dischiude, non è certo una soluzione che incrementa il tasso di prevedibilità delle decisioni; mentre la prevedibilità – o, per usare un termine più alla moda nel dibattito degli ultimi anni, la 'calcolabilità'<sup>48</sup> – assume un rilievo decisivo sul piano della razionale amministrazione dei rischi di qualsiasi iniziativa negoziale, in termini tanto più stringenti in un contesto congiunturale così negativo qual è quello innescato dalla pandemia. D'altra parte, un approccio alla soluzione dei problemi troppo affidato alla 'legalità del caso' potrebbe rappresentare un costo di funzionamento eccessivo per un sistema giudiziario che, a sua volta, è stato sottoposto, e lo sarà tanto più nei prossimi mesi, ad un durissimo *stress* per fronteggiare le conseguenze dell'emergenza sanitaria<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> È merito di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, avere richiamato l'attenzione dei giuristi sul tema della calcolabilità delle soluzioni.

<sup>49</sup> Da questo punto di vista, coglie certamente nel segno il suggerimento di E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, laddove l'Autrice pone l'accento sul ruolo che,

L'intervento del legislatore appare, dunque, ad avviso di chi scrive, la chiave di volta per una soluzione la più efficiente possibile del problema delle sopravvenienze contrattuali nel contesto emergenziale in atto<sup>50</sup>; e, per riprendere uno spunto a suo tempo accennato, accanto ad un intervento normativo attuato sul piano della disciplina generale del contratto, e che si risolva finalmente in una regolamentazione delle sopravvenienze contrattuali in chiave conservativa<sup>51</sup>, risulta necessario affrontare il problema anche al livello della regolamentazione, già in atto, o destinata in ipotesi ad essere adottata, dei singoli tipi o sottotipi contrattuali<sup>52</sup>. L'esigenza di una disciplina calibrata sulle peculiarità che possono esibire, anche in questa fase emergenziale, i singoli tipi o sottotipi contrattuali appare in effetti confermata dalla considerazione che – a voler proporre in questa sede una molto rapida, e necessariamente incompleta, esemplificazione – i problemi che si pongono in materia di locazioni di immobili commerciali

---

proprio al fine di evitare una sorta di crisi da eccesso di *inputs* del sistema giudiziario, può giocare la valorizzazione delle tecniche di composizione alternativa rispetto al giudizio delle controversie in materia di rinegoziazione che dovessero scaturire: si tratta, peraltro, di un ambito nel quale il legislatore potrebbe intervenire, anche nella fase dell'emergenza, senza particolari difficoltà, introducendo, ad esempio, in quest'ambito, un'altra ipotesi di mediazione come condizione di procedibilità della successiva, ed a questo punto solo eventuale, domanda giudiziale accanto a quelle già contemplate nell'art. 5 del d.lgs. 28/10.

<sup>50</sup> La risposta normativa all'emergenza si coglie, del resto, anche sul piano di interventi che non riguardano direttamente la disciplina generale del contratto, e che neppure incidono sulla disciplina di singoli tipi contrattuali, risolvendosi invece in misure attinenti al piano che potremmo definire della fiscalità generale: ne risulta confermata l'ipotesi che si era anche poc'anzi accennata, secondo la quale l'eccezionalità della situazione determinata dalla pandemia richiede una strategia in grado di dosare soluzioni basate sull'attribuzione di diritti, o di obblighi, all'una o all'altra parte del rapporto contrattuale, ispirate all'esigenza di conservazione del rapporto contrattuale, con tecniche tali da attenuare o sterilizzare per i contraenti le ricadute sul piano economico della sopravvenienza. Sul punto, E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato* richiama opportunamente l'attenzione sull'art. 65 del d.l. 18/20, che prevede un credito di imposta in favore di conduttori di locali destinati all'esercizio di botteghe e di negozi nella misura pari al 60% del canone del mese di marzo 2020, che resta così dovuto: in questo modo, il costo derivante dall'infruibilità del bene locato, a sua volta discendente dai provvedimenti di contenimento, è in larga misura posto a carico della fiscalità generale e non già delle parti del contratto.

<sup>51</sup> Così riprendendo la via tracciata dal ben noto d.d.l. delega per la riforma del c.c.: sul punto, cfr. F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali*, cit., 83 ss.

<sup>52</sup> Cfr., da ultimo, M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., 4, per la motivata considerazione che la disciplina dei singoli tipi contrattuali contiene, già al livello della regolamentazione del codice civile, numerosi punti di emersione di un'istanza riequilibratrice delle prestazioni contrattuali.

ad uso commerciale<sup>53</sup> ovvero di contratti di appalto<sup>54</sup> ovvero ancora di affitti d'azienda<sup>55</sup> sono in effetti di volta in volta non coincidenti.

È tuttavia certamente vero che l'intervento del legislatore per ora non vi è stato, almeno nei termini fin qui auspicati, e potrebbe non esservi in tempi brevi, tanto più nella sua dimensione di respiro più ampio ed organico; ed allora non resta all'interprete, riprendendo ancora una volta in chiusura il pensiero di chi, come Keynes, ha dato un contributo davvero significativo al superamento di un'emergenza altrettanto drammatica di quella che stiamo vivendo, che volgersi al tentativo di "inventare una saggezza nuova per una nuova era" con la consapevolezza che "nel frattempo, se vogliamo fare qualcosa di buono, dobbiamo apparire eterodossi, problematici, pericolosi e disobbedienti agli occhi dei nostri genitori"<sup>56</sup>, anche a costo di spingersi assai più oltre di quanto una parte della dottrina appare ancora allo stato disposta a fare sulla via dell'accreditamento dell'obbligo di rinegoziazione in chiave conservativa del regolamento contrattuale.

---

<sup>53</sup> Si tratta di rapporti contrattuali che, per evidenti ragioni, sono stati investiti più di altri dalle conseguenze dei provvedimenti normativi di contenimento dell'epidemia: cfr., al riguardo, le efficaci considerazioni di V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia* e l'accurata analisi ricostruttiva di U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*. Per questo tipo di relazioni contrattuali, la cui definitiva estinzione potrebbe essere particolarmente pregiudizievole anche in una prospettiva di funzionalità generale del sistema economico, il rimedio manutentivo, agevolato dall'intervento pubblico anche sotto il profilo della sopportazione dei costi del medesimo (ad esempio, in termini di riduzione temporanea del canone) potrebbe essere quello più efficiente.

<sup>54</sup> Dove il problema potrebbe probabilmente essere risolto, in relazione al sottotipo di appalto che viene in considerazione, per mezzo di regole in tema di sospensione degli obblighi discendenti dal contratto; infatti, quest'ultimo, dopo l'inibizione all'adempimento delle parti discendenti dai provvedimenti di contenimento, ben potrebbe trovare nuovamente attuazione secondo il regolamento contrattuale originario, ove l'opera o servizio siano ancora possibili.

<sup>55</sup> Dove nuovamente potrebbe risultare particolarmente adeguata allo scopo una soluzione manutentiva, corredata da una modifica temporanea dell'assetto di interessi prefigurato nel contratto, al fine di evitare un pregiudizio eccessivo e potenzialmente devastante per l'una o per l'altra parte contrattuale.

<sup>56</sup> Cfr J.M. KEYNES, *Sono un liberale?*, che risale al 1925, ora nella raccolta *Sono un liberale? Ed altri scritti*, Milano, 2010, 310.



## La pandemia quale impossibilità sopravveniente

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'adempimento: regola cardine. – 3. *Difficultas praestandi*. – 4. (Segue): l'impotenza finanziaria. – 5. (Segue): crisi pandemica e deficit di liquidità. – 6. Impossibilità temporanea sopravvenuta e fondamento negoziale.

### Premessa

Conviene anzitutto ricordare – e il punto non è sfuggito a una parte molto autorevole della dottrina costituzionalistica<sup>1</sup> – che i più draconiani provvedimenti

---

<sup>1</sup> V., per tutti, il lungimirante monito di M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019, Sintesi*, Roma, 28 aprile 2020. Ma – sia chiaro – anche alla dottrina civilistica non è sfuggita la questione: v. C. CICERO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, Napoli, 2020, p. IX s., il quale giustamente rileva che «I profili pubblicistici più importanti nel periodo di emergenza sanitaria, che meritano l'attenzione dell'interprete, attengono indubbiamente in Italia all'uso di decreti amministrativi finalizzati alla (pur temporanea) compressione di libertà (personale, di circolazione, di riunione, di impresa, di libertà religiosa) di rango costituzionale, al fine della tutela della salute pubblica. Ragionando in questo modo, si è verificata l'illimitata espansione del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* (sebbene andrebbe valutata la contingenza che ha imposto la sua espansione) a scapito delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente protette (v. Cons. Stato, 30 marzo 2020, n. 1553). Si è sospeso momentaneamente, in altri termini, il necessario e vicendevolesse bilanciamento tra i diritti fondamentali, senza che si sia proceduto a una attenta valutazione se la detta sospensione – finalizzata alla tutela della vita – rispondesse ai criteri della ragionevolezza e della proporzionalità. Ciascuno di noi si è trovato, all'inizio incredulo, a dover autodichiarare il motivo della propria circolazione nel territorio, secondo casi tassativi previsti non già nella legge dello Stato ma in atti amministrativi, rendendo l'autodichiarazione non più un diritto del cittadino ma un suo dovere. La compressione del culto religioso non ha tenuto conto dell'impianto normativo che regola i rapporti tra Stato e Chiesa». Stupisce e amareggia che una parte della letteratura politicamente orientata abbia invece affermato, con disarmante leggerezza, che «Nel nostro Paese lo "stato di emergenza" è certezza indiscutibile, in seguito alla dichiarazione approvata con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020; l'accertamento da parte della pubblica autorità rende incontestabile la situazione eccezionale, impregiudicate le possibili, e certamente rilevanti, implicazioni giuridiche (costituzionali, soprattutto) che essa comporta» [A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in C. CICERO (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, cit., p. 1]. L'unica situazione *extra ordinem* che la nostra *Grundnorm* conosce e ammette è quella regolata all'art. 78 Cost. Il tema è stato approfondito,



normativi mediante i quali il Governo italiano ha cercato di reagire, talvolta in modo disordinato e dilettesco se non finanche rozzo<sup>2</sup>, all'emergenza derivante dalla diffusione del *virus* denominato «Covid-19», hanno sollevato delicate questioni di legalità costituzionale.

L'art. 2, del d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 ha legittimato il Presidente del Consiglio dei ministri a limitare la libertà individuale dei cittadini. Di conseguenza sono stati emanati svariati Decreti da parte di tale autorità che hanno imposto il confinamento, prima indiscriminato su tutto il territorio nazionale, poi circoscritto e variamente modulato a livello regionale. Né è conseguita l'antinomia di tali atti amministrativi con il fondamentale e sacro principio racchiuso nell'art. 13 Cost. posto a presidio dell'*habeas corpus*, che storicamente è stato il primo diritto di libertà storicamente rivendicato e garantito<sup>3</sup>.

Sotto il profilo civilistico, la pandemia ha rappresentato un evento, di portata straordinaria, che da un lato ha provocato una crisi economica assai grave, dall'altro ha inciso sulla fisiologica attuazione dei contratti pendenti.

Qui di séguito ci soffermeremo in primo luogo sugli strumenti di diritto comune patrimoniale che il nostro codice offre alla parte pregiudicata dalla sopravvenienza per reagire al mutamento imprevisto dello *statu quo ante*. Dopodiché focalizzeremo l'attenzione sulle discipline speciali escogitate dall'autorità normativa per arginare l'evocato *bouleversement* economico-contrattuale.

---

tra gli altri, da S. TRAVERSA, *Orientamenti dottrinali e precedenti parlamentari in tema di regimi di emergenza*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, II, 1981, p. 135 ss. In definitiva, è chiara e netta l'idea secondo cui i padri costituenti ripudiarono il modello consacrato dalla (pur democratica) Costituzione di Weimar del 1919, il cui art. 48 così disponeva: «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Di tutte le misure prese ai sensi dei precedenti commi il presidente deve senza indugio dare notizia al *Reichstag*. Le misure stesse devono essere revocate se il *Reichstag* lo richieda». È risaputo che siffatta disposizione consentì al presidente del *Reich* d'adottare provvedimenti d'urgenza a séguito dell'incendio del *Reichstag* del 27 febbraio 1933. Sicché, con i decreti emanati da Paul von Hindenburg, il Cancelliere Hitler assunse poteri totalitari e degenerati, i quali furono invero formalmente legittimati dalla suddetta legge fondamentale del 1919.

<sup>2</sup> È appena il caso d'osservare in qual modo il pur imprescindibile diritto alla salute sia stato usato da taluni settori della politica e della scienza medica come strumento per scuotere l'emotività dei più e per giustificare lo stravolgimento della gerarchia delle fonti. Il Governo ha premuto l'acceleratore dell'autoritarismo schiacciando con eguale forza e noncuranza il pedale azionante il freno dell'autorevolezza.

<sup>3</sup> G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 14<sup>a</sup> ed., Bologna, 2012, p. 600.

## 2. L'adempimento: regole-cardine

Il debitore è tenuto a conseguire il risultato programmato nell'atto di autonomia privata. Deve pertanto eseguire la prestazione (di dare, fare o non fare) oggetto del rapporto obbligatorio in assonanza all'impegno preso. Di lì il diritto del creditore di rifiutare la prestazione parziale o frammentata (art. 1181 c.c.)<sup>4</sup>, sebbene il suo contenuto sia divisibile, salvo che: *a*) la legge e gli usi non dispongano diversamente (artt. 1314 ss. c.c.), *b*) il rifiuto medesimo si sveli sleale<sup>5</sup>, come potrebbe accadere quando sia giustificato da una pressoché irrilevante differenza tra dato e dovuto (ad esempio, il creditore rifiuta il pagamento di diecimila euro adducendo – quantunque a ragione – che la pretesa ammonta a diecimilauno euro)<sup>6</sup>.

Nel complesso il debitore, per realizzare l'interesse del creditore in modo «fisiologico»<sup>7</sup> (posto che la sua liberazione può eccezionalmente discendere da altre vicende – su cui ci tratteremo oltre –, le quali non procurano il risultato dovuto), deve eseguire la prestazione nei tempi e modi stabiliti, non potendo allegare la divisibilità dell'obbligazione quale pretesto per un adempimento parziale, ancorché siffatta caratteristica renda tecnicamente possibile l'invocato fra-

<sup>4</sup> Cfr. Cass., 30 gennaio 2013, n. 2204, in *Mass. Foro it.*, 2013, ove si chiarisce che rimane salvo il diritto dell'*accipiens* di domandare la risoluzione del contratto qualora il frammento di prestazione non eseguito implichi gli estremi dell'inadempimento di non scarsa importanza; nella stessa direzione v. Cass., 8 gennaio 1987, n. 20, *ivi*, 1987. È similmente fatto salvo a suo favore il diritto di richiedere il ristoro dei danni: Cass., 22 giugno 2007, n. 14573, *ivi*, 2007; Cass., 13 ottobre 1997, n. 9939, in *Giur. it.*, 1998, 2274. D'altronde, neppure al creditore è permesso di frazionare la pretesa in plurime richieste giudiziali di condanna al pagamento: Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, I, 641. Al di fuori della domanda giudiziale non si può escludere, in linea di massima, il diritto del creditore a esigere una prestazione parziale, sempre che tale richiesta non collida con il legittimo interesse della controparte alla liberazione *uno actu*; anche in questa ipotesi non è possibile formulare criteri generalizzanti occorrendo valutare con attenzione la situazione di fatto alla luce delle regole ispirate alla lealtà. L'adempimento parziale non è prospettabile riguardo alle obbligazioni negative. Il fondamento storico-comparativo dell'art. 1181 c.c. è indagato da A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, p. 1 ss.

<sup>5</sup> C. TRANQUILLO, *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 2006, p. 45. Sul fronte del diritto applicato rinviamo a Cass., 9 ottobre 2012, n. 17140, in *Mass. Foro it.*, 2012.

<sup>6</sup> È certo che in quest'ultimo caso il creditore non potrebbe chiedere la risoluzione del contratto tenuto conto del già evocato impedimento frapposto dall'art. 1455 c.c.: si veda Cass., 27 maggio 1964, n. 1327, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1758. Potrà però pretendere l'esatto adempimento e, sussistendone i presupposti, il ristoro dei danni. Costituiscono un'eccezione alla regola in esame gli artt. 45, 2° co., l. camb. e 37, 2° co., l. ass.

<sup>7</sup> Come rammenta A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 37<sup>a</sup> ed., Padova, 1987, p. 535, «*solutio est praestatio eius quod est in obligatione*».

zionamento. Ne discende che dinanzi al rifiuto del creditore, il debitore non potrà ricorrere all'istituto della *mora credendi*, né a quello dell'offerta informale<sup>8</sup>.

Si tenga a mente che il dovere di cooperazione impone al *solvens*, in circostanze particolari, d'allontanarsi dalle direttive impartite dal creditore là dove eventi tanto improvvisi quanto sopravvenuti esigano l'immediata correzione (non concordata) di rotta in funzione della piena (e non solo formale) tutela degli interessi del creditore stesso al conseguimento dello scopo contrattuale (arg. ex art. 1711, 2° co., c.c.)<sup>9</sup>.

La misura per assodare se il debitore ha adempiuto correttamente il contratto non è unicamente rappresentata dalle clausole modellanti l'intesa. Esse sono senz'altro utili perché da un lato consentono alle parti di derogare alle norme suppletive di legge uniformatrici del rischio, dall'altro individuano esattamente l'oggetto della prestazione e altre modalità accessorie che consentono di stabilire i mezzi e le cautele dovute in concreto dall'obbligato. Il grado di cura pretendibile dal debitore nell'esecuzione dell'obbligazione è di massima ricavabile dall'art. 1176 c.c.<sup>10</sup>. Il nostro sistema ha così introdotto un parametro di valutazione oggettivo, ossia disancorato dalla colpa in concreto (*diligentia quam in suis rebus*) riferibile – come stabiliva l'art. 1843 c.c. previg. in tema di obblighi del depositario<sup>11</sup> – alla cura che il singolo debitore solitamente dedica alla gestione dei propri affari<sup>12</sup>. È appena il caso di notare che la responsabilità correlata allo *status* professionale, la quale dà l'abbrivio alle c.d. obbligazioni senza prestazione, sottintende che l'art. 1176, 2° co., c.c., assuma il ruolo di norma irradiante le linee-guida dell'agire socialmente qualificato<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 221.

<sup>9</sup> Intendiamo, putacaso, riferirci all'ipotesi in cui sussista un'impossibilità oggettiva di comunicare tra le parti.

<sup>10</sup> Abbiamo detto di massima, perché le parti potrebbero aver commisurato l'intensità della diligenza alle specifiche qualità del singolo debitore: in tal caso si parlerà di diligenza «individualizzata» (o «*quam in suis*» cui fa riferimento testuale il § 277 BGB). Il tema è sviluppato, tra gli altri, da P. FORCHIELLI, *La colpa lievissima*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 185 ss.

<sup>11</sup> Cfr. G. BO, *Il diritto delle obbligazioni (parte generale)*, Genova, 1946 (tist.). p. 121 s., il quale rileva che bene ha fatto il legislatore del 1942 a porre il depositario sullo stesso piano degli altri debitori, fatta salva l'attenuazione di cui all'art. 1768, 2° co., c.c. (ivi, p. 123).

<sup>12</sup> L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, p. 804.

<sup>13</sup> Sul punto v. i rilievi di E. RUSSO, *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (artt. 1176 e 1218 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 742, il quale osserva che «Dato il generalissimo campo di applicazione dell'art. 1176, esso si riflette *anche* sul rapporto obbligatorio vero e proprio. Ma la norma trae la sua origine dall'esigenza di porre un modello di comportamento riferibile ad una generalità di situazioni esorbitanti il campo, ristretto, delle *obbligazioni*. La modalità deontica pre-

### 3. Difficultas praestandi

La responsabilità contrattuale del debitore, che a differenza di quella aquiliana nasce all'interno di un rapporto giuridico già perfetto<sup>14</sup>, non ha radice oggettiva. L'art. 1218 c.c. permette infatti a tale parte di liberarsi dimostrando che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) è imputabile non già alla propria incuria o trascuratezza, bensì a una causa, specificamente individuata, estranea alla sua sfera di rischio e controllo<sup>15</sup>.

Il fatto ostacolante l'esatto adempimento (*scil.* impossibilità) esonera il debitore dalla propria responsabilità quando per soddisfare l'interesse del creditore occorrerebbe impiegare uno sforzo oggettivamente possibile ma soggettivamente inesigibile, perché finirebbe con il varcare il rischio tipico del singolo rapporto, nel senso che da un lato imporrebbe un'intensità di sforzo fuoriuscente da quanto dedotto *in obligatione*<sup>16</sup>, dall'altro la detta intensità non potrebbe comunque essere desunta dalla clausola generale di buona fede *in executivis*<sup>17</sup>.

Diremo che la responsabilità a titolo d'inadempimento per un verso abbia natura oggettiva, perché prescinde dall'operosità del debitore essendo annodata al canone intrecciato alla diligenza esigibile secondo parametri astratti, per l'altro soggettiva, giacché l'additata astrattezza dev'essere calata nel singolo rapporto in modo da adattare la condotta esigibile alla causa effettuale del vincolo<sup>18</sup>.

---

supposta dalle due disposizioni è diversa: dovere ed obbligazione non sono affatto la stessa cosa» (ivi, p. 746, corsivi originali).

<sup>14</sup> Cfr. L. MENGONI, voce «Responsabilità contrattuale», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Id.*, *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 300.

<sup>15</sup> Ne deriva, come avverte G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1956, p. 27, che qualunque «riferimento alla psiche del debitore, al suo sacrificio, alla tensione cui s'assoggetta nel tentativo di realizzare esattamente il 'programma di prestazione' va, dunque, rigorosamente espunto da una corretta configurazione di tale diligenza». Sicché, in linea di principio, l'adempimento esatto è ravvisabile quantunque il debitore non abbia profuso l'impegno che si poteva immaginare dovesse impiegare per realizzare il risultato programmato. Ma se il debitore nell'adempimento, di per sé esatto, abbia messo a repentaglio il patrimonio o la persona del creditore, questi potrà domandare – in ipotesi di rapporto di durata – la risoluzione a causa dell'inaffidabilità della controparte (ivi, p. 33).

<sup>16</sup> G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209-259, 313-360 e 417-471, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. 40.

<sup>17</sup> G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., p. 42.

<sup>18</sup> Cfr. G. OSTI, voce «Impossibilità sopravveniente», in *Novissimo Dig.*, VIII, Torino, 1962, p. 287 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. 509.

Poste queste basi, non si può evitare di delimitare il suddetto rischio, occorrendo tracciare i confini – definiti dal metro della diligenza o perizia (ossia della condotta dovuta) – per sceverare ciò che si può pretendere da ciò che invece sormonti i confini dell'esigibile<sup>19</sup>.

È estraneo al concetto d'impossibilità la *difficultas praestandi*, raffigurata dalla sequenza d'accadimenti sopravvenuti e inattesi che, pur rendendo più oneroso l'adempimento dell'obbligazione e quindi meno lucrativo l'affare per il debitore, rientrano pur sempre nell'alea tipica del rapporto obbligatorio<sup>20</sup>.

L'inadempimento è quindi ravvisabile quando la mancata attuazione del risultato programmato e promesso dipenda dal debitore, il quale non abbia fatto ciò che per legge o per il titolo era tenuto a fare, essendo irrilevante che costui fosse inizialmente persuaso d'adempire in modo più agevole o meno dispendioso<sup>21</sup>.

#### 4. Segue. L'impotenza finanziaria

Iniziamo con il domandarci se l'arresto costituisca ragione giustificativa del mancato pagamento. La risposta è negativa perché la regola di diligenza (art. 1176 c.c.) impone alla parte di calibrare *ex ante* le proprie disponibilità economiche al fine d'onorare l'impegno<sup>22</sup>.

Si può quindi riconoscere che la c.d. impotenza finanziaria non costituisca una causa esimente della responsabilità fondata sull'inadempimento: il rischio dell'illiquidità ricade senz'altro sul debitore tenuto conto della sua libertà d'am-

---

<sup>19</sup> G. VISINTINI, *Responsabilità del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 9, 2ª ed., Torino, 1999, p. 225.

<sup>20</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 126; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955, p. 157 s. Con riguardo all'obbligazione pecuniaria si vedano Cass., 16 marzo 1987, n. 2691, in *Banca borsa*, 1988, II, p. 583, con nota di B. INZITARI, *Il ritardo nell'adempimento del debito di valuta estera*, e in *Foro it.*, 1989, I, 1209 ss., con nota di G. VALCAVI, *Le obbligazioni in divisa straniera, il corso di cambio ed il maggior danno da mora*, *ivi*, p. 1210 ss.; Cass., 17 giugno 1980, n. 3844, in *Arch. civ.*, 1980, p. 905.

<sup>21</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9ª ed., Milano, 1959, p. 299; G. OSTI, voce «Impossibilità sopravveniente», *cit.*, p. 492.

<sup>22</sup> Osserva al riguardo G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, *cit.*, p. 156 s., che il «debitore può trovarsi in condizione di non adempire un'obbligazione senza violarne altre perché ha assunto impegni che sapeva, o poteva sapere, di non essere in grado di mantenere. In tal caso egli non è liberato; l'impossibilità è riconducibile infatti a un atto o comportamento di cui egli deve rispondere». V. altresì A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 286; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, Artt. 1218-1222*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 45.

ministrare le risorse finanziarie in regime di libertà assoluta<sup>23</sup>. Mettiamo il caso che Tizio abbia acquistato un determinato bene, obbligandosi a pagare il prezzo entro cinque giorni. Sennonché, d'un tratto, egli viene sottoposto a custodia cautelare in carcere. Ration per cui deve giocoforza soprassedere dal divisato tentativo di concludere, di lì a poco, il preliminare di vendita concernente lo stesso oggetto allo scopo d'incamerare dal terzo promissario il denaro necessario a pagare il prezzo dell'antecedente contratto ad effetti reali entro il termine pattuito. In pratica, il compratore ha assunto l'obbligazione che è a suo carico mosso dall'aspettativa di disporre della provvista tratta dal successivo affare. L'inatteso provvedimento restrittivo, ad astrarre dalla sua legittimità, ha ostacolato la realizzazione dell'evocata previsione. Ma suddetto ostacolo non può svincolarlo dagli impegni assunti con il suo dante causa.

È quindi diligente colui che agisce in modo tale da preconstituirsì gli strumenti per rispettare la parola data; non lo è chi, al contrario, si lascia trasportare – per così dire – dalla fatalità dell'accadere<sup>24</sup>. Sebbene la causa immediata del mancato pagamento possa essere intravista nell'illegittimo provvedimento magistratuale, è certo che il suo antecedente remoto si concreta nella condotta azzardata dell'obbligato: è quindi il caso di ribadire che *difficultas praestandi non excusat*<sup>25</sup>.

Per completare il quadro illustrativo mette conto di segnalare che una parte della letteratura giuridica ha provato a revocare in dubbio la fissità delle regole sin qui esposte in tema di difficoltà economica. In tale ordine d'idee è stato sostenuto che il debitore, il quale versi in uno stato di crisi finanziaria addebitabile alla crisi radicale di mercato anziché a errori di programmazione o gestione della proprietà attività produttiva di beni o servizi, potrebbe invocare l'impossibilità temporanea *ex art. 1256, 2° co., c.c.*, al fine di giustificare la ritardata prestazione a suo carico. Di conseguenza, venuto meno l'ostacolo oggettivo e dunque divenuta esigibile la prestazione, il debitore non sarà tenuto a rispondere dei danni

<sup>23</sup> P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 28 e 30. V., ad esempio, Cass., 11 giugno 2014, 13224, in *Mass. Foro it.*, 2014; Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, *ivi*, 2013. Né il nostro legislatore ha accolto il rimedio (o beneficio) del termine di grazia tipico del sistema francese. Si veda in proposito l'art. 1343-5, 1° comma, *code civil*, secondo cui «*Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues*». Sul tema rinviamo, per tutti, A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux, 2017, p. 264.

<sup>24</sup> Si veda F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, in *Contr. imp.*, 1989, p. 37.

<sup>25</sup> Cfr. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, p. 786 s. In giurisprudenza v. Cass., 11 maggio 1988, n. 3435, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2272; nonché Cass., 30 aprile 2012, n. 6594, in *Mass. Foro it.*, 2012.

patrimoniali eventualmente lamentati dalla controparte per effetto del ritardo<sup>26</sup>. Mancando la colpa, manca di conseguenza l'addebito di responsabilità per il ritardo.

## 5. Segue. Crisi pandemica e deficit di liquidità

A prescindere da quest'ultimo orientamento dottrinale, balza agli occhi che secondo la *communis opinio* la mancanza di liquidità, ancorché imputabile a fattori esterni alla sfera di controllo del debitore, non possa essere addotta quale causa di giustificazione del mancato o ritardato pagamento. Se è così, i debitori – imprenditori, liberi professionisti e consumatori – che, in séguito alla crisi economica mondiale provocata dalla pandemia, venissero a trovarsi in uno stato di crisi finanziaria, non potrebbero pertanto invocare l'istituto dell'impossibilità temporanea allo scopo di esonerarsi dalle conseguenze civilistiche dell'omessa o inesatta *solutio*.

Per tutelare i suddetti debitori l'art. 3, 6° *bis* comma, d.l. 6/2020<sup>27</sup> ha disposto 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». Ne deriva che l'inadempimento di cui si parlava possa, mercé la citata norma speciale, liberare – a giudizio dell'autorità giudicante – il debitore dalla responsabilità correlata alla trasgressione dell'obbligazione contrattuale, in deroga alla già esaminata regola secondo cui le difficoltà della prestazione non costituiscono circostanze idonee a esonerare tale parte ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Ampio potere discrezionale è quindi rimesso nelle mani del giudice civile, il quale, valutate tutte le specificità della situazione sottoposta al suo scrutinio, potrà eccezionalmente ritenere che l'inadempimento totale o parziale sia incolpevole, e quindi non sanzionabile *iure privatorum*. stante la provvisoria inesigibilità della prestazione dovuta al creditore.

## 6. Impossibilità temporanea sopravvenuta e fondamento negoziale

Finora abbiamo preso in considerazione l'ipotesi della difficoltà finanziaria, che aggrava o, di fatto, impedisce al debitore di adempiere, pur avendo egli

---

<sup>26</sup> G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *www.juscivile.it*, 2014, 6, p. 236 ss.

<sup>27</sup> Comma aggiunto dall'91, 1° comma, d.l. 18/2020, convertito con modificazioni dalla l. 27/2020.

beneficiario della prestazione corrispettiva la quale, invece, non ha subito alcun impedimento ascrivibile alla sopravvenienza pandemica.

Occupiamoci adesso dell'ipotesi inversa, ravvisabile quando, a causa del provvedimento amministrativo (preordinato a contrastare il contagio) con cui sia stata temporaneamente vietata una data attività, l'imprenditore o il *particulier* non abbia potuto trarre le utilità programmate dalla prestazione dell'altro stipulante, che nella sua materialità era invece fruibile. L'esempio è a portata di mano: si pensi ai divieti d'esercizio delle attività di ristorazione o ai provvedimenti in forza dei quali è stata ordinata la chiusura delle palestre. Orbene, in dette eventualità, allorché l'imprenditore conduca in locazione l'immobile ove esercita uno dei precitati atti di commercio, pur essendo innegabile che di per sé il godimento sia materialmente (o staticamente) possibile, è di chiara evidenza che il provvedimento in parola frustra la causa effettuale del contratto, assodato che il rapporto di locazione è strumentale all'esercizio dell'impresa.

Il fondamento negoziale<sup>28</sup> della locazione è quindi stato (seppur transitoriamente) annientato o devitalizzato, e tale straordinaria sopravvenienza giustifica l'applicazione della disciplina dettata in tema d'impossibilità temporanea<sup>29</sup>.

A questo riguardo l'art. 1256, 2° comma, c.c., sancisce che se l'impossibilità è soltanto transitoria, il debitore – finché perduri – non sia responsabile del ritardo nell'adempimento, mentre l'imputabilità della stessa fa nascere in capo al debitore medesimo l'obbligazione di ristoro dei danni<sup>30</sup>. In ogni caso l'obbligazione si

<sup>28</sup> Cfr. A. ZACCARIA, *L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19*, in questa *Rivista*, 2020, p. 1154 s. Su detto tema v. in termini generali e per tutti i riferimenti, R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, 2ª ed., Bologna, 2021, 536 s.

<sup>29</sup> Un discorso diverso va fatto quando il contratto – come nel caso di affitto d'azienda o di un suo ramo – abbia per oggetto il godimento di un immobile produttivo destinato a un certo sfruttamento commerciale. Ebbene, se il provvedimento amministrativo ha temporaneamente vietato la pattuita tipologia di godimento particolare, sembra allora corretto argomentare che il *factum principis* abbia direttamente inciso sull'oggetto del contratto – prima ancora che sulla sua funzione pratica – il quale è in tal modo divenuto transitoriamente e parzialmente impossibile. Ne conseguirà l'applicazione dell'art. 1464 c.c.: cfr. Trib. Roma, 20 maggio 2020, in *Corr. giur.*, 2020, p. 1092 ss., con nota di S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*, *ivi*, p. 1095 ss., secondo cui «avendo la resistente potuto eseguire (pur senza colpa, ma per *factum principis*) dall'11 marzo al 18 maggio 2020 una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale» la ricorrente ha dunque «diritto ex art. 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale».

<sup>30</sup> In proposito L. MENGONI, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 355 s., rileva che «fino a quando la prestazione sia possibile, la pretesa di adempimento in natura non può essere sostituita con la



estingue – come se l'impossibilità temporanea declinasse in definitiva<sup>31</sup> – là dove l'impossibilità in parola si estenda fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non possa più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione, essendo essa non più idonea ad appagare l'interesse dell'avente titolo a conseguirla<sup>32</sup>.

La su citata regola, da cui traspare il favore verso la dottrina del fondamento negoziale, assicura un efficiente bilanciamento d'interessi antagonisti: da un lato libera il debitore diligente, permettendogli di non tenere impegnata la propria attività produttiva di beni o servizi o il proprio patrimonio oltre un limite ragionevole (tenuto conto della specificità della singola vicenda litigiosa), dall'altro legittima il creditore a rifiutare la prestazione divenuta tardivamente possibile allorché sia sfumato il suo interesse empirico alla prestazione. Si tratta dell'interesse informante di sé la causa concreta dello scambio, siccome definisce la situazione di vantaggio avuta di mira dal creditore, in vista della quale egli si determinò a stringere l'intesa<sup>33</sup>.

Per completare il discorso tenga a mente il lettore che, quantunque il codice ci offra, a ragion veduta, una definizione onnicomprensiva d'impossibilità sopravveniente<sup>34</sup>, si è soliti distinguere – in aderenza alla tradizione consegnataci dall'art. 1226 c.c. previg. – i fatti liberatori nel modo che segue: *a*) forza maggiore (*vis maior cui resisti non potest*); *b*) caso fortuito (evento estraneo alla realistica sfera d'influenza del debitore); *c*) *factum principis* (in tale categoria rientrano senz'altro i già menzionati provvedimenti antipandemici); *d*) fatto del terzo non evitabile utilizzando la diligenza richiesta dalla natura dell'impegno assunto dal debitore e dalla sua qualifica soggettiva.

Gli accadimenti così suddivisi in modo «sovrrabbondante»<sup>35</sup>, non si prestano a essere valutati per mezzo di lenti deformanti che ne focalizzino unicamente l'es-

---

pretesa di risarcimento dei danni, salvo, per le obbligazioni derivanti da contratto con prestazioni corrispettive, l'art. 1453, il quale consente alla parte non-inadempiente di domandare, anziché l'adempimento, la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni quando l'inadempimento dell'altra parte sia di notevole importanza».

<sup>31</sup> M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1975, p. 91.

<sup>32</sup> Cfr., in particolare, L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946)*, in *Temi*, 1946, 566 ss., ora in *Id.*, *Scritti*, II, cit., p. 10 s.

<sup>33</sup> V. L. NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2011, p. 57.

<sup>34</sup> G. BO, *Il diritto delle obbligazioni (parte generale)*, Genova, 1946 (rist.), p. 193 s. La scelta accolta dal legislatore del 1942 era fortemente auspicata da V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1915, p. 340; v. altresì A. ASCOLI, *Istituzioni di diritto civile. Corso dettato nella Regia Università di Roma*, Napoli-Genova-Città di Castello-Firenze, 1922, p. 208.

<sup>35</sup> A. ASCOLI, *op. e loc. cit.*

senza naturalistica, ma debbono essere inseriti nella cornice del singolo rapporto obbligatorio, in maniera da appurare se il loro sopraggiungere sia effettivamente estraneo alla sfera di controllo del debitore, il quale – in aderenza ai criteri di cui all'art. 1176 c.c. – deve predisporre un'organizzazione della propria impresa o delle proprie risorse finanziarie utile a contenere la forza estranea<sup>36</sup>.

Soltanto quando il contrasto implichi un impegno che va al di là dell'esigibile – com'è accaduto con riguardo allo *tsunami* (onde provocate da terremoti sottomarini) che nel dicembre 2004 si abbatté sulla coste del sudest asiatico<sup>37</sup> – si potrà asseverare la non imputabilità, ossia l'assenza di colpa. Lo stesso ragionamento, passando alla stringente attualità, vale con riguardo alla crisi pandemica, sulla cui imprevedibilità e straordinarietà non è possibile sollevare alcun tipo di seria obiezione. I provvedimenti amministrativi che ne sono conseguiti, rientranti – come dicemmo – nel fatto del principe, appaiono pertanto riconducibili nel novero degli accadimenti, il cui antecedente fenomenologico è il fatto della natura, i quali impediscono di trarre dalla prestazione del creditore (pur oggettivamente possibile) i benefici e le esternalità che – torniamo a ripetere – venano la ragione giustificativa (o *ratio essendi*) dello scambio (causa concreta o effettuale).

Si nega che l'atto amministrativo vietante l'oggetto della prestazione partecipi della natura di vicenda liberatoria nel caso in cui sia stato determinato dall'imprudenza del debitore, oppure quando sia dimostrato che esso sarebbe potuto essere neutralizzato, siccome illegittimo, tramite il ricorso all'autorità giurisdizionale<sup>38</sup>.

In conclusione, e fuori dei casi in cui è applicabile – come già rilevammo<sup>39</sup> – l'art. 1464 c.c., la dove l'utilizzo dell'immobile locato per l'esercizio dell'attività produttiva di beni o servizi sia stato provvisoriamente impedito dalle già evocate misure di contrasto all'epidemia, allora il rapporto obbligatorio è sospeso ai sensi dell'art. 1256, 2° comma, per tutto il periodo del confinamento. Va da sé che la menzionata sospensione importi la paralisi dell'obbligazione di pagamento del canone.

Quando, oltrepassata la quiescenza del vincolo e tenuto conto della natura del rapporto e della sua concreta ragion d'essere, il godimento dell'immobile appaia non più consentaneo ad appagare l'interesse del locatario oggettivo

<sup>36</sup> F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 33 s.

<sup>37</sup> Trib. Genova, 3 marzo 2007, in *DeJure*.

<sup>38</sup> Cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 300 p. ss. V., ad esempio, Cass., 19 ottobre 2007, n. 21973, in *Mass. Foro it.*, 2007; Cass., 28 novembre 1998, n. 12093, *ivi*, 1998; Cass., 22 febbraio 1954, n. 486, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 1209.

<sup>39</sup> V. sopra, nota 19.

nella *lex contractus*, si deve ritenere – secondo un orientamento – che egli sia legittimato a recedere<sup>40</sup>.

Senonché, l'interesse in questione non è meramente soggettivo o discrezionale, né può essere accostato al *propositum in mente retentum*, essendo invero correlato – si continui a osservare – al fondamento negoziale del rapporto, nel senso che la reviviscenza degli effetti del contratto innervata dalla fuoriuscita dallo stato d'inerzia di cui si è detto, non potrebbe più soddisfare la funzione pratica (causa concreta) del vincolo medesimo<sup>41</sup>. Ebbene, più che di recesso *ex lege* si dovrebbe parlare d'impossibilità sopravvenuta di natura funzionale preceduta dall'impossibilità transitoria, che opererebbe *ipso iure*. Per tale ragione, anche il locatore potrebbe farla valere, in quanto l'estinzione or ora descritta scaturirebbe dalla modulazione di una situazione transitoriamente impossibilitante destinata a commutarsi, stante la frustrazione del fondamento negoziale, in definitiva. Insomma, siamo al cospetto di un'impossibilità non già in senso naturalistico ma dinamico, ricadendo essa sull'attitudine della prestazione ad appagare l'interesse giuridico-economico per la cui soddisfazione le parti strinsero l'intesa<sup>42</sup>.

La norma in esame – giova conclusivamente precisare – prevede anche l'ipotesi che la prestazione, pur essendo utile per il debitore (in quanto assecondo il suo interesse sotteso dal regolamento obbligatorio), non sia più utile a realizzare l'interesse della controparte. Anche in questo caso l'interesse cui stiamo indugiando è quello che concorre a informare di sé la causa dell'accordo.

---

<sup>40</sup> Si veda G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, 2ª ed., Padova, 2005, p. 635

<sup>41</sup> R. CALVO *Diritto civile*, I, *Le obbligazioni*, Bologna, 2015, p. 145; L. NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, cit., p. 57. In senso conf. v. Cass., ord., 29 marzo 2019, n. 8766, in *Pluris*, secondo cui «l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta inutilizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione».

<sup>42</sup> Cfr. Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Pluris*; Cass., ord., 4 maggio 2015, n. 8867, *ibid.*

## Covid, impossibilità sopravvenuta e forza maggiore. Ambito e limiti

SOMMARIO: 1. Tre premesse: 1.1. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e il contenuto del relativo contenzioso. 1.2. Le forme di manifestazione dell'impossibilità sopravvenuta. 1.3. Gli approdi interpretativi – 2. La disciplina emergenziale: l'art. 91, comma 1, del decreto «Cura Italia». – 3. Tre percorsi ermeneutici. – 4. Focus sulle prime pronunce giurisprudenziali. – 5. Osservazioni conclusive.

### 1. Tre premesse

Gli effetti della pandemia sulle relazioni interpersonali hanno avuto, naturalmente, anche un significativo riverbero nel settore degli scambi e delle attività produttive; e ciò, soprattutto, a seguito delle misure urgenti adottate dal legislatore che, al fine di impedire o ridurre le occasioni di contagio, ha disposto la sospensione o il contenimento di numerose attività economiche, così finendo inevitabilmente per incidere sulla sorte dei correlati rapporti contrattuali.

In molti casi le misure adottate hanno modificato l'assetto delle corrispettive prestazioni, finendo per alternarne l'originario equilibrio; è così divenuta ben più che un'ipotesi la possibilità di attribuirvi quei caratteri di “straordinarietà ed imprevedibilità” che, per consolidata opinione<sup>1</sup>, fungono da requisiti per la sussistenza della forza maggiore.

Solo se integra gli estremi della forza maggiore, infatti, l'evento perturbativo del sinallagma è destinato a produrre effetti sul piano del rapporto contrattuale, poiché la legge – in diverse forme – ne fa conseguire l'esonero da responsabilità del debitore inadempiente.

---

<sup>1</sup> In difetto di una precisa definizione di “forza maggiore” nell'ordinamento italiano, e mutuando le categorie già adottate in ambito penale, la giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis* Cass. 25 maggio 2007, n. 12235) ha infatti affermato che essa consiste in un evento straordinario (in quanto obiettivamente anomalo) ed imprevedibile, avuto riguardo alla capacità conoscitiva ed alla diligenza dell'altro contraente.

In quest'ottica, le riflessioni che seguiranno sono volte a verificare se, ed in quale misura, le sopravvenienze fattuali e normative che hanno alterato il rapporto di corrispettività fra le prestazioni dedotte in contratto, caratterizzandosi come causa di forza maggiore, possano essere invocate come ragione di impossibilità sopravvenuta, e quali conseguenze ne derivino sui rapporti in essere; in tal senso, tuttavia, occorre svolgere tre considerazioni preliminari, che consentono di tracciare le coordinate entro le quali condurre la successiva indagine.

### **1.1. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e il contenuto del relativo contenzioso**

Secondo un'impostazione tradizionale, ed in linea con quanto previsto nell'ambito della disciplina generale delle obbligazioni (art. 1256, comma 1, c.c.), l'impossibilità sopravvenuta della prestazione comporta un'alterazione del sinalagma tale da determinare la risoluzione del rapporto contrattuale e la conseguente liberazione del debitore.

In linea di principio, pertanto, l'evento straordinario ed imprevedibile che rende impossibile l'adempimento assume una connotazione di particolare intensità e rilevanza, in quanto è destinato ad incidere sulla prestazione che si presenta come essenziale nell'economia del contratto<sup>2</sup>, o è comunque tale da rendere la controprestazione assolutamente priva di giustificazione<sup>3</sup>.

Si spiega così la scelta legislativa del solo rimedio caducatorio: in questi casi, infatti, la conservazione del contratto, per quanto astrattamente preferita dal legislatore, non consentirebbe un'adeguata tutela degli interessi della controparte.

Il panorama, come si vedrà fra breve, si presenta in realtà ben più variegato; ma intanto è possibile trarre una prima indicazione sulle tipologie di contenzioso che, di norma, scaturiscono dal rilievo dell'esistenza di una fattispecie di impossibilità sopravvenuta.

Si tratterà, infatti, di casi nei quali la parte colpita dalla sopravvenienza la invoca a fondamento di una domanda di risoluzione; o, più spesso, di casi nei quali la sopravvenienza viene dedotta come eccezione dal debitore convenuto per rispondere del suo inadempimento, e fonda una domanda riconvenzionale volta allo scioglimento del vincolo.

---

<sup>2</sup> Così BIANCA, *Diritto civile – La responsabilità*, Milano, 1994, 372-373, il quale, non a caso, sostiene la possibilità di un rilievo officioso della risoluzione; v. anche CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 2002, 153.

<sup>3</sup> Cfr. GALGANO, *Diritto civile – le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2013, 476.

## 1.2. Le forme di manifestazione dell'impossibilità sopravvenuta.

Ferme tali considerazioni, si deve tuttavia osservare che l'ordinamento non conosce un'unica ipotesi di impossibilità sopravvenuta; esso, piuttosto, tratteggia un sistema più articolato, con un quadro multiforme di presupposti ed effetti.

Esiste, anzitutto, l'ipotesi di «impossibilità *totale*» della prestazione (così definita dalla rubrica dell'art. 1463 c.c.), che si configura quando la specifica prestazione dedotta in contratto non può (mai più) essere eseguita.

Si tratta, per lo più, di casi riconducibili ad obbligazioni infungibili, quando non di carattere personale (emblematica, sul punto, è l'ipotesi relativa ai lavoratori dello spettacolo, un settore significativamente colpito dalle restrizioni anti-Covid<sup>4</sup>), in relazione alle quali – preso atto della non sostituibilità della prestazione divenuta impossibile – l'ordinamento non può che consentire il rimedio della risoluzione del contratto, con la restituzione dell'eventuale controprestazione già eseguita.

Vi è, poi, l'ipotesi di impossibilità *parziale* della prestazione, in relazione alla quale la disciplina generale delle obbligazioni consente al debitore di liberarsi «eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile» (art. 1258 c.c.); in questi casi, l'art. 1464 c.c. contempla un margine di tutela conservativa, attribuendo all'altra parte il «diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta», salvo consentirle il recesso dal contratto «qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale».

Infine, l'ordinamento prende in considerazione l'ipotesi di «impossibilità solo *temporanea*» (art. 1256, comma 2, c.c.); qui il debitore va esente da responsabilità per ritardo nell'esecuzione della prestazione finché perdura la situazione che lo

---

<sup>4</sup> Peraltro, proprio con riferimento a tale categoria di obbligazioni contrattuali – caratterizzate dall'assoluta personalità, e quindi dalla totale infungibilità, della prestazione – la normativa emergenziale ha escluso espressamente che il contraente colpito dalla sopravvenienza possa ottenere il rimedio risolutorio; in relazione ai «contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura», infatti, l'art. 88, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020 (Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito nella legge n. 27 del 24 aprile 2020), cd. *Cura Italia*, come modificato dall'art. 183, comma 11, del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito nella legge n. 77 del 17 luglio 2020), ha previsto che «la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta», a seguito dell'adozione dei provvedimenti restrittivi, comporti la «emissione di un *voucher* di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro 18 mesi dall'emissione», e che tanto comporti l'assoluzione dei «correlativi obblighi di rimborso», senza richiedere «alcuna forma di accettazione da parte del destinatario».

determina, e l'obbligazione si estingue solo se, in relazione al titolo o alla natura dell'oggetto, non può più ritenersi che il debitore sia obbligato ad eseguirla o che il creditore abbia interesse a riceverla.

Le misure di contenimento del contagio da Covid, con le quali il legislatore ha fronteggiato l'emergenza sanitaria disponendo la sospensione di numerose attività economiche, hanno regolato i relativi rapporti in modo prevalentemente transitorio e senza consolidamento dei relativi effetti<sup>5</sup>.

Pertanto, la circostanza che esse abbiano impedito l'esecuzione della prestazione parrebbe riconducibile alla terza delle ipotesi indicate, quantomeno laddove è rimasta la possibilità di eseguire la prestazione una volta trascorsa la fase di contenimento; in realtà, la concorrenza di ulteriori fattori – quali la sopraggiunta necessità di prorogare alcune misure, il perdurare dello stato di emergenza<sup>6</sup>, la sostanziale incertezza circa la possibilità di un'effettiva ripresa delle attività in alcuni settori – rende possibile anche la ricorrenza delle ulteriori ipotesi, con l'intera gamma dei correlati rimedi, che, nell'ottica della decisione delle relative controversie, potranno essere modellati in relazione alle peculiarità del caso concreto.

### 1.3. Gli approdi interpretativi

Alla sintetica illustrazione del quadro normativo è opportuno accompagnare anche alcune brevi indicazioni relative alla sua interpretazione, peraltro consolidate, in seno alla giurisprudenza ed alla dottrina, fin da epoca ben anteriore all'insorgere dell'emergenza pandemica.

È il caso, anzitutto, di sottolineare che la nozione di «impossibilità» della prestazione – in quanto riconducibile al sinallagma “funzionale” del contratto, ossia all'interdipendenza delle prestazioni nella sua attuazione – va ricondotta al tema della cd. causa concreta<sup>7</sup>; che la prestazione sia divenuta impossibile, pertanto, non significa necessariamente che il debitore non è più materialmente in grado di eseguirla, ma, piuttosto, che essa è destinata a non essere utilizzata

---

<sup>5</sup> Seppur in prevalenza e non esclusivamente, come nota GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *www.giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020, par. 1.

<sup>6</sup> V. da ultimo l'art. 1 del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche), che ha disposto la proroga dello stato di emergenza fino al 31 dicembre 2021.

<sup>7</sup> Cfr. espressamente BIANCA, *cit.*, 372; v. anche ROLFI, *La causa come “funzione economico sociale”: tramonto di un idolum tribus?*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564; DELLI PRISCOLI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, in *Contratti*, 2008, 241.

dall'altro contraente, il quale ha perduto ogni concreto interesse a riceverla, "verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione"<sup>8</sup>.

Tale considerazione pare destinata a dilatare il perimetro degli accadimenti che possono assumere rilevanza *sub specie*: basti pensare a tutti i casi nei quali il differimento temporale della prestazione, pur materialmente ancora possibile, non assume più alcuna concreta utilità per il creditore ancora non soddisfatto (si pensi, a titolo di esempio, al servizio di *catering* organizzato in occasione di una ricorrenza o all'appalto per la costruzione di uno stabilimento balneare da ultimare necessariamente prima dell'avvio della stagione estiva).

D'altro canto, occorre rilevare che, per comune opinione, in tale perimetro non può rientrare la condizione di impotenza finanziaria in cui sia venuto a trovarsi uno dei contraenti, impossibilitato, per sopraggiunta indisponibilità di risorse, a far fronte agli obblighi pecuniari a suo tempo assunti<sup>9</sup>.

È noto, infatti, che, nell'ambito delle obbligazioni aventi ad oggetto beni fungibili, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo escluso l'operatività del meccanismo estintivo proprio dell'impossibilità sopravvenuta, in virtù del principio *genus nunquam perit*<sup>10</sup>; in linea con tale impostazione, anche la dottrina afferma da tempo che, soprattutto nei contratti *business to business*, l'intervenuta condizione di impossidenza di uno dei contraenti si caratterizza come normale evenienza del rischio d'impresa<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cass. 29 marzo 2019, n. 8766; negli stessi termini, fra le altre, Cass. 10 luglio 2018, n. 18047.

<sup>9</sup> Sul punto si vedano GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 299; INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 2011, 13.

<sup>10</sup> Così, fra le altre, Cass. 15 novembre 2013, n. 25777; Cass. 30 aprile 2012, n. 6594. Il riferimento al principio compendiato dal noto brocardo trova il suo addentellato normativo nell'art. 2740 c.c., in base al quale il debitore, tenuto a far fronte all'obbligazione con tutti i suoi beni presenti e futuri, può trasformare in denaro le sue diverse utilità, se del caso anche a seguito di espropriazione forzata.

<sup>11</sup> Cfr., fra gli altri, BENEDETTI-NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Art. 1256*, in *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, a cura di Cuffaro, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2013, 677. In effetti, anche la normativa emergenziale adottata per fronteggiare gli effetti della pandemia non ha mai espresamente riguardato situazioni di ristrettezza finanziaria, eccezion fatta che per gli artt. 55 e 56 del citato decreto *Cura Italia*, relativi, rispettivamente, alla trasformazione dei DTA per le piccole e medie imprese in crediti di imposta ed alla sospensione o proroga dei finanziamenti bancari in favore degli stessi soggetti.



Pertanto, se l'impossibilità ad adempiere rileva nei suoi profili concreti, essa deve comunque avere natura materiale, e non meramente finanziaria.

## **2. La disciplina emergenziale: l'art. 91, comma 1, del decreto «Cura Italia»**

La disciplina codicistica, nella sua prevalente interpretazione, costituisce il tessuto normativo con il quale confrontarsi anche dopo l'esplosione della crisi sanitaria.

Il legislatore, infatti, non è intervenuto accordando nuovi rimedi alle parti del contratto le cui sorti sono state colpite dalle conseguenze della pandemia, ma, una volta disposte le restrizioni imposte dalle esigenze di tutela della salute e di profilassi, ne ha semplicemente regolati gli effetti in ambito economico, peraltro mediante ampio ricorso alla legislazione delegata.

Si è trattato di una scelta – per quanto oggetto di critiche anche da parte di alcuni autorevoli esponenti della dottrina giuspubblicistica<sup>12</sup> – che si colloca nel perimetro della disciplina fondamentale dell'esercizio delle attività economiche ricavabile dall'art. 41 della Costituzione; il quale ultimo, nell'affermare il principio di libertà dell'iniziativa economica privata, vieta, in ogni caso, che la stessa si svolga «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», affidando alla legge la determinazione di «programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Ed infatti, per i fini che qui interessano, una volta limitato lo svolgimento delle attività economiche, il legislatore ha inteso ricondurre le conseguenze del proprio intervento a canoni di maggiore equità sociale, prevedendo, all'art. 91, comma 1, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (cd. *Cura Italia*), che il rispetto delle misure di contenimento sia *sempre valutato* «ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

In tal modo, il rispetto delle misure di contenimento è stato espressamente preso in considerazione come un *dato di fatto*, da apprezzare nell'ambito della complessiva valutazione circa la possibile responsabilità del debitore in un rapporto contrattuale interessato dagli effetti della pandemia<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Fra gli altri si vedano i contributi di DE SIERVO, *Emergenza COVID e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. spec., 2020, 299; LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, 109.

<sup>13</sup> Così la relazione tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione n. 56 del 2020 (Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale), a cura di LEUZZI, reperibile su *www.cortedicassazione.it*; nella relazione si osserva che il legislatore non ha inteso escludere "l'evenienza di un debitore il quale, ancorché frenato dalle

### 3. Tre percorsi ermeneutici

Questa scelta legislativa dà accesso, nell'ambito della nostra indagine, a tre diverse ipotesi interpretative.

Si potrebbe anzitutto sostenere, valorizzando l'utilizzo del lemma "*sempre*" da parte del legislatore, che essa imponga di ritenere che il rispetto delle misure di contenimento debba comunque e in ogni caso considerarsi come circostanza idonea ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento, o – quantomeno – a condurre ad una diversa quantificazione del danno ad esso conseguente.

Nel primo caso, l'esplicito riferimento all'art. 1218 c.c., che stabilisce una presunzione di imputabilità dell'inadempimento a carico del debitore, varrebbe evidentemente ad ascrivere la mancata esecuzione della prestazione ad una ragione di impossibilità sopravvenuta; il debitore sarebbe pertanto liberato dall'obbligazione, destinata ad estinguersi per una ragione diversa dal suo inadempimento.

Diversi ed evidenti sono i punti deboli di questa impostazione.

Anzitutto, essa parrebbe non tener conto della ricordata distinzione fra prestazioni fungibili ed infungibili, nell'ottica della sussistenza di una valida ragione di impossibilità; la norma, infatti, si limita ad indicare il «rispetto delle misure di contenimento», senza precisare se tale locuzione debba intendersi riferita alle sole attività che divengono non più materialmente eseguibili, ovvero anche alla situazione di mera impossidenza che sia mediatamente riconducibile alle restrizioni disposte *ex lege*<sup>14</sup>.

Ancora, nel richiamare indistintamente tanto l'art. 1218, quanto l'art. 1223 c.c., la previsione non consente di tracciare una chiara linea di demarcazione fra sopravvenienze idonee a far estinguere l'obbligazione e circostanze che influiscono soltanto sulle conseguenze dell'inadempimento, determinando la riduzione del danno risarcibile; e, a fronte di un tale tenore letterale della norma, diviene difficile attribuirle il chiaro valore precettivo che, in tesi, ne verrebbe fatto discendere.

Da ultimo, si deve osservare che la norma, in realtà, altro non fa che richiamare previsioni già contenute nell'ordinamento: al debitore, infatti, è sempre e comunque consentito di invocare l'esistenza di circostanze idonee ad escluderne

---

prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento, poiché qualora si fosse adoperato secondo ordinaria diligenza, avrebbe potuto esattamente adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose".

<sup>14</sup> Si pensi, ad esempio, ai diversi casi (tema sul quale si tornerà in seguito, cfr. par. 4.4) dell'albergatore impossibilitato ad ospitare clienti durante il periodo di chiusura forzata per effetto del *lockdown*, ed al contempo impedito al pagamento delle prestazioni ricevute dai propri fornitori, in quanto la stessa chiusura lo ha privato delle risorse finanziarie a ciò normalmente destinate.

la responsabilità contrattuale, vincendo la presunzione di cui all'art. 1218 c.c., ovvero di non risarcire i danni che non conseguano in modo immediato e diretto alla propria condotta.

Anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 91, comma 1, pertanto, il debitore parrebbe sempre tenuto a dimostrare che il suo inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili – vale a dire dal dovuto rispetto delle misure restrittive adottate – e che non vi erano strade alternative, percorribili con l'uso dell'ordinaria diligenza, per soddisfare l'interesse della controparte<sup>15</sup>.

Una seconda opzione ravvisa nella norma in parola una regola comportamentale che le parti sono destinate ad osservare, e che attribuisce una più marcata efficacia alla clausola *rebus sic stantibus*, sottesa ad ogni contratto a prestazioni corrispettive.

In altri termini, l'art. 91, comma 1, suggerirebbe la necessità di una rinegoziazione degli assetti del contratto alla luce del mutato quadro fattuale di riferimento; la disposizione in questione finirebbe, così, con l'introdurre nell'ordinamento una sorta di *hardship clause* – ben nota al sistema del commercio internazionale, ma sconosciuta all'ordinamento domestico<sup>16</sup> – idonea a far sorgere un obbligo delle parti di rimodellare il contenuto del contratto.

Una tale ricostruzione trova il suo addentellato normativo nel dovere di buona fede oggettiva, che si atteggia a canone tanto esecutivo quanto interpretativo del contratto; esso fa carico a ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse dell'altra parte, ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, affinché il rispetto letterale delle pattuizioni non si traduca in un'ingiustizia sostanziale.

Secondo tale impostazione, il dogma della forza di legge del contratto, contenuto nella regola espressa dall'art. 1372 c.c. e riconducibile al principio *pacta sunt servanda*, meriterebbe di essere in certa misura temperato dalla clauso-

---

<sup>15</sup> Si veda ancora, sul punto, la menzionata Relazione n. 56 del 2020, diffusamente ed in particolare a pag. 9.

<sup>16</sup> Le *hardship clauses*, elaborate dalla ICC nel 2003, sono pattuizioni diffuse nella contrattualistica internazionale con lo scopo di consentire alle parti una rinegoziazione dei termini del contratto per adeguarlo a eventuali e significativi mutamenti dello stato di fatto che determinino uno squilibrio nel rapporto economico; tali clausole prevedono di norma che, ove le trattative non abbiano buon esito, possa intervenire un terzo incaricato di promuovere un nuovo accordo, al cui mancato raggiungimento è consentito chiedere la risoluzione del contratto. Sul tema, in gen., v. BERNARDINI, *Hardship e Force Majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell e Bonelli, Milano, 1997; FERRARI F. – LEIBLE, *Rome I Regulation. The law applicable to contractual Obligation in Europe*, Monaco, 2009. Nel sistema domestico, possono essere accostate alla *hardship clause* (ancorché solo sotto il profilo della *ratio*, e non *quoad effectum*) le disposizioni codicistiche che consentono l'adeguamento del contratto ad eventuali mutamenti del tessuto economico di riferimento, quali l'art. 1623 c.c. in tema di affitto, l'art. 1664, comma 1, c.c. in tema di esecuzione della prestazione data in appalto,

la *rebus sic stantibus*; solo ove intesi in questi termini, infatti anche i rapporti di scambio consentirebbero di dare efficacia al dovere di solidarietà enunciato dall'art. 2 della Costituzione.

Nello specifico frangente dell'emergenza pandemica, in particolare, si dovrebbe evitare di fare in modo che le condizioni in cui si trova il Paese restino prive di effetto sulle regole operative dei contratti e della relativa responsabilità; si dovrebbe, invece, attribuire il giusto rilievo allo stato di sofferenza che il rapporto subisce per cause indipendenti dalla volontà delle parti, in un'ottica chiaramente improntata alla protezione del contraente più debole<sup>17</sup> e, comunque, al principio di conservazione del contratto.

Una tale impostazione esclude che la restrizione normativa determini l'estinzione dell'obbligazione, come tipicamente dovrebbe accadere ove fosse ritenuta ragione di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

E tuttavia, restano oscuri i termini di percorribilità di un siffatto “contemperamento” fra la regola di vincolatività del contratto e la clausola *rebus sic stantibus*. In assenza, infatti, di un riconoscimento ordinamentale della *hardship clause*, si tratterebbe – come si è accennato – di ipotizzare l'esistenza di un obbligo delle parti alla rinegoziazione del contratto, ma senza alcuna chiarezza circa la base legale di tale operazione, non certamente evincibile dal canone di buona fede in sé considerato<sup>18</sup>.

Sembra pertanto più agevole prospettare che il mutamento del quadro fattuale conduca le parti a chiedere che il giudice proceda al riequilibrio del sinalgma, con un intervento destinato a ricondurre il rapporto negoziale ad equità, conformemente a quanto previsto dall'art. 1374 c.c.

Di qui prende le mosse la terza opzione interpretativa, che individua nella disposizione emergenziale l'offerta di un'indicazione ermeneutica al giudice chiamato a conoscere della vicenda interessata dal provvedimento restrittivo

---

<sup>17</sup> In tema v. BENEDETTI, *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana* (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020), in *revista-aji.com*, 12, maggio 2020, I; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020. In gen., sul principio solidaristico in ambito contrattuale, v. ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2018, 57; DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 7.

<sup>18</sup> In proposito, la Relazione n. 56 del 2020 (pagg. 22 ss.), pur richiamando – e condividendo – le autorevoli opinioni dottrinali espresse, anche in epoca anteriore alla pandemia, in favore dell'esistenza di un obbligo a rinegoziare, ne evidenzia alcuni punti critici in relazione al contenuto (che, assume, non potrebbe mai spingersi al di là del dovere “*di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente*”, senza giungere a quello “*di concludere il contratto modificativo*”, cfr. pag. 25), ed alla praticabilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., coessenziale a tutti gli obblighi a contrarre, per l'assenza di una predeterminazione dell'oggetto del contratto da concludere (pag. 27).

e, pertanto, a pronunziarsi sulla denuncia dell'inadempimento di una delle parti.

La norma in parola, lungi dal fornire indicazioni vincolanti<sup>19</sup>, si limiterebbe ad enunciare un criterio al quale improntare la valutazione delle condotte dei contraenti in lite, mantenendo fermo il tradizionale criterio di riparto dell'onere di allegazione e prova<sup>20</sup>; del resto, com'è stato acutamente osservato, la stessa previsione di cui all'art. 41, comma 2, Cost. – secondo cui l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana» – affida al giudice il potere di specificare questi concetti indeterminati nel singolo caso controverso<sup>21</sup>.

#### 4. Focus sulle prime pronunce giurisprudenziali

Dei diversi percorsi ermeneutici appena descritti, quest'ultimo appare maggiormente persuasivo anche sulla base delle prime applicazioni dell'art. 91, comma 1, del decreto *Cura Italia* da parte dei giudici di merito; poiché, peraltro, le relative pronunzie prendono in considerazione anche le opzioni alternative, conviene qui passarle in breve rassegna, per illustrare i possibili, differenti approcci al tema.

La tesi secondo cui l'art. 91, comma 1, designerebbe una sorta di "ipotesi normativa" di impossibilità sopravvenuta è presa in esame, seppur *per incidens* e con un sostanziale ripudio, da un'ordinanza del Tribunale di Roma, che affronta anche il tema della buona fede integrativa<sup>22</sup>.

Nel caso di specie, la società affittuaria di un ramo d'azienda – nella quale svolgeva attività di commercio al dettaglio di beni, oggetto di sospensione per effetto del *lockdown* disposto sull'intero territorio nazionale da marzo a maggio 2020 – aveva chiesto con ricorso in via d'urgenza di essere autorizzata a sospendere il pagamento dei canoni.

La società, in particolare, sosteneva che il sopravvenuto quadro fattuale e normativo costituisse ragione di impossibilità della prestazione, impedendole lo sfruttamento del complesso dei beni aziendali; assumeva, perciò, che il con-

---

<sup>19</sup> Contrariamente a quanto si è verificato, invece, in relazione ai contratti di locazione per effetto di quanto disposto dall'art. 216, comma 3, del cd. decreto-rilancio.

<sup>20</sup> Sul punto può farsi riferimento a Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533 ed alle numerose altre seguenti.

<sup>21</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *www.giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

<sup>22</sup> Trib. Roma, sez. V, 29 maggio 2020, est. Miccio, in *condominioelocazione.it*, 16 settembre 2020, con nota di TARANTINO.

cedente fosse tenuto a rivedere il contenuto degli accordi, in applicazione del principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

Quanto alla possibile esistenza di un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, il Tribunale ha anzitutto escluso che l'art. 91, comma 1, del decreto "Cura Italia" comporti un automatico esonero da responsabilità del debitore; secondo l'ordinanza, si potrebbe al più sostenere che, nel prescrivere la necessaria valutazione del rispetto delle misure di contenimento, la norma emergenziale *«incide sull'obbligo del debitore inadempiente di risarcire il danno causato dal proprio tardivo o mancato adempimento, ma senza liberare il debitore dai propri obblighi contrattuali, né tantomeno rendere possibile l'estinzione dell'obbligazione»*.

Il giudice romano ha pertanto inquadrato il caso nell'ambito della disciplina codicistica dell'impossibilità sopravvenuta, ritenendo sussistente un'ipotesi di impossibilità tanto parziale (perché avente ad oggetto solo alcune delle prestazioni che caratterizzavano il rapporto concessorio, ovvero la messa a disposizione di locali atti al commercio) quanto temporanea (poiché la misura restrittiva aveva efficacia limitata nel tempo); coerentemente, ha stabilito che la società ricorrente avrebbe avuto diritto alla riduzione del canone ex art. 1464 c.c. per tutto il tempo di protrazione della chiusura.

Quanto invece alla rilevanza del principio di buona fede, il Tribunale ha ritenuto che dallo stesso non possa mai conseguire un obbligo, per le parti, di rinegoziare il contenuto del contratto.

Secondo l'ordinanza, infatti, la buona fede *«si atteggia come un obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del neminem laedere, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte»*<sup>23</sup>; ma tale obbligo non può essere dilatato *«sino a toccare in modo sensibile le obbligazioni principali del contratto, a partire dai tempi e dalla misura di corresponsione del canone»* senza con ciò minare irreversibilmente il principio di stabilità degli effetti del negozio.

Su quest'ultimo tema è giunta invece ad esiti opposti una diversa ordinanza del Tribunale di Roma, successiva di alcuni mesi a quella appena menzionata, che ha affermato l'idoneità delle misure straordinarie ad incidere sul contenuto del contratto anche al di là della volontà originariamente manifestata dalle parti<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Sul punto è correttamente richiamata Cass. 7 giugno 2006, n. 13345.

<sup>24</sup> Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, est. Grauso, in *il processocivile.it*, 28 settembre 2020, con nota di DI MARZIO M.

In questo caso, il Tribunale era stato investito da un ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto dal conduttore di un immobile ad uso commerciale, adibito ad attività di ristorazione, che domandava la sospensione del proprio obbligo di pagamento dei canoni locativi – con contestuale inibizione dell’escussione, da parte del locatore, della fidejussione ottenuta a garanzia – sul presupposto della propria impossibilità ad utilizzare l’immobile durante il *lockdown*.

Pur senza confrontarsi espressamente con il contenuto del decreto “*Cura Italia*”, l’ordinanza prende le mosse dall’assunto in base al quale «*in mancanza di clausole di rinegoziazione, i contratti a lungo termine, in applicazione dell’antico brocardo rebus sic stantibus, devono continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatte le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio*»; e ciò in applicazione di una «*clausola generale di buona fede e correttezza*», avente «*la funzione di rendere flessibile l’ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore*», e del «*principio di solidarietà sancito dall’art. 2 della Carte costituzionale*».

Ad avviso del Tribunale, il fatto stesso che il legislatore sia intervenuto per far fronte alla crisi economica causata dalla pandemia designa la necessità che, in forza di tale dovere solidaristico, le parti si attivino per riportare i contratti in essere «*entro i limiti dell’alea normale*», e perciò di «*addivenire a nuove trattative*»; la mancata ottemperanza di una delle parti a tale obbligo, pertanto, costituisce valida ragione per fare ricorso alla «*buona fede integrativa*», e, nella specie, per ridurre il canone in misura corrispondente alla durata del *lockdown*, con la contestuale sospensione dell’efficacia della garanzia fidejussoria.

In senso nettamente contrario alla tesi che adombra la sussistenza di una forma peculiare di impossibilità sopravvenuta *ex lege* si attesta, poi, la decisione con la quale il Tribunale di Milano ha respinto il ricorso in via d’urgenza del conduttore di un immobile commerciale, volto ad inibire l’escussione della garanzia autonoma da parte del locatore dopo il mancato versamento dei canoni per il periodo immediatamente successivo al *lockdown*<sup>25</sup>.

Il ricorrente sosteneva che la chiusura forzata dell’attività avesse reso impossibile il godimento dell’immobile commerciale, liberandolo dall’obbligo di versare il canone, o comunque legittimandolo, ex art. 1460 c.c., a rifiutare la controprestazione in mancanza di una rinegoziazione del contratto alla luce di quanto accaduto; a suo dire, pertanto, il fatto che per tale periodo il locatore avesse comunque escusso il garante per un importo corrispondente ai canoni

---

<sup>25</sup> Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2000, est. Macripò, in *Banca borsa*, 5, 2020, 762, con nota di DOLMETTA.

non pagati configurava un abuso del diritto, facendo altresì emergere il carattere doloso dell'escussione dei canoni successivi.

Su tali premesse argomentative, il Tribunale di Milano ha anzitutto rilevato che la normativa emergenziale, nel suo complesso, contiene diverse misure atte a fronteggiare la crisi economica anche nell'ambito dei contratti commutativi e di durata, senza però mai disporre per l'automatica estinzione delle obbligazioni di pagamento.

In tale quadro, secondo il Tribunale, si colloca anche il decreto "Cura Italia" nel prevedere che il rispetto delle misure di contenimento sia sempre valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore: una tale previsione, infatti, disciplina gli effetti giuridici dell'inadempimento e, dunque, «*presuppone che inadempimento vi sia stato e che l'obbligazione non si sia estinta per effetto delle misure di prevenzione e contenimento*».

Per questa stessa ragione, l'ordinanza ha escluso che il rifiuto del locatore di procedere ad una rinegoziazione del contratto costituisse in sé condotta abusiva, e perciò caratterizzasse l'escussione del garante in termini che giustificassero la proposizione, da parte del debitore, dell'*exceptio doli generalis* necessaria a paralizzare l'operatività della garanzia autonoma; di qui, secondo il giudice, l'irrilevanza di ogni ulteriore considerazione circa la possibile esistenza di un obbligo di rinegoziazione riconducibile alla clausola generale di buona fede.

Si attesta, infine, in termini chiaramente adesivi alla terza ipotesi interpretativa, rimarcando la permanente validità della regola probatoria evincibile dall'art. 1218 c.c., un'ordinanza del Tribunale di Brescia resa nell'ambito di un rapporto di somministrazione<sup>26</sup>.

Nella fattispecie, un consorzio di imprese alberghiere operanti all'interno delle terme di Sirmione aveva chiesto al tribunale di ordinare in via d'urgenza alla concessionaria regionale per lo sfruttamento delle acque l'immediato ripristino del servizio di somministrazione, che quest'ultima aveva interrotto dopo essersi avvalsa della clausola risolutiva espressa prevista in contratto per il caso di mancato pagamento del canone periodico.

Le imprese ricorrenti evidenziavano che la chiusura forzata di tutte le attività alberghiere aveva comportato, per loro, una forte crisi di liquidità, con conseguente incapacità di far fronte ai pagamenti durante il corrispondente periodo; ciò, per un verso, aveva costituito ragione di impossibilità sopravvenuta della loro obbligazione pecuniaria ma, per altro verso, aveva reso impossibile, seppur solo temporaneamente, anche l'utilizzo della controprestazione della somministrante. Pertanto, il rifiuto di quest'ultima di sospendere l'esecuzione del con-

---

<sup>26</sup> Trib. Brescia, sez. fer., 11 agosto 2020, est. Ambrosoli, in *Dejure*.



tratto durante il periodo di forzata chiusura delle attività alberghiere appariva contrario a buona fede.

Il Tribunale ha rilevato, anzitutto, che in linea generale l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta non può riguardare il pagamento del prezzo dell'acqua termale, «*giacchè l'impossibilità oggettiva della prestazione ex art. 1256 c.c. può verificarsi per consegna di cose determinate o di genere limitato e non per prestazioni pecuniarie*».

Ferma tale premessa, ha comunque ipotizzato l'astratta idoneità della previsione contenuta nel decreto "*Cura Italia*" ad attivare un tale meccanismo estintivo anche per l'inadempimento degli obblighi pecuniari; e, tuttavia, ha osservato che tale norma non contempla una ragione di esonero da responsabilità che opera automaticamente per il fatto notorio dell'emergenza sanitaria, ma richiede pur sempre che il debitore svolga specifiche e puntuali allegazioni in ordine alle circostanze di fatto che avrebbero spiegato un effetto impeditivo dell'adempimento.

Nella specie, pertanto, il giudice ha ritenuto insufficiente l'evocazione, da parte delle imprese somministrate, di una «*generale difficoltà del sistema economico e del settore turistico*», che avrebbe «*determinato una pesante crisi di liquidità sia per gli imprenditori di piccole dimensioni e in generale tutti coloro che vivono principalmente di flussi di cassa*» e perciò «*la difficoltà, se non l'impossibilità, di far fronte ai pagamenti nel periodo di sospensione del commercio*»; sarebbe stata invece necessaria, da parte delle ricorrenti, una specifica documentazione delle loro condizioni finanziarie, dalla quale potesse trarsi come conseguenza verosimile la circostanza che fosse divenuto impossibile persino il pagamento delle prestazioni erogate dalla somministrante, il cui valore ammontava ad importi sensibilmente inferiori al loro normale fatturato mensile, avuto anche riguardo alla dimensione delle imprese ed al periodo durante il quale si erano protratte le restrizioni.

## 5. Osservazioni conclusive

L'esame delle prime pronunzie, nel quadro delle considerazioni che precedono, consente la formulazione di tre considerazioni di sintesi.

In primo luogo, va rilevato che l'ipotesi di un effetto *totalmente* estintivo dell'obbligazione, che caratterizza la fattispecie dell'impossibilità totale della prestazione, si configura nel frangente pandemico come evenienza piuttosto rara; e ciò sia perché, come si è visto, gli interpreti tendono ad escludere la ricorrenza di tale fattispecie (con riferimento tanto alla disciplina codicistica, quanto alla normativa emergenziale), sia perché, in ogni caso, quello "caducatorio puro" è

un rimedio vissuto dalle parti come inappagante, a fronte della possibilità di percorrere strade alternative che consentano la parziale conservazione del contratto.

In secondo luogo, ed in termini che discendono da quanto appena evidenziato, è comunque ben possibile che le parti non siano in grado percorrere tali strade in autonomia, procedendo esse stesse ad un riassetto del sinallagma; né soccorre, in tal senso, la norma emergenziale, la quale, se anche può intendersi come introduttiva di un obbligo di tal fatta, non ha certo consentito – come si è visto – di enuclearne contenuto e termini.

Decisivo, allora, rimane il ruolo del giudice, chiamato a farsi interprete non solo dell'effettiva volontà delle parti (e ad una verifica della "tenuta" dei relativi interessi a fronte del mutamento del quadro fattuale di fondo, causato dalla crisi sanitaria), ma anche del contenuto del loro dovere di cooperare alla realizzazione dell'affare, e quindi al perseguimento dei fini propri di quell'originaria volontà, alla luce degli eventi che ne hanno fortemente modificato lo sfondo.

Il giudice del contenzioso (e qui il terzo rilievo) diviene, così, essenzialmente il giudice del sinallagma: la soluzione delle controversie originate dalla pandemia evidenzia un proprio *focus* non già nell'accertamento del presupposto emergenziale – tutto sommato piuttosto agevole – bensì nell'individuazione del più giusto assetto fra prestazione e controprestazione, in un'ottica caratterizzata dal bilanciamento fra il contenuto delle originarie pattuizioni ed il dovere di solidarietà sociale che permea anche il settore degli scambi, nella cui ottica si può giungere alla rilettura dei rispettivi interessi, allo scopo di adottare la soluzione più adeguata alla concreta fattispecie.



## Il perimetro dell'eccessiva onerosità sopravvenuta: cornice teorica, quadro empirico, tecniche rimediali

SOMMARIO: 1. Emergenza sanitaria e disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'ordinamento italiano. – 2. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. – 2.1. Ambito di applicazione e presupposti. – 2.2. Profili processuali. – 3. L'offerta di modifica del contratto. – 3.1. L'offerta di modifica dei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte. – 4. Le ipotesi "tipizzate" di adeguamento dei contratti. – 5. Le clausole di rinegoziazione. 6. L'obbligo legale di rinegoziazione.

### 1. Emergenza sanitaria e disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'ordinamento italiano

La disciplina, nell'ordinamento italiano, dell'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>1</sup> – ossia del sopraggiungere, nel corso dell'esecuzione dei contratti di durata (e, in generale nei contratti che prevedono un certo intervallo di tempo tra conclusione dell'accordo e completa esecuzione del rapporto), di circostanze che turbano l'originario equilibrio contrattuale – è stata ed è, anche attualmente, oggetto di un vivace dibattito in dottrina.

Da tempo, infatti, la dottrina italiana ha richiamato l'attenzione sull'opportunità di ammettere (in aggiunta alla risoluzione prevista specificamente dall'art. 1467 c.c.) la revisione dei contratti, specie se di durata; la sopravvenienza contrattuale può infatti determinare un incremento dei costi o delle difficoltà di esecuzione, con conseguente necessità di ristabilire l'originario equilibrio contrattuale<sup>2</sup>.

Ciò, dunque, anche prima dell'emergenza sanitaria rappresentata dalla diffusione pandemica del "Coronavirus" e, in particolare, quando il dibattito è stato

---

<sup>1</sup> Sul cui fondamento v. E. GABRIELLI, *Dell'eccessiva onerosità*, commento agli artt. 1467, 1468 e 1469 c.c., in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 626 ss.

<sup>2</sup> In tal senso, P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 11, 2440.

ravvivato, oltre che dalle riflessioni sulle regole giusprivatistiche durante i periodi di crisi economica, dal disegno di legge delega, di matrice governativa, per la riforma del codice civile (d.d.l. n. 1151/2019)<sup>3</sup>, che mira a rivedere anche la disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta tramite l'introduzione "ex lege" di un obbligo di rinegoziazione del contratto secondo buona fede, prevedendo, in caso di mancato accordo, l'adeguamento giudiziale delle condizioni contrattuali per ripristinare la proporzione fra le prestazioni originariamente convenute dalle parti (art. 1, co.1, lett. i)<sup>4 5</sup>.

Ma è proprio l'emergenza Covid<sup>6</sup> che ha dimostrato che il contratto che non abbia previsto le sopravvenienze possa apparire iniquo in ragioni di circostanze concrete che attengono all'economia delle parti, le quali subiscono le sopravvenienze ma non vogliono la risoluzione del contratto<sup>7</sup>.

In altre parole, quando il dibattito su buona fede e sopravvenienze, nel quale

---

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 1, co.1, lett. i), del d.d.l. n. 1151/2019, in *www.senato.it*, "Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: ...prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti".

Secondo F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2/2020, 131 s., "Dovrebbe trattarsi, ove mai la riforma vedrà la luce, di un'integrazione (piuttosto che di una mera revisione) della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, che tuttavia imporrebbe una modifica dell'intitolazione del relativo "capo" (il XIV del Titolo II), nel senso di esplicitare la rinegoziazione, l'adeguamento e, da ultimo, la risoluzione del contratto a seguito di eventi straordinari (quale sinonimo dell'espressione "eccezionali" ora utilizzata dal DDL) e imprevedibili".

<sup>4</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche* diretto da R. Sacco, agg. XII, (A-Z), Torino, 2019, 98.

<sup>5</sup> All'inizio degli anni '90 del XX secolo la letteratura in materia era pressochè assente e la poca giurisprudenza al riguardo era per lo più contraria. Sembrava in altre parole un'eresia parlare di revisione del contratto, specie al di fuori dei casi specificamente previsti da parte del legislatore. Ciò pur avendo il codice civile italiano del 1942, innovando rispetto al codice previgente del 1865, nonché al Code Napoleon del 1804 ed al BGB del 1900, già compiuto un grosso passo in avanti rispetto ai codici ottocenteschi, disciplinando in modo specifico i rimedi equitativi, vale a dire la rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.), nonché la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.); in tal senso, P. GALLO, *op. cit.*, 2440.

<sup>6</sup> Secondo P. GALLO, *op. cit.*, 2445, il Covid costituisce senza dubbio un evento di carattere straordinario ed imprevedibile, tale da integrare gli estremi della sopravvenienza contrattuale.

<sup>7</sup> G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?* in *Giur. it.*, 2020, 11, 2438.

sono state espresse molteplici impostazioni teoriche e metodologiche, sembrava avere esaurito la propria forza propulsiva, la pandemia da CoViD-19 ha portato ad interrogarsi nuovamente su tali temi, in ragione delle conseguenze che essa ha sia sul modo di interpretare specifiche disposizioni, sia sul modo stesso di concepire il diritto e la funzione del giurista.

È infatti evidente che la pandemia ed i conseguenti provvedimenti presi dalle autorità competenti impattino in maniera determinante sui contratti in essere, incidendo sul rischio contrattuale<sup>8</sup>.

Le misure di contenimento hanno potuto sbilanciare, in via definitiva, l'economia del negozio, vuoi impegnando *ultra vires* una parte nell'esecuzione delle prestazioni che la gravano, vuoi impedendole di trarre dal rapporto le utilità in considerazione delle quali il contratto è stato concluso<sup>9</sup>.

Dunque l'emergenza sanitaria porta ad interrogarsi nuovamente, ad esempio, su quali siano i rimedi che l'ordinamento italiano appresta nel caso di eventi sopravvenuti (straordinari ed imprevedibili) che rendano la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa alterando, così, l'equilibrio contrattuale.

Ciò tenuto conto che nel nostro ordinamento l'attuale panorama rimediabile a tutela della parte colpita dalla eccessiva onerosità sopravvenuta è rappresentato, al netto dei rimedi convenzionali (clausole di rinegoziazione) e, ovviamente, della rinegoziazione volontaria, dal rimedio estintivo del rapporto originario (la risoluzione) e da altri rimedi manutentivi previsti da singole disposizioni di legge.

---

<sup>8</sup> In tali esatti termini, R. FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contratto e impresa*, 4/2020, 1661.

<sup>9</sup> S. LEUZZI, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*. Relazione tematica n. 56/2020 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo – Corte Suprema di cassazione, 4, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), che pone in evidenza come, nei più disparati settori, che vanno dall'energia alla sanità, dai trasporti al turismo, dagli alimentari al terziario, pare evidente che dall'emergenza sanitaria, economica e sociale accesa su scala mondiale dal Covid-19 stia germinando conseguenze che esondano dagli argini della congiuntura finanziaria sfavorevole; dette conseguenze finiscono per riportare nei casi concreti tratti di straordinarietà, imprevedibilità e inevitabilità tanto marcati ed eloquenti da legittimare la parte pregiudicata ad agire in giudizio per la risoluzione del contratto squilibrato, tanto in ragione dell'inusuale aumento di una o più voci di costo della prestazione da eseguire (c.d. "eccessiva onerosità diretta"), quanto a causa della speciale diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere (c.d. "eccessiva onerosità indiretta").

Per un'ampia disamina dei paragrafi di tale relazione riguardanti l'obbligo di rinegoziazione, v. M. MANELLI, *Sopravvenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 562020*, in *Contratti*, 2/2021, 162 ss.

L'attenzione va focalizzata, pertanto, si ribadisce, sul se, oltre alla risoluzione disciplinata dall'art. 1467 c.c.<sup>1</sup>, e al di fuori dei rimedi conservativi previsti espressamente dalla legge, vi siano altri strumenti volti a mantenere in vita il contratto<sup>2</sup>.

Ciò, soprattutto, nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità ragion per cui, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. è stata chiamata in causa per quelle prestazioni contrattuali, di per sé non inibite dalla normativa emergenziale, ma rese più difficoltose dalla situazione corrente, che potranno rivelarsi più onerose per ragioni legate al rallentamento degli scambi e alle variazioni determinate dall'emergenza sanitaria in termini di costi. Cfr., in tal senso, C. PARIS, *La gestione delle sopravvenienze nella contrattazione d'impresa: la rinegoziazione fondata sulla clausola generale di buona fede in funzione valutativa nell'epoca del Coronavirus*, in *Studium juris*, 2021, 3, 1057 ss., che richiama, sul punto, la ricognizione casistica (operata dall'Associazione Civilisti Italiani nel documento "Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia" pubblicato in [www.civilistiitaliani.eu](http://www.civilistiitaliani.eu)) dell'incidenza delle misure restrittive e della crisi economica scatenata dalla pandemia sui rapporti contrattuali, e rileva come allo stato attuale non esista, nel contesto di pandemia da Coronavirus, un orientamento giurisprudenziale consolidato in base al quale la parte, che si trovi in stato di crisi per effetto delle misure di contenimento, possa invocare la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

<sup>2</sup> Cfr. A. PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 3/2020, 1192, che rileva come la dottrina che ha cominciato ad occuparsi di questa tematica si sia già posta il problema di stabilire se occorra un intervento specifico ulteriore del legislatore volto a introdurre nuove regole in funzione del riequilibrio dei rapporti contrattuali, per redistribuire il rischio dell'evento Coronavirus fra le parti e per ridurre il contenzioso giudiziale, oltre alla legislazione emergenziale già approvata o se, invece, sia sufficiente il richiamo alle norme contenute nel codice civile, al fine di trovare i rimedi al contenzioso. Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corriere Giur.*, 2020, 5, 581 ss., sarebbe preferibile affidare al legislatore il ruolo di introdurre le regole in grado di offrire una risposta alle conseguenze, in termini di sopravvenienze contrattuali, dell'emergenza legata alla pandemia.

Sulla inadeguatezza, però, al riguardo, di alcuni interventi normativi riguardanti le locazioni commerciali, v. V. CUFFARO, *Rinegoziare, ricontrattare: rideterminare il canone? Una soluzione inadeguata*, in *Corriere Giur.*, 2021, 7, 954 ss.; cfr., sempre in tema di incidenza della pandemia sui contratti di locazione, sugli interventi normativi in materia e sulle soluzioni prospettate al riguardo in dottrina e giurisprudenza, F. TRONCONE, *L'emergenza Covid-19 e la sua incidenza sui contratti di locazione*, in *Studium juris*, 2021, 7-8, 850 ss.

<sup>3</sup> In tali termini, S. LEUZZI, *op. cit.*, 6. Secondo F. MACARIO, *Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte "urgenti" della giurisprudenza*, in *Contratti*, 5/2020, 529, "...occorre una volta di più prendere atto dell'inevitabilità che, al di là di nostalgici rimpianti per un diritto reso "certo" (e dunque prevedibile, nel suo risvolto applicativo) dalla disposizione legislativa, il proces-

## 2. La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta

Il codice civile del 1942, con un'innovazione formale rispetto al codice abrogato, introduce due rimedi alternativi contro la sopravvenienza di una eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti; e dedica a questo tema tre distinti articoli (artt. 1467, 1468 e 1469 c.c.)<sup>4</sup>.

Ai sensi dell'art. 1467, co.1, c.c., nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

Si tratta, dunque, di un rimedio c.d. demolitorio, previsto in favore della parte contrattuale che sia colpita dalla eccessiva onerosità della prestazione in conseguenza di avvenimenti straordinari ed imprevedibili.

### 2.1. Ambito di applicazione e presupposti

Perché operi il primo comma dell'art. 1467 c.c. è innanzitutto necessario che si tratti di contratti a prestazioni corrispettive (ossia di quelli in cui le prestazioni si pongono vincolate tra loro attraverso un nesso di interdipendenza funzionale, nel senso che ognuna delle prestazioni trae ragion d'essere nella controprestazione), i cui tratti caratterizzanti hanno peraltro dato luogo a frequenti discussioni ad opera degli interpreti, che si sono soffermati ad esaminare anzitutto la stessa delineazione di contratto a prestazioni corrispettive<sup>5</sup>.

In caso di contratto con obbligazioni di una sola parte l'unico rimedio è, infatti, la modifica prevista dall'art. 1468 c.c.<sup>6</sup>.

---

so di formazione ed evoluzione del diritto civile dei nostri giorni richiede, più che l'intervento del legislatore (in questo caso, s'è detto, certamente auspicabile, sia pure in editio minor, per così dire, ossia nella 'versione ridotta' della norma emergenziale sullo specifico conflitto d'interessi), l'impegno del giurista, tanto in sede dottrinale quanto nell'esperienza giurisdizionale, nella ricostruzione del sistema, che consenta di giungere, quale che sia l'opzione di metodo, alla soluzione razionale e coerente del problema".

<sup>4</sup> R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze – Il Contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco e G. De Nova, Torino, 2004, 692. Sulle origini dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, cfr. anche V. MARTINO, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza – I Contratti in generale*, vol. XIII, a cura di P. CENDON, Torino, 2000, 521 ss.

<sup>5</sup> In tal senso, nonché per una sintesi del dibattito sulla configurazione dei contratti a prestazioni corrispettive, cfr. E. GABRIELLI, *op. cit.*, 626 ss.

<sup>6</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 699.



Si deve trattare, inoltre, di contratti a esecuzione continuata o periodica (contratti tipici di durata, a tratto c.d. successivo), ovvero a esecuzione differita<sup>7</sup> e, dunque, di contratti per cui intercorra un lasso temporale (anche se non necessariamente lungo)<sup>8</sup> tra la conclusione del contratto e la sua esecuzione.

Tale differimento non deve necessariamente essere quello previsto al momento del contratto, potendo anche essere quello concesso in seguito, anche in via di tolleranza<sup>9</sup>.

Quanto all'applicabilità della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta al contratto preliminare (che rappresenta uno dei casi più frequenti di turbativa sull'assetto economico del contratto, ad esempio per la svalutazione monetaria, ovvero per l'aumento del costo dei materiali nelle compravendite di immobili da costruire, intervenuti nelle more della stipula del definitivo)<sup>10</sup>, in giurisprudenza è stato affermato che, ai fini della risoluzione del contratto preliminare di vendita di un appartamento, per eccessiva onerosità sopravvenuta nello spazio di tempo intercorrente tra la conclusione del preliminare medesimo e la sua esecuzione, l'aumento progressivo di valore dell'immobile e la progressiva svalutazione della moneta sono eventi (quando non assumono proporzioni abnormi ed insolite) prevedibili, e rientrano nella comune alea contrattuale<sup>11</sup>.

Se, inoltre, le obbligazioni sinallagmatiche del contratto definitivo di compravendita – pagamento del prezzo e consegna del bene – sono state anticipate al

---

<sup>7</sup> Ad esempio, secondo Cass. 20 febbraio 2020, n. 4451, la transazione ad esecuzione differita è suscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in base al principio generale emergente dall'art. 1467 c.c., in quanto l'irrisolubilità della transazione novativa stabilita in via eccezionale dall'art. 1976 c.c. è limitata alla risoluzione per inadempimento, e l'irrescindibilità della transazione per causa di lesione, sancita dall'art. 1970 c.c., esaurisce la sua "ratio" sul piano del sinallagma genetico. In particolare, secondo i giudici di legittimità, la transazione è considerata soggetta al principio generale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta per la sua natura commutativa, e non aleatoria.

<sup>8</sup> Cass. 16 luglio 1946, n. 892.

<sup>9</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 706.

<sup>10</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 629.

<sup>11</sup> Cass. 4 marzo 2004, n. 4423; cfr. anche, nello stesso senso, Cass. 11 aprile 2017, n. 9314. Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva escluso che il mutamento – da agricolo ad edificatorio e residenziale – del regime urbanistico dell'immobile promesso in vendita, sopravvenuto rispetto alla data di stipula del contratto preliminare, integrasse gli estremi per procedere alla risoluzione del preliminare medesimo ex art. 1467 c.c. Sulla applicazione dell'art. 1467 c.c. o dell'art. 1468 c.c. al patto di opzione disciplinato dall'art. 1331 c.c., cfr. Cass. 22 Gennaio 1982, n. 436. Secondo Cass. 09 marzo 1954, n. 671, in *Foro it.*, 1954, 1, 1276, l'eccessiva onerosità, sopravvenuta nel patto di opzione prima che sia intervenuta l'accettazione, è regolata dall'art. 1468 c.c., che consente non la risoluzione del contratto, ma la riduzione della prestazione dell'obbligato, ovvero un mutamento che la riconduca ad equità.

momento della stipula del contratto preliminare, non può chiedersi la risoluzione di questo per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), poichè questa norma non è applicabile se l'alterazione dell'equilibrio patrimoniale delle predette prestazioni è successivo al loro adempimento<sup>12</sup>.

Invero, in generale, l'eccessiva onerosità non può essere invocata dalla parte che ha eseguito la propria prestazione<sup>13</sup>.

In tal senso depone il testo normativo ("la parte che *deve* tale prestazione...")<sup>14</sup> e, del resto, non può diventare onerosa una prestazione già estinta (con l'adempimento).

Perciò, il soggetto che ha adempiuto senza imbattersi in una sopravvenienza rilevante non potrà sollevare, in futuro, alcun problema derivante dall'aumento di valore della sua prestazione.

In modo reciproco, lo svilimento della prestazione, verificatosi dopo l'esaurimento della prestazione medesima, non può essere considerato evento capace di rendere troppo onerosa la controprestazione (nella figura c.d. rovesciata di onerosità)<sup>15</sup>.

Non può chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, inoltre, il debitore inadempiente<sup>16 17</sup>.

---

<sup>12</sup> Cass. 13 giugno 1997, n. 5349.

<sup>13</sup> Cass. 22 novembre 1985, n. 5785. 13. Cfr. anche Cass. 08 giugno 1957, n. 2123, in *Giust. civ.*, 1957, 1508.

<sup>14</sup> C.M. BIANCA, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Diritto Civile, La responsabilità*, V, Milano, 1997, 392.

<sup>15</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 707. Così, con riguardo al preliminare di una compravendita del quale prima del completamento del pagamento del prezzo sia dedotta la sopravvenuta onerosità eccessiva per svalutazione monetaria, il rimedio della risoluzione ex art. 1467 c.c. non è applicabile a favore del contraente che abbia già ricevuto la controprestazione consistente in una somma di denaro e che deduca la sopraggiunta svalutazione (cfr. Cass. 21 Febbraio 1994, n. 1649).

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 23 Febbraio 2001, n. 2661, in *Foro it.*, 2001, I, 3254 (nella specie, è stato ritenuto che il lievitare del prezzo di un immobile, promesso in preliminare, a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni edilizie richieste, fosse conseguenza del comportamento inerte del contraente, il quale non aveva provveduto a sanare la situazione di illecito urbanistico). Secondo Cass. 31 Ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1991, 523, la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta – ai sensi dell'art. 1467 c. c. – non può essere fatta valere dalla parte che, col suo inadempimento, abbia ritardato l'esecuzione del contratto, rendendo necessario il ricorso della parte adempiente alla tutela giudiziaria; infatti, essendo posto a carico della parte inadempiente il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1221 c. c.), deve a fortiori ritenersi che sia a carico della stessa parte la sopravvenienza dell'eccessiva onerosità, la quale, rispetto all'ipotesi dell'impossibilità della prestazione, costituisce una situazione meno grave. Cfr. anche Cass. 27 settembre 1991, n. 10139; 28 febbraio 1985, n. 1739; 14 novembre 1981, n. 6034.

<sup>17</sup> Secondo R. SACCO, *op. cit.*, 710, questa regola di giustizia è asimmetrica, tenendo conto, tra l'altro

Ciò, dunque, né se l'onerosità sia intervenuta successivamente al ritardo nell'adempimento, né se il comportamento del debitore abbia dato causa al suo verificarsi né, ancora, se il debitore abbia rinviato appositamente l'adempimento per poter speculare sulla sopravvenienza<sup>18</sup>.

L'eccessiva onerosità, inoltre, deve colpire un contratto che sia efficace<sup>19</sup> e il rimedio della risoluzione di cui all'art. 1467 c.c. non è escluso dall'atipicità della causa di un contratto di compravendita immobiliare determinata dall'assunzione della garanzia di redditività del bene venduto<sup>20</sup>.

In aggiunta va rilevato che la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta è stata riconosciuta analogicamente in giurisprudenza anche nel caso di alcuni rapporti non derivanti da contratto, come nel caso del rapporto derivante da un onere reale<sup>21</sup>.

---

che, il debitore da fatto illecito beneficia della regola della conversione nell'equivalente in caso di eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.) e che il debitore da contratto inadempiente o moroso e impossibilitato limita la propria responsabilità al danno prevedibile (art. 1225 c.c.), articolo quest'ultimo che dimostrerebbe con certezza che non sempre le conseguenze dell'inadempimento sono sopportate da chi si è reso inadempiente.

<sup>18</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 624 con richiamo a Cass. 8 maggio 1954, n. 1452, in *Giust. civ.*, 1954, 1068.

<sup>19</sup> Secondo Cass. 10 gennaio 1986, n. 74, con riguardo ad un contratto sottoposto a condizione sospensiva, e che rimanga inefficace per il mancato verificarsi della condizione, la clausola che regoli gli obblighi di restituzione conseguenti a tale inefficacia non può essere soggetta ai rimedi contemplati dall'art. 1467 cod. civ. per l'eccessiva onerosità sopravvenuta, riferendosi questi rimedi ad un contratto efficace, ancora da eseguire, e comunque al contratto stesso nella sua unità, non al singolo patto negoziale. Invero, la suddetta azione è data dalla legge in vista della notevole alterazione del rapporto originario fra le prestazioni, in sede di esecuzione, che determina una situazione di squilibrio dei rispettivi valori, tanto che la domanda è preclusa alla parte che ha già eseguito la propria prestazione mentre, nella specie, nessuna prestazione doveva essere eseguita dalla società attrice, con riguardo alla quale essa potesse invocare il rimedio risolutorio. Nel caso affrontato dalla S.C. si trattava della vendita di un terreno stipulata per consentire all'acquirente una sua utilizzazione edificatoria, al momento non permessa dagli strumenti urbanistici, e quindi sottoposta alla condizione sospensiva della futura approvazione di una variante di detti strumenti che contemplasse quell'utilizzazione.

<sup>20</sup> Cass. 25 marzo 2009, n. 7225, in *Notariato*, 2009, 4, 367; *Contratti*, 2009, 7, 712 (nel caso di specie il venditore, alienando l'immobile, aveva garantito all'acquirente la redditività del bene venduto mediante il pagamento di un conguaglio annuo).

<sup>21</sup> Cfr. Cass. 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, 2177, con nota di MASSA; *Giust. civ.*, 1987, I, 1493, con nota di COSTANZA; *Nuova Giur. Civ.*, 1987, I, 677, con nota di SCUDELLA; *Corriere Giur.*, 1987, 955, secondo cui in base ai principi generali dell'ordinamento, tra i quali figura il principio ispiratore dell'art. 1467 c.c., racchiuso nella formula *rebus sic stantibus*, un rapporto giuridico patrimoniale, non altrimenti disciplinato, non può essere mantenuto in vita quando siano venute meno le condizioni di equilibrio sulle quali è sorto (nella specie, il principio è stato applicato al rapporto scaturente da un onere reale, vincolo di vani ad abitazione del portiere, verso corrispettivo). Secondo, invece, Cass. civ.,

L'onerosità sopravvenuta va, inoltre, valutata con riferimento alla prestazione dovuta considerata nella sua oggettività, e non con riferimento alla situazione soggettiva in cui versa il debitore<sup>22</sup> (comparando il valore delle prestazioni al momento in cui sono sorte e a quello in cui devono eseguirsi, e non relativamente al tempo di proposizione della domanda giudiziale)<sup>23</sup>.

La mera difficoltà ad adempiere, quindi, non può mai assumere alcun rilievo ai fini del giudizio sull'onerosità della prestazione, trattandosi di una situazione che investe la sfera soggettiva del debitore (la sua capacità patrimoniale)<sup>24</sup>.

Ancora, ai fini della risoluzione del contratto a norma dell'art. 1467 c.c., della prestazione dovuta da una parte può dirsi che è divenuta eccessivamente onerosa soltanto nell'ipotesi in cui, per eventi straordinari ed imprevedibili, essa sia divenuta troppo gravosa per il debitore, non invece quando, in seguito al verificarsi di eventi siffatti, la sua esecuzione sia suscettibile di procurare al creditore vantaggi originariamente insperati<sup>25</sup>.

In ogni caso, sebbene la legge non la menzioni esplicitamente, vale la regola secondo cui viene equiparata alla sopravvenuta onerosità della prestazione non ancora eseguita dal debitore, il sopravvenuto svilimento (cd. onerosità rovesciata) della controprestazione attesa (dunque ancora non eseguita dalla controparte)<sup>26 27</sup>.

L'onerosità sopravvenuta deve, inoltre, come si è detto, essere determinata da eventi straordinari ed imprevedibili (con la conseguenza che non assume al riguardo rilievo la sopravvenienza di circostanze prevedibili che rendano comunque eccessivamente gravoso – e pertanto inesigibile – l'adempimento della prestazione, vertendosi in tal caso non già in tema di alterazione dell'economia contrattuale bensì d'inadempimento)<sup>28</sup>.

---

04/08/1960, n. 2289, il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, previsto dall'art. 1467 c.c., non sarebbe applicabile al negozio costitutivo della servitù, e, in particolare, al contratto costitutivo di una servitù di presa d'acqua per uso irriguo, anche nel caso in cui, accanto all'aggravio reale sussista un obbligo accessorio di facere, determinato dalla legge, o dal titolo, relativo alla manutenzione delle opere di derivazione e consegna e del canale distributore, nonché ai consueti spurghi, affinché la derivazione delle acque sia regolarmente effettuata in tempo debito.

<sup>22</sup> Cass. 07 maggio 1992, n. 5443, in *Giur. It.*, 1993, I,1, 1556 nota di MAGNI.

<sup>23</sup> Cass. 12 maggio 2003, n. 7266; 29 maggio 1998, n. 5302.

<sup>24</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 633.

<sup>25</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 07/03/2002, n. 3296, in *Studium juris*, 2002, 1004.

<sup>26</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 638.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. 08 agosto 2003, n. 11947, in *Arch. Civ.*, 2004, 783; *Contratti*, 2004, 4, 358; *Gius*, 2004, 3, 328.

<sup>28</sup> Cass. 25 maggio 2007, n. 12235 richiamata da E. GABRIELLI, *op. cit.*, 623, a proposito della distinzione tra eccessiva onerosità e inesigibilità.

Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza<sup>29</sup>.

Sicché l'assunzione di un rischio convenzionalmente pattuito e verificatosi esclude la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità, in quanto il requisito soggettivo dell'imprevedibilità della prestazione è ascrivibile ai normali accadimenti rientranti nell'alea del contratto<sup>30</sup>.

La nozione giuridica di prevedibilità ha per oggetto l'alterarsi dell'equilibrio economico del contratto tale da imporre un adempimento economicamente più gravoso di quanto non comporti la relativa alea normale, intesa come divario tra le contrapposte prestazioni, ed ha per metro di riferimento la capacità dell'uomo medio, riferita alla situazione esistente al momento della conclusione del contratto<sup>31</sup>.

La risoluzione non può essere domandata, inoltre, ai sensi dell'art. 1467, co.2, c.c., se la sopravvenuta onerosità rientri nell'alea normale del contratto (alea che comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato)<sup>32</sup>.

In generale, secondo l'impostazione consolidata della giurisprudenza di legittimità, la sopravvenuta svalutazione monetaria, al pari di ogni altro avvenimento dal quale derivi lo squilibrio tra le prestazioni contrattuali, può giustificare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 1467 c. c., qualora, ancorché non provocata da eventi eccezionali, presenti caratteri di straordinarietà ed imprevedibilità<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Cass. 25 maggio 2007, n. 12235 cit.; 19 ottobre 2006, n. 22396.

<sup>30</sup> Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396 cit.

<sup>31</sup> Cass. 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giur. It.*, 1986, I,1, 1706, con nota di GABRIELLI.

<sup>32</sup> Cass. 17 luglio 2003, n. 11200; 28 gennaio 1995, n. 1027, in *Foro it.*, 1995, I, 2898; *Corriere Giur.*, 1995, 5, 586 con nota di MACARIO; *Riv. Notar.*, 1996, 601; 25 marzo 1987, n. 2904.

<sup>33</sup> Cass. 13 gennaio 1995, n. 369; 30 ottobre 1991, n. 11637, in *Foro it.*, 1992, I, 1819, con nota di MASTRORILLI.

È stato ritenuto, ad esempio, che costituisse evento straordinario ed imprevedibile, idoneo a determinare la risoluzione *ex art.* 1467 c.c. del contratto preliminare di vendita di un appartamento da costruire, un aumento eccezionale del tasso d'inflazione intervenuto dopo la conclusione del preliminare, accertato nella misura del 52 per cento con riferimento al biennio gennaio 1973 – gennaio 1975. In tal senso, Cass. civ. Sez. II, 13/02/1995, n. 1559, in *Corriere Giur.*, 1995, 5, 585, con nota di MACARIO.

## 2.2. Profili processuali

L'onerosità sopravvenuta non produce alcun effetto liberatorio automatico e la dichiarazione della volontà della parte che vuole la risoluzione è una dichiarazione giudiziale<sup>34</sup>.

Si tratta di un diritto potestativo giudiziale e l'effetto risolutivo discende dalla sentenza, che ha carattere costitutivo<sup>35</sup>.

Inoltre, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, l'eccessiva onerosità non può costituire oggetto di eccezione, bensì solo di domanda<sup>36</sup> (eventualmente in via riconvenzionale).

Dunque, la parte convenuta in giudizio per l'adempimento di un contratto a prestazioni corrispettive non può giustificare il proprio inadempimento deducendo l'eccessiva onerosità sopravvenuta (ed offrendo, ad esempio, una *reductio ad aequitatem* dello stesso)<sup>37</sup>.

Essa, infatti, diversamente dall'impossibilità sopravvenuta<sup>38</sup>, non è prevista dalla legge come causa di estinzione dell'obbligazione, né come causa di legittima sospensione, o di rifiuto, dell'adempimento<sup>39</sup>, né, ancora, rende inesigibile l'adempimento<sup>40</sup>.

La rilevazione officiosa della nullità può, inoltre, avere ingresso anche nel giudizio avente ad oggetto la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, attesa la facoltà alternativa di *reductio ad aequitatem* riconosciuta,

---

<sup>34</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 717.

<sup>35</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 398. In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 ottobre 2004, n. 20744. Per la soluzione negativa circa la valenza, al di fuori del processo, di dichiarazioni di voler risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, cfr. R. SACCO, *op. cit.*, 651. Quanto agli oneri probatori sottesi alla risoluzione invocata ai sensi dell'art. 1467 c.c., cfr. Cass. 27 gennaio 1981, n. 608.

<sup>36</sup> Con la conseguente inammissibilità della proposizione della stessa per la prima volta nel giudizio di appello; cfr. Cass. (ord.), 7 novembre 2017, n. 26363, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 5, 631, con nota di PESCE; 26 ottobre 2004, n. 20744; 30 gennaio 1995, n. 1090; 10 febbraio 1990, n. 955. *Contra* Cass. 13 dicembre 1980, n. 6470, in *Giur. It.*, 1981, I,1, 1620, secondo cui in mancanza di un tassativo divieto di legge, il debitore può avvalersi di ogni eccezione che tenda e sia utile a liberarlo dalla domanda di adempimento contro di lui proposta, cosicché va escluso che sia necessario chiedere la risoluzione del contratto affinché la dedotta eccessiva onerosità possa spiegare i suoi effetti e deve ammettersi che sia invece possibile invocarla al solo scopo di ottenere il rigetto della domanda spiegata dal creditore.

<sup>37</sup> Cass. 05 gennaio 2000, n. 46, in *Giur. It.*, 2000, 2279, con nota di TORRESI.

<sup>38</sup> Cfr., quanto all'individuazione delle ipotesi in cui la sopravvenienza pandemica possa determinare l'impossibilità della prestazione ai sensi dell'art. 1256 c.c., R. CALVO, Covid, *impossibilità sopravvenuta e forza maggiore: ambito e limiti*, in *Studium juris*, 2021, 5, 569 ss.

<sup>39</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 653.

<sup>40</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 398.

ex art. 1467, comma 3, al contraente interessato comunque alla conservazione del contratto, *reductio non consentita in ipotesi negozio nullo*<sup>41</sup>.

La prescrizione dell'azione di risoluzione in questione decorre dal momento in cui si verifica la sperequazione delle prestazioni e, ai fini della relativa interruzione è necessaria, ai sensi dell'art. 2943 c.c., la proposizione di una domanda giudiziale (non potendo essere idonea, a tal fine, una mera eccezione)<sup>42</sup>.

L'art. 1467 c.c. richiama espressamente, quanto agli effetti della pronuncia di risoluzione, l'art. 1458 c.c., con conseguente applicazione delle regole sulle restituzioni e sull'indebitato, fermi restando i diritti acquisiti dai terzi<sup>43</sup>.

### 3. L'offerta di modifica del contratto

Ai sensi del terzo comma dell'art. 1467 c.c., la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni

---

<sup>41</sup> Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242.

<sup>42</sup> Cass. 29 maggio 1998, n. 5302. Non pare a chi scrive che una soluzione diversa possa trarsi da quanto affermato da Cass., S. U., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Foro it.*, 2019, 10, 1, 3103; *Giur. It.*, 2020, 1, 39, con nota di TRAVAGLINO; *Id.*, 2020, 6, 1343, con nota di CIATTI CÀMIN; *Notariato*, 2019, 5, 520; *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 1, 60 nota di VERI; *Studium juris*, 2020, 3, 317, secondo cui nel contratto di compravendita costituiscono – ai sensi dell'art. 2943, comma 4, c.c. – idonei atti interruttivi della prescrizione dell'azione di garanzia per vizi, prevista dall'art. 1495, comma 3, c.c., (anche) le manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore compiute nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1, c.c., con la produzione dell'effetto generale contemplato dall'art. 2945, comma 1, c.c.; tale soluzione interpretativa pare invero essere stata adottata in relazione alla assoluta specificità dell'azione redibitoria e di quella estimatoria (o *quantum minoris*), prevista dall'art. 1492 c.c.; si legge, invero, in motivazione: "...nella prospettiva generale della questione in esame, deve sottolinearsi che, in effetti, non si verte propriamente nell'ipotesi di esercitare un singolo specifico potere ma di far valere il "diritto alla garanzia" derivante dal contratto, rispetto al quale, perciò, non si frappongono ostacoli decisivi che impediscono l'applicabilità della disciplina generale della prescrizione (e che, invece, in un'ottica sistemica, appare con esso compatibile), ivi compresa quella in materia di interruzione e sospensione." Pare dunque preferibile ritenere, anche in caso di domanda di risoluzione ex art. 1467 c.c., quale atto interruttivo della prescrizione, la sola domanda giudiziale (e non anche un semplice atto di costituzione in mora), in linea con l'orientamento giurisprudenziale concernente l'interruzione della prescrizione delle azioni concernenti esercizi di diritti potestativi, ai quali fa riscontro una situazione di mera soggezione, anziché di obbligo, nel soggetto controinteressato; cfr., ad esempio: a) in tema di revocatoria fallimentare, Cass. (ord.) 18 gennaio 2019, n. 1456, in *Fallimento*, 2019, 4, 533; S.U., 23 novembre 2018, n. 30416; b) in tema di azione di annullamento delle dimissioni per incapacità naturale, proposta da un lavoratore subordinato, Cass. (ord.), 18 gennaio 2018, n. 1159; c) in tema di azione di rescissione, Cass. (ord.) 17 marzo 2017, n. 6974.

<sup>43</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 649. Cfr. anche, quanto alla ritenuta applicabilità analogica dell'art. 1492, co.3, c.c., in caso di alienazione a terzi dell'oggetto della prestazione, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 398.

del contratto. Si tratta di un potere della controparte (rispetto a quella che domanda la risoluzione) che risponde al principio di conservazione del contratto e, precisamente, di una offerta di rettifica in modo tale che la parte onerata sia alleviata dall'eccessivo aggravio della prestazione<sup>44</sup>. E sulla natura di tale offerta si è sviluppato un vivace dibattito tra coloro che ne sostengono la matrice sostanziale e quelli che di contro ne affermano quella processuale<sup>45</sup>. In giurisprudenza è stato osservato che l'offerta di modificare il contratto per ricondurlo ad equità ha carattere negoziale ed è sottratta alle preclusioni processuali stabilite dagli artt. 183, 184 e 345 c.p.c., ma essa trova un limite alla sua proponibilità nel passaggio in giudicato della sentenza<sup>46</sup>. Tale carattere negoziale dell'offerta intesa a modificare il contratto per ricondurlo ad equità comporta che l'offerta stessa esuli generalmente dall'ambito dell'oggetto della procura alle liti (che abilita il difensore a compiere nell'interesse della parte gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati)<sup>47</sup>.

Quanto al contenuto dell'offerta, ossia se essa debba essere necessariamente specifica o possa anche essere generica (nel senso di rimettere al giudice la determinazione della modifica necessaria per riportare in equilibrio le prestazioni originariamente pattuite), in dottrina<sup>48</sup> e in giurisprudenza<sup>49</sup> è stata ritenuta possibile anche la seconda soluzione.

Nel primo caso, però, se il giudice non la ritenga equa, dovrà pronunciare la risoluzione del contratto<sup>50</sup>, limitandosi a respingere la proposta, non potendo integrare le eventuali deficienze della stessa o superarne la portata<sup>51</sup>.

La mancata accettazione dell'offerta, inoltre, non può incidere sul merito della decisione sulle contrapposte domande delle parti (risoluzione/manutenzione del contratto) ma soltanto – eventualmente – sulla pronuncia in ordine alle spese processuali<sup>52</sup>.

---

<sup>44</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 399.

<sup>45</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 655

<sup>46</sup> Cass. 16 aprile 1951, n. 931; cfr., nello stesso senso, sia pure con riferimento specifico ad analogo potere di *reductio ad aequitatem* previsto dall'art. 1450 c.c. in tema di rescissione del contratto, Cass. 31 agosto 2018, n. 21469; Sez. VI – 2, 05-06-2014, n. 12665.

<sup>47</sup> Cass. 24 marzo 1954, n. 837.

<sup>48</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 720 s.

<sup>49</sup> Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2564; *Foro it.*, 1990, I, 564, con nota di MACARIO.

<sup>50</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 657.

<sup>51</sup> Cass. 18 luglio 1989, n. 3347 cit.; cfr. anche Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2018, con nota di MAGNI; *Corriere Giur.*, 1992, 662, con nota di DI MAJO; *Vita Notar.*, 1992, 548.

<sup>52</sup> Cass. 11 gennaio 1992, n. 247 cit.



In ordine ai criteri per la riduzione ad equità del contratto, secondo la giurisprudenza di legittimità il contenuto dell'offerta per riportare il contratto ad un giusto rapporto di scambio, a norma dell'art. 1467, comma ultimo, c.c., deve essere tale da uniformare il corrispettivo ancora dovuto ai valori di mercato del bene da trasferire, ovvero della parte del bene per il quale il corrispettivo non è stato versato. L'indagine del giudice per verificare l'idoneità dell'offerta ad eliminare lo squilibrio economico delle prestazioni deve essere condotta attenendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico e non a meri criteri equitativi<sup>53</sup>.

L'art. 1467 c.c. non impone dunque al convenuto che voglia evitare la pronuncia di risoluzione di offrire una modifica delle condizioni del contratto tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive prestazioni esistenti al momento della stipulazione, dovendo l'offerta di modifica considerarsi equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione<sup>54</sup>.

L'art. 1467 c.c., poi non attribuisce al giudicante alcun tipo di discrezionalità, ma si riferisce all'equità come ad un criterio tecnico.

Non si tratta di un giudizio di equità, né di un'ipotesi di giustizia integrativa, poiché il termine in questo caso significa "equilibrio delle prestazioni".

Costante, inoltre, in giurisprudenza, è il principio secondo cui l'equa modificazione debba essere valutata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1467 c. c., con riferimento alla situazione esistente non al momento della conclusione del contratto o della domanda di risoluzione bensì al momento della pronuncia giudiziale<sup>55</sup>.

L'offerta di cui all'art. 1467, co.3, c.c., non può provenire dalla parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Secondo, invero, l'opinione prevalente della giurisprudenza di legittimità, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, comma 1, c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del comma 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazio-

---

<sup>53</sup> Cass. 8 settembre 1998, n. 8857, in *Contratti*, 1998, 6, 599; 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 944, con nota di SICA.

<sup>54</sup> Cass. 11 gennaio 1992, n. 247 cit.

<sup>55</sup> Cass. 28 luglio 1990, n. 7626; 18 luglio 1989, n. 3347 cit.

ne non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite<sup>56</sup>.

La *reductio ad aequitatem* non è poi consentita in ipotesi di negozio nullo, apparendo comunemente assurdo ritenere che il convenuto in un giudizio risolutorio possa evitare la caducazione del contratto nullo offrendo di modificarne equamente le relative condizioni<sup>57</sup>.

### 3.1. L'offerta di modifica dei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte

Come già detto, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta relativa ai contratti con obbligazioni di una sola parte l'unico rimedio è la modifica prevista dall'art. 1468 c.c.

In tal caso, pertanto, non è possibile attivare il rimedio della risoluzione, e l'unica via da seguire è quella della riduzione dell'entità della prestazione (dell'unica parte obbligata) ovvero della modifica delle modalità della sua esecuzione<sup>58</sup>.

Deve trattarsi, inoltre, pur sempre di un contratto e non anche di una clausola contrattuale (es. clausola penale), sia pure a carico di una sola delle parti, inserita in un contratto a prestazioni corrispettive<sup>59</sup>.

L'eccessiva onerosità è data, con riferimento alla fattispecie disciplinata dall'art. 1468 c.c., dalla sopravvenuta sproporzione tra il valore della prestazione al sorgere dell'obbligazione e il valore della prestazione al tempo dell'esecuzione (anziché dalla sopravvenuta sproporzione di valori che rende, nei contratti a prestazioni corrispettive, una prestazione non più sufficientemente remunerata dall'altra)<sup>60</sup>.

Essa si esercita mediante domanda giudiziale, trattandosi di un diritto potestativo giudiziale, e spettando al giudice determinare mediante sentenza (costitutiva) la modifica della prestazione<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Cass. (ord.), 26 gennaio 2018, n. 2047.

<sup>57</sup> Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 cit.

<sup>58</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 669. Secondo R. SACCO, *op. cit.*, 699 s., coincidendo la fattispecie di cui all'art. 1468 c.c. con quella di cui all'art. 1333 c.c., se il legislatore consentisse la risoluzione dei contratti di cui all'art. 1333, questo rimedio eliminerebbe l'obbligo di una parte senza che la controparte possa ottenere un sollievo corrispondente: una fideiussione cadrebbe a tutto danno della parte che ha fatto credito al debitore principale confidando appunto nella garanzia, e il creditore non avrebbe modo di rimettere la situazione in pristino.

<sup>59</sup> Cass. 16 giugno 1983, n. 4141.

<sup>60</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 401.

<sup>61</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 401.

Il rimedio può consistere, a seconda della varietà delle fattispecie concrete, sia nella diminuzione della prestazione dovuta, sia nella fissazione di altra modifica della prestazione che la renda idonea a ristabilire l'originario assetto del contratto<sup>62</sup>.

#### 4. Le ipotesi "tipizzate" di adeguamento dei contratti

Nella disciplina dei contratti tipici figurano numerose norme che regolano la modificazione del contratto a seguito di circostanze sopravvenute nel corso del rapporto<sup>63</sup>.

Nell'ambito di tali norme figurano, ad esempio, senza alcuna pretesa di completezza:

- 1) In tema di somministrazione, gli artt. 1560 (che distingue tre diverse ipotesi in cui "l'entità della somministrazione" viene specificata in corso di rapporto)<sup>64</sup> e 1561 c.c. (riguardante l'adeguamento del corrispettivo);
- 2) gli artt. 1897 e 1898 c.c., che disciplinano la modifica del rischio nel contratto di assicurazione;
- 3) l'art. 1623 c.c. relativo alle modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale di affitto;
- 4) l'art. 1710 c.c., che impone al mandatario di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possano determinare la revoca o la modificazione del mandato (segno che al mandante è riservata appunto la possibilità di modificare in tal caso il contenuto del contratto)<sup>65</sup>;
- 5) l'art. 1664 in tema di appalto (il primo comma riguarda gli aumenti di costo dei materiali e della mano d'opera dovuti a circostanze imprevedibili e il secondo comma l'ipotesi della sopravvenienza di cause naturali, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore)<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 676.

<sup>63</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996. 103.

<sup>64</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 104.

<sup>65</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 125; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione cit.*, 779;

<sup>66</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità, la norma di cui all'art. 1664 cod. civ., per le fattispecie da essa contemplate, presenta carattere speciale rispetto alla disposizione di cui all'art. 1467 cod. civ., della quale impedisce l'applicabilità, in quanto non prevede la risoluzione del contratto, ma solo la revisione dei prezzi o, nel caso di cui al secondo comma, il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso. Cfr. in tal senso, Cass. 31 dicembre 2013, n. 28812, in *Contratti*, 2015, 2, 169, con nota di CARAI. Dunque, la norma di cui all'art. 1467 c.c. può ritenersi applicabile ad un contratto di appalto solo nell'ipotesi in cui l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664, dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in

Numerose, inoltre, sono le figure di adeguamento del contratto previste da disposizioni contenute nella legislazione speciale<sup>67</sup>.

## 5. Le clausole di rinegoziazione

La conservazione del contratto in presenza di sopravvenienze perturbatrici può essere conseguenza di una espressa scelta delle parti attuata mediante l'inserzione in contratto di clausole di adeguamento automatico e di clausole di rinegoziazione<sup>68</sup> (anche se non sempre il contenuto di un contratto può essere rinegoziato)<sup>69</sup>.

Mediante tali clausole le parti, sul presupposto del carattere dispositivo dell'art. 1467 c.c., realizzano una gestione convenzionale del rischio, alternativa a quella legale<sup>70</sup>.

Esse non vanno confuse con la rinegoziazione consensuale<sup>71</sup> e possono an-

---

quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari; cfr., in tal senso, Cass. 3 novembre 1994, n. 9060, in *Contratti*, 1995, 2, 202.

<sup>67</sup> Cfr., al riguardo, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione* cit., 779 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 404 s.; E, come osservato da E. GABRIELLI, *op. cit.*, 665, le tecniche legali di revisione e di adeguamento del contratto non sembrano poter fare a meno del tipo contrattuale quale referente principale, poiché esse operano sempre all'interno del tipo legale, secondo modelli e paradigmi che è lo stesso ordinamento a prevedere nella definizione della disciplina del singolo schema.

<sup>68</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 668.

<sup>69</sup> Ad es. non quando si sia in presenza di determinazioni eteronome imposte da disposizioni imperative (art. 1339 c.c.). In tale frangente – in cui pure ciò può provocare un'alterazione del sinallagma per il mutamento delle circostanze esterne al contratto (9) – la rinegoziazione è attività inutile perché non consente di modificare le regole del vincolo; altra essendo invece la risposta qualora accada che la disciplina coattiva legale venga meno ed i contraenti decidano di adeguare il contratto alla loro volontà. In tal senso, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione* cit., 776.

<sup>70</sup> In tali esatti termini, E. GABRIELLI, *op. cit.*, 668. In giurisprudenza è stato affermato che nei contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, ben possano prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 cod. civ.). Cfr., in tal senso, Cass. 4 Febbraio 2021, n. 2622; 26 Gennaio 1993 n. 948, in *Contratti*, 1993, 532, con nota di MENICHIINO; *Giust. Civ.*, 1993, I, 3021, con nota di COSTANZA.

<sup>71</sup> Come precisa G. SICCHIERO, *La rinegoziazione* cit., 777, è evidente che il problema della rinegoziazione – le cui radici si troverebbero nel principio di conservazione del contratto – non si pone quando questa sia frutto della determinazione dei contraenti, ricadendo nella banalità dell'ovvio l'osservazione che se le parti decidono di cambiare le regole che si sono poste, non incontrano altri limiti se non quelli che già erano presenti in precedenza o che derivino dalla disciplina giuridica della fattispecie ove questa disponga in qualche modo degli effetti già prodotti.

che prescindere dall'eccezionalità dei fatti che le generano, potendo finanche contemplare fenomeni rientranti nell'alea normale<sup>72</sup>.

Si suole distinguere, in dottrina, le clausole di adeguamento automatico (o demandato ad un terzo)<sup>73</sup> dalle clausole di rinegoziazione.

Con le prime (si pensi alle c.d. clausole di indicizzazione o clausole monetarie) si gestisce la sopravvenienza nella prospettiva della completezza del contratto mentre nelle seconde nell'ottica della sua incompletezza, poiché si programma la rideterminazione (consensuale, unilaterale o da parte di un terzo) del contenuto del contratto al verificarsi di una determinata circostanza<sup>74</sup>.

In altri termini, con le clausole per l'adeguamento automatico del contratto le parti hanno già previsto presupposti e criteri di determinazione (o rideterminazione) della prestazione in un momento successivo alla conclusione, cioè durante l'esecuzione del contratto ovvero nella fase della sua efficacia<sup>75</sup>, mentre nelle seconde<sup>76</sup> è previsto semplicemente l'obbligo di rinegoziare al verificarsi di una determinata sopravvenienza<sup>77</sup>.

Entrambe possono risultare *ex post* inidonee ad assicurare la conservazione del rapporto contrattuale turbato dalle sopravvenienze.

Ciò può accadere, per le prime, in particolare, quando le sopravvenienze siano di misura tale da non poter essere compensate dal meccanismo di adeguamento automatico, ponendo in tal caso il problema se la presenza di una clausola di indicizzazione escluda o meno il ricorso all'art. 1467 c.c.<sup>78</sup>.

Maggiori questioni interpretative pongono le c.d. clausole di rinegoziazione, questioni riassumibili nell'individuazione di quale sia il contenuto della prestazione richiesta e della collegata verifica del se ed entro quali limiti il giudice possa intervenire per integrare il contratto rimasto incompleto, e consentire così la prosecuzione del rapporto<sup>79</sup>.

---

<sup>72</sup> E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, 801.

<sup>73</sup> E. DEL PRATO, *op. cit.*, 803.

<sup>74</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 668.

<sup>75</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 170.

<sup>76</sup> La cui tipologia è estremamente variegata, come dimostrato dalle diverse denominazioni da esse assunte, del tipo clausole "di revisione", "di salvaguardia", "di forza maggiore", "di imprevisione" e, infine, di "hardship", termine quest'ultimo adottato da tempo nella prassi del commercio internazionale; cfr. in tal senso F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 209.

<sup>77</sup> Non si può dire, allora, che tale clausola sia nulla, proprio perché ha un oggetto determinato: la prestazione di rinegoziare, appunto. In tal senso, E. DEL PRATO, *op. cit.*, 806.

<sup>78</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 668. Cfr. Cass. 21 giugno 1985, n. 3730 in tema di contratti di somministrazione. Cfr. anche Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132, con nota di PARDOLESI; *Giur. it.*, 1982, I,1, 672.

<sup>79</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, 669.

Quanto al primo profilo, in dottrina è stato evidenziato come quello di rinegoziare sia un “*obbligo di mezzi*” e non “*di risultato*” (con conseguente maggiore difficoltà a configurare l’inadempimento).

In definitiva, l’obbligo di rinegoziare non garantisce un risultato pattizio né altra certezza se non quella della trattativa secondo buona fede<sup>80</sup>.

Rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell’adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute<sup>81</sup>.

Costituisce, dunque, violazione di tale obbligo, ad esempio, il rifiuto di trattare o la trattativa maliziosa, ovvero volta a creare la mera apparenza della volontà di trattare<sup>82</sup>.

Quanto al secondo profilo (concernente il problema della configurazione dei poteri di intervento del giudice, sempre se si riconosca che egli possa davvero sostituirsi ai contraenti nel determinare il nuovo contenuto del contratto per adeguarlo alle conseguenze delle sopravvenienze), a fronte di chi ha ritenuto esperibile la domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* (sempre che vi siano elementi che consentano al giudice di stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattativa)<sup>83</sup> da altra parte della dottrina è stato ritenuto come sia difficile immaginare una esecuzione di tal tipo, essendo in linea generale da negare che il giudice si possa sostituire alle parti nella rinegoziazione, potendo egli solo prendere atto dell’inadempimento e condannare l’inadempiente al risarcimento del danni (per equivalente), oltre che a legittimare la parte non inadempiente a rifiutare l’esecuzione del contratto alle preesistenti condizioni (art. 1460 c.c.)<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> E. DEL PRATO, *op. cit.*, 803.

<sup>81</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., 170; secondo S. LEUZZI, *op. cit.*, 24, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l’invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell’economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all’uno, né all’altro contraente.

<sup>82</sup> E. TUCCARI, *op. cit.*, 99.

<sup>83</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., 425 ss., che distingue nettamente l’ipotesi delle trattative – che, in generale, non obbligano le parti alla conclusione del contratto – dalle modificazioni del contratto nel corso della sua esecuzione, in cui il consenso sul se modificare il contratto originario trova la sua fonte nella stipulazione della clausola di rinegoziazione.

<sup>84</sup> E. DEL PRATO, *op. cit.*, 808 che fa leva, in tal caso, sulla perdita di *chance*, posto che la rinegoziazione non garantisce un risultato utile, ma solo la sua prospettiva.

## 6. L'obbligo legale di rinegoziazione

La sussistenza di un obbligo generale (ossia al di fuori di specifiche ipotesi normative) di rinegoziazione delle parti, nel caso di sopravvenienze eccezionali in grado di scalfire l'equilibrio economico contrattuale, non è previsto espressamente dalla legge.

E, come detto in precedenza, secondo l'opinione prevalente della giurisprudenza di legittimità, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, comma 1, c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del comma 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite<sup>85</sup>.

L'esistenza di un obbligo legale (generale) di rinegoziare il contenuto dei contratti di durata in presenza del mutamento delle circostanze esterne è stato invece riconosciuto da una parte della dottrina, in base al principio di buona fede durante l'esecuzione del contratto, ex art. 1375 c.c.<sup>86</sup> o ad altre ragioni<sup>87</sup>, pur

---

<sup>85</sup> Cass. (ord.), 26 gennaio 2018, n. 2047 cit.; cfr. anche Cass. 09 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 1609, secondo cui l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede non riveste attitudine integrativa rispetto alle determinazioni delle parti in quanto, operando solo nel momento esecutivo, presuppone un regolamento di interessi già definito.

<sup>86</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione* cit., 170, secondo cui, si ribadisce, obbligo di rinegoziare significherebbe essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono certamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute. Secondo S. LEUZZI, *op. cit.*, 23, in virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della *bona fides* e degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata, in quanto adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato *ab initio* dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate.

<sup>87</sup> Secondo R. SACCO, *op. cit.*, 722, "...nulla ci obbliga a ritenere che l'art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione". Per una sintesi circa le varie tesi espresse in dottrina circa l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziare il contenuto dei contratti di durata in presenza del mutamento delle circostanze esterne, cfr. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione* cit., 796 s.; cfr. anche E. TUCCARI, *op. cit.*, 107 s., che prospetta, al fine di garantire parametri d'intervento giudiziale sufficientemente chiari e oggettivi, una "terza via rimediale" – tra la scuola di pensiero che prevede soltanto lo scioglimento del rapporto attraverso la risoluzione contrattuale e quella che prospetta un obbligo legale a carico delle parti di rinegoziare il contratto originario –

sempre rientrando nell'ambito dell'autonomia delle parti la c.d. clausola di non revisibilità<sup>88</sup>, ossia la clausola con cui i contraenti intendano escludere la rinegoziazione (stabilendo, ad esempio, l'invariabilità dei prezzi e delle altre condizioni del contratto)<sup>89</sup>.

Anche parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto, di recente (in relazione agli effetti della pandemia causata dal Covid-19), che, nel caso dei contratti relazionali sussista un obbligo delle parti, in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto<sup>90</sup>.

Ove riconosciuto un obbligo legale di rinegoziazione, vi è poi il problema, ove la rinegoziazione non sfoci in un accordo, se il giudice possa intervenire sul contratto e, ammesso in tesi l'intervento, con quali poteri, problema comune all'ipotesi di inadempimento rispetto all'obbligo di rinegoziazione previsto da apposite clausole<sup>91</sup>.

In sostanza il tema attiene alla possibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo e un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti abbiano inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale.

In questo caso il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto<sup>92</sup>.

Quanto alla possibilità di domandare (in aggiunta al risarcimento del danno) l'esecuzione in forma specifica, *ex art.* 2932 c.c., in caso di inadempimento rispetto all'obbligo di rinegoziare, è stato osservato che tale norma viene solitamente

---

ossia l'applicazione analogica dei rimedi manutentivi stabiliti dalla disciplina normativa "speciale" ai contratti atipici con rischi contrattuali simili a quelli espressamente tipizzati.

<sup>88</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 725; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 314 s.

<sup>89</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione cit.*, 314 s.; Secondo P. GALLO, *op. cit.*, 2444, a proposito della preoccupazione di una parte della dottrina legata ad un intervento correttivo del giudice, sebbene il principio di buona fede sia per lo più considerato inderogabile, questo non esclude che siano derogabili singole applicazioni di esso, come in particolare l'obbligo di rinegoziare e la conseguente revisione giudiziale del contratto in caso di inadempimento.

<sup>90</sup> Trib. Roma 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 11, 2433, con note di SICCHIERO e GALLO; *Contratti*, 2021, 1, 23 ss., con nota di GELLI.

<sup>91</sup> G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2, 2002, 777.

<sup>92</sup> S. LEUZZI, *op. cit.*, 26.



adoperata allorché l'oggetto del contratto da concludere sia già determinato prima dell'intervento del magistrato, la cui pronuncia si limita a tenere il posto di una volontà già definita nel suo oggetto o di una previsione di legge, mentre nel caso della rinegoziazione, l'intervento assumerebbe una doppia valenza, tenendo luogo della volontà delle parti e, nel contempo, determinando in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente precostituito<sup>93</sup>.

Se è vero, poi, che l'intervento del giudice potrebbe snaturare il contratto, allocando determinati rischi in modo differente da quanto previsto dalle parti tuttavia, secondo parte della dottrina, proprio il fatto che si tratti di eventi di carattere straordinario ed imprevedibile, in ordine ai quali i contraenti non hanno disposto nulla al loro riguardo, consentirebbe un legittimo intervento riequilibrativo del magistrato<sup>94</sup>.

In ogni caso, sebbene il dovere di rinegoziazione possa costituire un inutile appesantimento della procedura (specie nel caso in cui abbia comunque un esito negativo, con conseguente incremento dei costi), è preferibile, trattandosi comunque di un atto di autonomia, concedere prima alle parti l'opportunità di addivenire ad un nuovo accordo anziché aprire subito la porta all'intervento correttivo del magistrato volto a ristabilire l'originario equilibrio tra le prestazioni<sup>95</sup>.

Tale soluzione ha il pregio di affidare ai contraenti, che sono coloro che meglio conoscono l'effettivo impatto della situazione sulle condizioni di mercato, la rideterminazione del contenuto dell'accordo, oltre ad avere un effetto deflattivo del contenzioso.

Se, infatti, è vero che l'obbligo di rinegoziare «*non costa nulla*», esso può tuttavia avere un effetto dissuasivo rispetto a comportamenti opportunistici, qualora i rimedi previsti comportino il risarcimento del danno o una rideterminazione del contenuto contrattuale da parte di un terzo<sup>96</sup>.

E tale intervento equitativo della magistratura, di natura sussidiaria, potrebbe attuarsi anche per mezzo di una proposta conciliativa, *ex art. 185-bis c.p.c.*<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> In tali esatti termini, S. LEUZZI, *op. cit.*, 26.

<sup>94</sup> P. GALLO, *op. cit.*, 2445.

<sup>95</sup> COSÌ, P. GALLO, *op. cit.*, 2444 s.

<sup>96</sup> COSÌ, R. FORNASARI, *op. cit.*, 1684.

<sup>97</sup> R. GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e affitto d'azienda*, in *Contratti*, I, 2021, 34. Anche secondo A. CELESTE, *Invito del magistrato alla rinegoziazione del canone di locazione, stante il (passato) lockdown e il (probabile) coprifuoco*, in *Immobili & proprietà*, 12/2020, 712, ove le parti non abbiano previsto l'obbligo di rinegoziazione, appare preferibile, comunque, che il magistrato avvii proficuamente le stesse all'itinerario conciliativo, suggerendo l'effettuazione di tutte quelle condotte che, in relazione alle circostanze concrete,

---

potrebbero consentire di accordarsi sulle condizioni di adeguamento del contratto alla luce delle modificazioni *medio tempore* intervenute. E la parte tenuta alla rinegoziazione va considerata adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivoltole dal magistrato, proponendo soluzioni riequilibrative che possano considerarsi eque ed accettabili alla luce dell'economia del contratto; per converso, va ritenuta inadempiente qualora la stessa si opponga *tout court*, aprioristicamente ed ingiustificatamente, alla rinegoziazione, o si limiti maliziosamente ad intavolare delle trattative di mera facciata, senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo, e di ciò il giudicante potrebbe prenderne atto ai fini del regime delle spese di lite.



## PARTE II



## Locazione e contratti di durata alla prova del Covid – Parte I

SOMMARIO: 1. Presentazione. – 2. L'analisi dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione. – 3. L'istituto dell'impossibilità parziale temporanea. – 4. Le prime risposte della giurisprudenza di merito. 4.1 La riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività (Trib. Roma, 29 maggio 2020). – 4.2 Assenza dei gravi motivi per l'opposizione all'esecuzione (Trib. Pordenone, 3 luglio 2020). – 4.3 Gli accordi di riduzione del canone di locazione (Trib. Venezia, 28 luglio 2020). – 4.4 L'impossibilità parziale temporanea (Trib. Roma, 27 agosto 2020). – 4.5 Doveri di solidarietà (Trib. Venezia, sez. I, 30 settembre 2020). – 4.6 La distribuzione del rischio (Trib. Milano, 21 ottobre 2020). – 4.7 Illegittimi i DPCM Covid-19, va esclusa l'impossibilità sopravvenuta (Tribunale Roma, 16 dicembre 2020). – 5. Interventi normativi. – 6. Riflessioni.

### 1. Presentazione

Le conseguenze dell'attuale pandemia di Covid-19 – che non è destinata a terminare a breve, ma che si protrarrà inevitabilmente nel medio/lungo periodo – anche in termini di mutamento del tessuto economico e sociale per gli anni futuri, sono ormai fatto notorio: le chiusure forzate delle attività commerciali, l'assenza del turismo, il consolidamento dello *smartworking* e del commercio online hanno comportato una grave crisi della ristorazione e del commercio al dettaglio, con una evidente perdita economica che si estrinseca non solo nel mancato guadagno immanente e limitato ai mesi di chiusura, ma anche in un danno difficilmente recuperabile che si riverbera sul futuro delle imprese.

Sono innumerevoli i ricorsi cautelari e, di recente, anche i ricorsi proposti ex art. 447**bis** c.p.c. con cui si chiede a noi giudici di merito una rideterminazione del canone alla luce della ridotta utilizzazione del bene (almeno parzialmente e temporaneamente o “a singhiozzo”) secondo la destinazione prevista nel contratto di locazione per i fini per i quali era stato inizialmente preso in locazione.

Le richieste di riduzione dei canoni di locazione al fine di ristabilire il sinalagma contrattuale si inserisce nel quadro di questa grave congiuntura economica destinata a protrarsi negli anni futuri, in considerazione della forte diminuzione delle entrate e della crisi di liquidità determinatasi nel corso di questi mesi.

La principale domanda da porsi è se sia legittima una sospensione, anche parziale, nel pagamento del canone e sussista la possibilità, per noi giudici, di inserirsi nel sinallagma contrattuale sino al punto da stravolgerlo.

Prima di cercare di rispondere a questa domanda vediamo come questo problema sia stato affrontato dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione – che nella relazione tematica n. 56 datata 8 luglio 2020 ha analizzato le novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid in materia contrattuale e concorsuale – e dalla giurisprudenza di merito.

## 2. L'analisi dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

L'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nella relazione tematica n. 56 datata 8 luglio 2020 analizza le novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid in materia contrattuale e concorsuale. Nell'analizzare la normativa anti-Covid, l'Ufficio della Cassazione riflette sull'applicabilità ai contratti delle norme che contemplano l'impossibilità sopravvenuta e di quelle sull'eccessiva onerosità sopravvenuta nonché sul fatto che, nella normativa emergenziale, difettino norme che contemplino non l'impossibilità tecnica di adempiere, ma quella “strettamente finanziaria”. In particolare, sulla questione dell'impossibilità sopravvenuta, gli ermellini hanno evidenziato che, con maggiore difficoltà, possono ricondursi i contratti di locazione, anche di beni produttivi, incisi dallo scotto della pandemia, dal momento che la prestazione di concessione in godimento rimane possibile e continua a essere eseguita quand'anche per *factum principis* le facoltà di godimento del bene risultino momentaneamente affievolite. Nel contratto di durata, la prestazione del locatore continua ad essere resa benché l'utilità che il conduttore ne ricava sia allo stato depressa. Fare perno sulle disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta per smarcare in tutto o in parte il locatario dal pagamento del canone vuol dire correggere l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, dislocando una porzione delle conseguenze finanziarie del Covid da una parte all'altra del contratto, ma sulla base di una considerazione che appare ispirata al buon senso, più che al rigore giuridico. Quanto alla eccessiva onerosità sopravvenuta, la relazione evidenzia che l'emergenza non si tampona demolendo il contratto. Più che la liberazione del debitore-imprenditore dall'obbligazione, cruciali appaiono l'attenuazione o il ridimensionamento del contenuto di questa, ove il suo adempimento sia ostacolato o reso sfibrante dalle misure di contenimento su approvvigionamenti, circolazione di merci, organizzazione aziendale, viepiù ove si consideri che dette misure sono turbinosamente adottate a vari livelli (nazionale, regionale, comunale) nell'ottica di contrastare il dilagare del contagio. È il caso eclatante e sintomatico – per restare alle imprese – della locazione di un locale ad uso commerciale funzionale ad un esercizio chiuso d'autorità.

Dopo questi principi generali, i giudici si soffermano proprio sull'art. 91 del d.l. n. 18/2020 (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020 inserito dall'art. 91, d.l. n. 18/2020 con decorrenza dal 17.03.2020, così come modificato dall'allegato alla legge di conversione, l. n. 27/2020 con decorrenza dal 30.04.2020).

In particolare, secondo la relazione in esame, la citata norma è di ardua interpretazione su due piani:

- a) la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento sembrerebbe elisa già in virtù dell'art. 1218 c.c.;
- b) la norma non esclude *tout court* la responsabilità "da adeguamento" alle misure "anti-Covid", piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia "sempre valutato" ai fini del giudizio di responsabilità.

Dunque, va provato e dimostrato il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento. Tuttavia, secondo il documento in esame, è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza. Quindi, l'obbligato per slegarsi dalla responsabilità, non può limitarsi ad allegare assiomaticamente che l'inadempimento è ascrivibile alle misure anti-contagio, dovendo, per converso, in linea con la previsione dell'art. 1218 c.c., offrire la prova circostanziata del collegamento eziologico fra inadempimento e causa impossibilitante rappresentata dal rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia. Secondo i giudici di legittimità, la necessità di adeguarsi a siffatte prescrizioni è in linea astratta causa di forza maggiore, ma esige in linea concreta la dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è derivato proprio dall'esigenza di allinearsi ad esse. Ed ancora, la norma d'emergenza contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c. (risarcimento del danno); in tal caso, sembrerebbe che la norma attenderebbe alla finalità di "sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione di fisiologia". Per meglio dire, il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza; di conseguenza, come definito dalla dottrina, una figura di debitore definibile come "immune". Per quanto riguarda invece il creditore, pare potersi avvalere della *exceptio inadimplenti contractus*, sollevabile anche in caso di inadempimenti incolpevoli o causati da impossibilità sopravvenuta per cause non imputabili al debitore; in caso contrario, il creditore dovrebbe sopportare interamente le conseguenze economiche causate dall'emergenza. Difatti, qualora *l'exceptio* fosse preclusa, il creditore finirebbe per essere chiamato a sopportare l'intero fardello delle conseguenze economiche dell'emergenza, pagando per una prestazione che egli non



ha ancora ricevuto e che vi è il rischio non riceva più. L'eccezione anzidetta è sollevabile pure in rapporto ad inadempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2019, n. 20322). Solo una volta cessate l'urgenza pandemica e la paralisi del rapporto indotta dall'eccezione di inadempimento opposta dal creditore, è ipotizzabile che la sua controparte contrattuale, offrendo la propria prestazione, dia impulso all'esecuzione di quella altrui, ferma e impregiudicata l'incidenza sull'efficacia del contratto dell'impossibilità temporanea **ex art. 1464 c.c.** connessa all'osservanza delle prescrizioni "anti-Covid". In definitiva, in tale contesto, se le prescrizioni sanitarie impediscono l'esecuzione di una parte della prestazione, il debitore può sempre offrire la parte possibile e il creditore può rifiutare, ma non può agire per la risoluzione o l'intero, proprio perché sussiste la causa eccezionale di giustificazione. Se poi il creditore sceglie parte della prestazione, può a sua volta sospendere parte della propria, l'importante è che venga rispettato il principio di proporzionalità sotteso all'art. 1460, comma 2, c.c.

### 3. L'istituto dell'impossibilità parziale temporanea

L'art. 1464 c.c. recita che "quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale".

In dottrina, è stato osservato che la disposizione di cui all'art. 1464 c.c. condivide la medesima ratio sottesa alla norma di cui all'art. 1463 c.c., vale a dire che la prestazione cui ciascuna parte è tenuta, si giustifica in considerazione della controprestazione altrui. Se una frazione di questa viene meno, proporzionalmente viene a ridursi la controprestazione, per cui la parte interessata, ai sensi dell'art. 1464 c.c., può richiedere una riduzione del *quantum* da corrispondere. Qualora la riduzione della controprestazione non sia possibile, poiché questa è indivisibile, essa è dovuta per intero, salvo il diritto a ricevere un conguaglio in denaro. La circostanza che determina l'impossibilità sopravvenuta deve concretizzarsi anteriormente all'inadempimento ed alla costituzione in mora. Resta in facoltà delle parti, pattuire che una di esse si accoli il rischio di impossibilità sopravvenuta parziale; ciò posto, il creditore potrebbe non avere interesse a ricevere una porzione della prestazione originariamente preventivata, e determinarsi al recesso, facoltà riconosciutagli dall'art. 1464 c.c. Secondo alcune pronunce, l'art. 1464 c.c. rimette unicamente al creditore la **facoltà** di scelta tra la riduzione della prestazione ed il recesso (Cass. civ., sez. II, 1° febbraio 1993, n. 1219), quest'ultimo da esercitarsi in ossequio al cano-

ne di buona fede. Premesso ciò, dopo questi brevi cenni (di diritto privato), attualmente, volendo considerare la posizione dei conduttori di immobili ad uso diverso, che chiedono la riduzione del canone a seguito della situazione determinata dalle misure assunte per contrastare l'epidemia di Coronavirus, molti autori hanno ipotizzato l'utilizzo dell'istituto della "impossibilità parziale sopravvenuta" come prevista dall'art. 1464 c.c.

Difatti, come già sostenuto inizialmente dai primi commentatori, nella vicenda del Covid-19, la prestazione di una parte (locatore) è divenuta solo parzialmente impossibile; quindi, ritenendo violato l'obbligo del locatore di consegnare e mantenere il bene in condizione da essere utilizzato secondo l'uso contrattualmente stabilito ai sensi dell'art. 1575 c.c. Ovviamente, tenendo presente che la situazione di "impossibilità sopravvenuta parziale", allo stato non ha le caratteristiche della definitività. Premesso quanto innanzi esposto, si segnalano le prime risposte fornite dalla giurisprudenza di merito in relazione alla riduzione del canone di locazione richiesta dai conduttori come conseguenza del Covid-19.

#### 4. Le prime risposte della giurisprudenza di merito

##### 4.1 La riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività (Trib. Roma, 29 maggio 2020)

Nell'ipotesi di contratto di affitto di ramo di azienda a fini commerciali, la mancata esecuzione dell'obbligo gravante sull'affittante di consentire all'affittuario la vendita al dettaglio nei locali aziendali, causata dalla sospensione governativa delle attività commerciali per l'emergenza pandemica, integra un'ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione, rilevante *ex art.* 1464 c.c. Per l'effetto, il conduttore ha diritto ad una riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività.

Invero, secondo il giudicante, trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone sarà quello di subire, *ex art.* 1464 c.c. una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita (come poi accaduto a far data dal 18 maggio 2020). Alla luce di tutto quanto innanzi esposto, avendo la resistente, senza sua colpa, potuto eseguire dall'11 marzo al 18 maggio 2020 una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale, secondo il provvedimento, la ricorrente ha diritto *ex art.* 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale, avuto riguardo alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del

ramo di azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali; del resto, il ramo di azienda era pur sempre rimasto nella disponibilità della ricorrente. Per i motivi esposti, è stata ipotizzata una riduzione nella misura del 70%. Nonostante ciò, evidenzia il giudicante, restano integralmente dovute accanto alla quota del 30% di canone comunque da corrispondere, non solo le somme maturate per morosità pregresse della ricorrente ma anche gli oneri “comuni” diretti ed indiretti, in quanto connessi alla disponibilità materiale dei locali che è rimasta, anche nel periodo di chiusura, in capo alla ricorrente.

#### **4.2 Assenza dei gravi motivi per l’opposizione all’esecuzione (Trib. Pordenone, 3 luglio 2020)**

Diversamente dalle pronunce citate, in tal vicenda, il Tribunale adito ha ritenuto che la pandemia da Covid-19 non consenta all’affittuario di un’azienda o al conduttore di un immobile di sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell’ipotesi in cui l’attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali. Il c.d. *lockdown* non ha legittimato né ha determinato il sorgere d’un automatico diritto al non adempimento dell’obbligazione di versamento dei canoni d’affitto o di locazione. Del resto, prosegue il giudice, il richiamo all’art. 91 del Decreto Cura Italia non è pertinente. Infatti, la norma si limita ad affermare l’assenza d’obblighi di risarcimento danni e/o il maturare di decadenze o penali, ma non afferma assolutamente l’automatica sospensione sine die e/o la cancellazione dell’obbligo di versamento dei canoni d’affitto/locazione. Nella specie, l’affittuario aveva mantenuto la detenzione dei beni oggetto del contratto ed aveva pacificamente ripreso l’attività al termine del periodo nel quale la stessa era stata interdetta, così che, allo stato, pur dovendosi invitare le parti a concordare una riduzione del canone relativo ai due mesi cui si riferisce il precetto in conformità al canone di buona fede nell’esecuzione del contratto, la sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo sarebbe provvedimento incongruo e non consentito. Quindi, pur essendovi elementi per ritenere che la convenuta non aveva rispettato i propri obblighi informativi in sede di trattative e di formazione del contratto d’affitto d’azienda – non avendo informato la controparte del fatto che l’immobile nel quale si svolgeva l’attività era oggetto di pignoramento – tuttavia, risultava giuridicamente impropria e comunque incoerente la domanda subordinata di riduzione del canone pattuito fondata sul richiesto accertamento della condotta dolosa della controparte. Per i motivi esposti, il giudice ha ritenuto che non fossero sussistenti i gravi motivi richiesti per la sospensione dell’efficacia esecutivo del titolo proposta con opposizione all’esecuzione ai sensi dell’art. 615, comma 1, c.p.c.

### 4.3 Gli accordi di riduzione del canone di locazione (Trib. Venezia, 28 luglio 2020)

A scioglimento della riserva, con riferimento ad un'intimazione di sfratto per morosità di un contratto di locazione avente ad oggetto un immobile ad uso commerciale, il giudicante ha osservato che era alquanto chiaro che la morosità si riferiva a mensilità nelle quali la società conduttrice non aveva potuto esercitare nei locali l'attività commerciale a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria in materia di Covid-19. Pertanto, per il periodo da marzo 2020 a maggio 2020, nella quale l'attività commerciale è stata chiusa (c.d. *lockdown*), non si poteva parlare di un'impossibilità assoluta di godimento dell'immobile, ma di una mera impossibilità soltanto parziale, dal momento che l'unità immobiliare era rimasta pur sempre nella disponibilità della conduttrice ed era stata utilizzata quantomeno con funzione di ricovero delle attrezzature e delle materie prime relative all'attività di ristorazione. Dunque, era pertinente non tanto il richiamo all'art. 1463 c.c., ma piuttosto alla figura dell'impossibilità parziale temporanea, che giustifica nei contratti a prestazioni corrispettive o la riduzione della controprestazione o il recesso (artt. 1256, 1258 e 1464 c.c.). Per i motivi esposti, richiamato quanto previsto dall'art. 91 del d.l. n. 18/2020, il giudice di Venezia ha rigettato l'istanza di rilascio con conseguente mutamento del rito del successivo giudizio di merito. In tal giudizio, almeno con riferimento al periodo da marzo a maggio, secondo il giudice, sarà necessario determinare l'*an* e il *quantum* della riduzione del canone di locazione. Dunque, un possibile accordo tra le parti.

### 4.4 L'impossibilità parziale temporanea (Trib. Roma, 27 agosto 2020)

In tale vicenda, secondo il conduttore, la società resistente non aveva ottemperato all'obbligo, derivante dalla clausola generale di buona fede e correttezza, di ricontrattare le condizioni economiche del contratto di locazione a seguito delle sopravvenienze legate all'insorgere della pandemia. Dunque, con ricorso ex art. 700 c.p.c., aveva chiesto al Tribunale adito di ordinare alla resistente di non escutere la fideiussione a garanzia delle obbligazioni assunte con il contratto di locazione e la riduzione del canone di locazione del 50%, in subordine la sospensione, a decorrere dal mese di aprile 2020 e fino all'ordinanza. Ritenuti non sussistenti i presupposti per l'emissione di un decreto *inaudita altera parte*, nella successiva udienza di discussione il giudicante ha riconosciuto il ricorso suscettibile di favorevole considerazione sotto il profilo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. A tal proposito, il giudicante non ignora che in base al testo normativo dell'art. 1467, comma 3, c.c. la rettifica delle condizioni contrattuali "squilibrata" può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione; tuttavia, ha ritenuto che soprattutto per i contratti

commerciali a lungo termine, tale soluzione “possa in alcuni casi non essere opportuna e non rispondente all’interesse della stessa parte che, subendo l’aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto squilibrato e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali squilibrate”. Del resto, prosegue il Tribunale, certamente la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali – ed in particolare di quelle legate al settore della ristorazione – devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale. Difatti, nel caso delle locazioni commerciali il contratto è stato stipulato sul presupposto di un impiego dell’immobile per l’effettivo svolgimento di attività produttiva, e segnatamente nel caso di specie per lo svolgimento dell’attività di ristorazione. In tali casi, dunque, secondo il giudicante, l’eventuale risoluzione del contratto per eccessiva sopravvenuta onerosità “comporterebbe inevitabilmente la perdita dell’avviamento per l’impresa colpita dall’eccessiva onerosità e la conseguente cessazione dell’attività economica”. Quindi, in tal caso, in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, sorge un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell’alea normale. Per i motivi esposti, secondo il giudice romano, ferma la circostanza che alcuna delle parti ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale, le conseguenze non sono quelle della impossibilità totale temporanea né quelle della impossibilità parziale definitiva. Trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull’obbligo di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire, *ex art. 1464 c.c.* una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita. In conclusione, oltre alla sospensione della garanzia fideiussoria, il giudice ha accolto la domanda cautelare disponendo la riduzione dei canoni di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20 % per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021.

#### 4.5 Doveri di solidarietà (Trib. Venezia, sez. I, 30 settembre 2020)

In questa particolare vicenda, con atto di citazione, il locatore aveva intimato sfratto per morosità con riferimento al contratto di *rent to buy* avente ad oggetto n. 19 unità immobiliari insistenti, lamentando il mancato versamento di canoni, per le componenti *rent e buy*, da dicembre 2019 sino a maggio 2020 un totale di circa 137 mila euro, di cui euro circa 49 mila euro a titolo di canoni di componente *rent*. Parte intimata si era opposta allo sfratto, eccependo che la morosità era dipesa da eventi eccezionali alta marea avvenuti a novembre 2019, in conseguenza dei quali era stato dichiarato lo stato di emergenza per 12 mesi,

e da gennaio 2020 per l'emergenza sanitaria legata all'epidemia di COVID-19. Premesso ciò, secondo il giudice non si trattava di impossibilità assoluta di godimento di una seppur significativa impossibilità parziale, dal momento che la disponibilità dei locali in sé e per sé considerata non era venuta meno. Quindi, in virtù di quanto innanzi esposto, il giudice ha ritenuto pertinente il richiamo all'art. 1464 c.c. (e non tanto l'art. 1463 c.c. citato da parte opponente) riguardante l'impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione e che prevede in capo alla parte la cui prestazione di per sé non è divenuta impossibile (parte conduttrice) la scelta tra riduzione della prestazione e il recesso. Anche questo caso, secondo la sentenza in commento, era opportuno trovare un accordo sulla quota di riduzione. Oltre a ciò, il giudice ha avuto modo di precisare che per un verso, la novità delle questioni nonché la considerazione degli impedimenti derivanti dai provvedimenti restrittivi emanati durante i mesi di marzo, aprile, maggio 2020 (art. 91 d.l. n. 18/2020) deponevano alla stato per la sussistenza di gravi motivi *ex art. 665 c.p.c.*; per altro verso, invece, vi erano ragioni che deponevano per la sussistenza dei "gravi motivi in contrario" *ex art. 665 c.p.c.*, dal momento che la notifica dell'atto di intimazione di sfratto per morosità in piena emergenza COVID era un comportamento di certo non ispirato del tutto a canoni solidaristici *ex art. 2 Cost.* Per i motivi esposti, il Tribunale ha rigettato l'istanza di rilascio, disposto il mutamento del rito e assegnato alle parti il termine di quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento presente, a pena di improcedibilità della domanda, per la presentazione della domanda di mediazione.

#### 4.6 La distribuzione del rischio (Trib. Milano, 21 ottobre 2020)

Nell'ambito della procedura di sfratto di morosità nei confronti di una società, la locatrice aveva avanzato una pretesa per i mesi di marzo, aprile e maggio 2020 di circa 11 mila euro per l'attività di ristorazione esercitata dalla conduttrice. Secondo il giudicante, in forza di ordine dell'autorità (*factum principis*) il conduttore aveva subito una limitazione nel godimento del bene locato non sotto il profilo della sua detenzione (che era rimasta al conduttore), quanto piuttosto della sua utilizzazione secondo la destinazione negoziale. Dunque, secondo tale assunto, entrambe le prestazioni (detenzione e destinazione contrattuale) rientravano nell'obbligo del locatore di mantenere la cosa locata, nel corso del rapporto, "in istato da servire all'uso convenuto" (art. 1575 n. 2) c.c. Oltre a ciò, il giudice milanese aggiunge che a causa dell'emergenza sanitaria in corso, era da ritenersi necessaria, alla luce del principio di buona fede e correttezza nonché dei doveri di solidarietà costituzionalizzati (art. 2 Cost.) una rinegoziazione del canone di locazione al fine di riequilibrare il sinallagma, così come caldeggiato anche dalla Suprema Corte nella relazione tematica n. 56 dell'8 luglio

2020. Pertanto, una rinegoziazione dell'importo del canone – nel senso di una sua temporanea riduzione – e/o delle modalità di corresponsione del canone stesso, verrebbe a riequilibrare lo scambio, richiedendo al locatore un sacrificio ampiamente inferiore a quello cui il conduttore sarebbe soggetto ove fosse tenuto a corrispondere l'intero canone, a fronte di un'utilità significativamente ridotta, seppur temporaneamente, esercitando parte conduttrice nell'immobile locato un'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande. Oltre a ciò, la sentenza prende in considerazione la nuova ondata di *lockdown*. Difatti, aggiunge il giudice che qualora il conduttore fosse costretto a corrispondere interamente il canone originariamente pattuito pur non potendo esercitare l'attività imprenditoriale che generava la necessità di prendere in locazione quell'immobile ovvero potendola sì esercitare, ma con stringenti limiti – come quelli di orario, che si stanno profilando divenire sempre più concreti alla luce dei prospettati provvedimenti di “coprifuoco” nella Regione Lombardia – il locatore verrebbe a trovarsi in una posizione di eccessivo vantaggio, continuando a ricavare un lucro che verosimilmente non otterrebbe se l'immobile venisse locato nel contesto dell'attuale soluzione emergenziale, atteso il valore ridotto del bene in tale periodo. Per i motivi esposti, il Tribunale di Milano ha invitato la locatrice a formulare alla conduttrice per iscritto una proposta di rinegoziazione del canone che comprenda il periodo marzo – dicembre 2020; nonché, termine per la conduttrice per prendere posizione su tale proposta, motivando le ragioni economiche sottese alla eventuale mancata accettazione o per formulare, a sua volta, una motivata controproposta alternativa. Solo nel caso di fallimento della rinegoziazione, si procederà al mutamento del rito.

#### **4.7 Illegittimi i DPCM Covid-19, va esclusa l'impossibilità sopravvenuta (Tribunale Roma, 16 dicembre 2020)**

Con ordinanza del 16 dicembre 2020 il Tribunale di Roma ha ritenuto che l'esistenza dell'emergenza da Covid-19 non sia di per sé condizione intrinsecamente impediente in termini assoluti, rilevante ai fini dell'impossibilità di adempiere alla propria prestazione (nel caso di specie, il pagamento dei canoni dell'immobile commerciale).

La limitazione ai diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti verificatesi nel periodo di emergenza sanitaria è dovuta, infatti, non alla intrinseca diffusione pandemica di un virus *ex se*, ma alla adozione “esterna” dei provvedimenti di varia natura (normativi ed amministrativi) i quali, sul presupposto della esistenza di una emergenza sanitaria, hanno compreso o addirittura eliminato alcune tra le libertà fondamentali dell'Uomo, così come riconosciute sia dalla Carta Costituzionale che dalle Convenzioni Internazionali.

Ai fini della valutazione sull'incidenza del sinallagma contrattuale, si deve quindi verificare se tale compressione fosse insuperabile, ovvero se si fosse in presenza di atti censurabili ed illegittimi e/o di una norma incostituzionale o in violazione delle Convenzioni internazionali, e se la loro ipotetica caducazione avrebbe potuto eliminare le conseguenze dannose.

Nel ritenere, per i motivi meglio espressi nell'ordinanza allegata, illegittimi in quanto in contrasto con la Carta Costituzionale il DPCM emergenziale, il Tribunale ha evidenziato come la parte ben avrebbe potuto (ed, anzi, dovuto) impugnare tale atto, con ciò eliminando in radice le conseguenze che ne sono derivate.

La caducazione, infatti, avrebbe interessato l'intero DPCM, trattandosi di disposizioni correlate le une alle altre, in un rapporto di stretta connessione che le avrebbe travolte nella interezza.

Si tratta quindi, a ben vedere, non di un danno "da emergenza sanitaria", ma di un danno da attività provvedimentoale, che si reputa illegittima, e che la parte non si è attivata in alcun modo per rimuovere e, di conseguenza, eliminarne gli effetti dannosi, che dunque ben avrebbe potuto evitare. In tale sentenza, si richiamano i limiti che incontra il giudicante, il quale non può eterodeterminare il contenuto del contratto, che appartiene alla sfera decisionale delle parti.

## 5. Interventi normativi

Lo stesso legislatore ha già adottato meccanismi compensatori idonei a ripristinare un equilibrio sinallagmatico o a ridurre lo squilibrio.

Solo per fare alcuni esempi, il d.l. n. 18/2020, c.d. Cura Italia, ha previsto all'art. 65, del d.l. n. 18/2020, in favore del conduttore un credito di imposta pari al 60% dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1- Negozi e botteghe.

Su tale aspetto, l'Agenzia delle Entrate (Ag. Entrate, circ. 3 aprile 2020, n. 8/E), tra i chiarimenti sulle norme del Decreto Cura Italia, ha fornito anche delle delucidazioni sul credito di imposta per le locazioni commerciali di negozi e botteghe di cui all'art. 65, d.l. n. 18/2020: il credito d'imposta, pari al 60% del canone di locazione del mese di marzo 2020, è riconosciuto solo sui canoni effettivamente pagati; un canone di locazione non pagato non produrrà il credito d'imposta in quanto la norma intende ristorare il conduttore del canone versato a fronte della sospensione dell'attività di impresa in questo periodo. Tale previsione compensa già a livello teorico l'eventuale eccessiva onerosità cui il conduttore va incontro e impedisce una rilevanza ai fini della risoluzione del contratto. L'art. 95 del c.d. decreto cura Italia ha invece previsto la possibilità, per le federazioni sportive nazionali, gli enti di promozione sportiva, le società e associazioni sportive, professionistiche e



dilettantistiche, che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato, di sospendere i canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali.

Vi è poi l'art. 91, comma 6-bis, d.l. n. 18/2020, in base alla quale “il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”. Tale norma consentirebbe una applicazione nei limiti ristretti di un ritardo nei pagamenti: nessuna norma impedisce infatti il pagamento del canone e lo stesso è quindi certamente dovuto, non potendo assumere rilievo le difficoltà finanziarie temporanee di carattere soggettivo.

Quando il legislatore ha voluto, è intervenuto espressamente, come in materia di impianti sportivi. In materia, l'art. 216 Decreto “Rilancio” ha espressamente previsto la rilevanza della limitazione imposta anche nel rapporto tra privati:

La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati.

In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito”, addirittura disponendo una automatica riduzione del canone (in mancanza di diversi accordi) pari al 50%, ponendo quindi un onere paritario tra le parti.

Tali norme sembrerebbero fornire una indiretta conferma della intangibilità del rapporto contrattuale alla luce della normativa, posto che, laddove l'ordinamento avesse già previsto al suo interno una possibile sospensione, riduzione o caducazione dei canoni dovuti, una simile disposizione non avrebbe avuto alcun senso.

## 6. Riflessioni

La Relazione ha messo in luce come “Il Covid potrebbe condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con l'altro principio del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadi-

menti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato” e che “Il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione”.

La Relazione citata concepisce la rinegoziazione come l'atto della parte “di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente”, che “La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale.

Ed allora l'obbligo di rinegoziazione ex bona fide non urta, ma, al contrario, rispetta l'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano manifestamente escluso: l'obbligo infatti, assecondando l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti”.

Se, tuttavia, “rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute”, “di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente”, la stessa parte non ha l'obbligo “di concludere il contratto modificativo”.

In particolare, a pag. 25 della Relazione, con riferimento al comportamento che deve essere tenuto dalla parte locatrice, è affermato chiaramente che “Di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno né all'altro contraente”.

Sempre nella citata relazione, la Corte di Cassazione si esprime sulla possibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo, riducendone la portata ad un ambito applicativo ridottissimo: “Disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Di equità si parla sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinarne gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare. È attraverso l'equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non definiti dalle parti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L'equità non è principio di giustizia

morale dacchè il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato.

Il suo intervento, tuttavia, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand'anche le scelte di queste gli appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato dalle parti. Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362 – 1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede dell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile né dalle parti, né dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformità, senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore”.

Invito tutti coloro che si sono iscritti al GRUPPO di lavoro “LOCAZIONI E CONTRATTI DI DURATA ALLA PROVA DEL COVID”, dopo avere letto con attenzione la relazione che troverete qui sopra, a riflettere sulle seguenti domande, sulle quali vorrei provocare un dibattito dopo che avrò illustrato alcuni casi pratici che ci troviamo sovente ad affrontare sul tema in oggetto:

- 1) SUSSISTONO EFFETTIVAMENTE GLI ESTREMI PER L'APPLICAZIONE DEI RIMEDI DELL'IMPOSSIBILITA' PARZIALE E DELLA ECCESSIVA ONEROSITA'?
2. SE SI IPOTIZZA LA POSSIBILITA' DI OPERARE UNA RIDUZIONE DEL CANONE, ATTRAVERSO QUALI CRITERI VA RIDETERMINATO?
3. NON C'È RISCHIO DI SFOCIARE NELL'ARBITRIO?
4. SINO A CHE PUNTO SI PUO' INTERVENIRE NELL'AUTONOMIA PRIVATA, CHE È ANCHE SCELTA DELLE PARTI DI ASSOGGETTARSI ALLA LIBERTA' DI FAR FALLIRE UN DETERMINATO PROGRAMMA NEGOZIALE?

Vorrei, con Voi, cercare di dare risposta a queste domande.

## Locazione e contratti di durata alla prova del Covid – Parte II

SOMMARIO: 1. Presentazione. – 2. Sussistono effettivamente gli estremi per l'applicazione dei rimedi dell'impossibilità parziale e dell'eccessiva onerosità? – 2.1 Obiezioni. – 2.2 Conclusione. – 3. Se si ipotizza la possibilità di operare una riduzione del canone, attraverso quali criteri? – 3.1 Casi concreti. – Quali limiti per noi giudici di merito nell'intervento sul regolamento negoziale?

### 1. Presentazione

La situazione inedita della pandemia e i provvedimenti restrittivi assunti per contenerne la diffusione hanno avuto pesanti ricadute anche sui contratti di locazione di immobili.

La locazione, in quanto rapporto di durata a prestazioni corrispettive, rappresenta un punto di osservazione privilegiato delle principali problematiche sollevate dal diritto dei contratti al tempo della Pandemia.

Si pone l'accento soprattutto sulle difficoltà che hanno incontrato e che incontrano i conduttori, con particolare riferimento alle **locazioni per usi commerciali**, che in larga misura hanno subito un blocco totale dell'attività o una ripresa limitata o "a singhiozzo".

**LOCAZIONI ad USO ABITATIVO:** In linea generale, considerato il generale obbligo di permanenza in casa imposto dai provvedimenti in oggetto si può prospettare il mancato godimento solo rispetto ad immobili non destinati ad abitazione di residenza, domicilio o dimora abituale. L'impossibilità sopravvenuta, con effetto risolutivo del contratto, può essere invocata per contratti transitori nei quali sia venuto meno il motivo per cui il conduttore ha richiesto la durata limitata (es. studenti universitari fuori sede – contratto previsto dall'art. 5 l. 431/98 – con riferimento all'anno accademico in corso dal 9 marzo in poi). Il motivo della permanenza in luogo e dell'uso dell'immobile è, infatti, enunciato (e deve essere enunciato) nel contratto stesso e viene a costituire un elemento funzionale della locazione. Analogamente può dirsi per locazioni brevi (ad es. per vacanza) venute a cadere nel periodo di restrizione della libertà di movimento (in tali casi il conduttore si è visto precluso il godimento del bene ed è configurabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione del locatore, quanto meno temporanea).

Il quesito che nasce dai rapporti contrattuali in essere e che viene insistentemente riproposto è: il canone è ugualmente dovuto? Il conduttore deve ugualmente pagare? Tutto o una parte?

Il Governo tramite Decreti Legge e DPCM è ripetutamente intervenuto nei rapporti giuridici di diritto privato in corso. Le disposizioni che presentano interesse per l'argomento in discussione, anche per i principi posti, soprattutto in ordine all'impossibilità sopravvenuta, sono:

- Il d.l. 23/02/2020 n. 6, che ha disposto la “chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità”;
- d.l. 18/20 (l. di conversione 27/20 del 24.4.20), art. 65. Credito d'imposta per botteghe e negozi.

1. Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1. 2. Il credito d'imposta non si applica alle attività di cui agli allegati 1 e 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020 ed è utilizzabile, esclusivamente, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241.

Art. 91. Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici

1. All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.».

In sostanza, il principio generale posto dall'art. 1218 c.c. (espressamente richiamato dall'art. 91 d.l. n. 18) secondo cui “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile” potrebbe condurre all'esonero da responsabilità del conduttore per inadempimento.

L'art. 1218 c.c. fa riferimento a qualunque obbligazione ed esonera il debitore da responsabilità ove assolva l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile.

Ma l'obbligazione principale del conduttore (pagamento del canone), traducendosi nella prestazione di una somma di denaro, per definizione non è mai impossibile: Cass. Sentenza n. 2555/1968: *L'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., estingue la obbligazione o giustifica il ritardo nell'adempimento è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente o temporaneamente l'adempimento dell'obbligazione.* Il che può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato e non già quando si tratta di una somma di danaro.

In realtà, nei rapporti locativi “in periodo di epidemia” l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non è quella (pecuniaria) del conduttore, ma quella (di mantenere il bene locato nel pacifico godimento del conduttore) del locatore.

Per meglio dire, se per un verso al conduttore è stato vietato l'esercizio della propria attività commerciale e non certo il pagamento del corrispettivo stabilito, anche per il locatore è divenuto pur temporaneamente impossibile rendere la sua prestazione, consistente appunto nel mantenere il bene locato nel pacifico godimento del conduttore (art. 1575 c.c.) secondo l'attività commerciale pattuita in contratto.

Le prime pronunce emerse in materia di inadempimenti contrattuali correlati al Covid-19 – tutte di natura cautelare o rese all'esito di un giudizio di convalida – hanno affrontato, da un lato, la persistenza e la misura dell'obbligo di pagamento del canone da parte del conduttore di un immobile commerciale, di un'azienda o di un ramo di azienda; dall'altro lato, la sorte delle garanzie (anche a prima richiesta) prestate dal conduttore divenuto moroso a causa del *lockdown* e delle misure restrittive adottate dal Governo per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Secondo i citati provvedimenti, gli effetti negativi dei provvedimenti governativi inciderebbero solo sulle obbligazioni di pagamento del canone relative al periodo di *lockdown*; mentre, in assenza di una rinegoziazione volontaria e condotta secondo correttezza e buona fede, il conduttore avrebbe diritto a vedere riequilibrato giudizialmente il rapporto negoziale, potendo ciò comportare, da un lato, una riduzione del canone anche per i periodi successivi al *lockdown* e, dall'altro lato, una maggiore “flessibilità” del locatore relativamente alle garanzie prestate dal conduttore.

Nonostante tali riflessioni, **lo scenario è ancora oggetto di interpretazioni e diverse applicazioni.**

Spetta, infatti, a noi giudici, in ultima istanza, a valutare, caso per caso, la gravità dell'inadempimento, l'applicabilità degli istituti giuridici menzionati ed il rilievo della buona fede contrattuale nel rapporto fra le parti.

Possibile fondamento normativo di una riduzione del canone?

## **2. Sussistono effettivamente gli estremi per l'applicazione dei rimedi dell'impossibilità parziale e dell'eccessiva onerosità?**

Impossibilità parziale:

In molti dei provvedimenti cautelari si è abbracciata la tesi della impossibilità parziale temporanea della prestazione (1464 c.c.)

TESI NEGATIVA, per esempio, esplicitata dalla recente ordinanza del Tribunale di Roma del dicembre 2020:

“Va anche esclusa la c.d. “impossibilità parziale sopravvenuta” come prevista dall’art. 1464 cc: Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l’altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all’adempimento parziale. Tale disposizione, in particolare, prevede la possibilità della riduzione della prestazione (canone), ma anche essa non ricorre nel caso concreto: innanzitutto non si può considerare la vicenda della emergenza sanitaria da agente virale SARS Cov 2 (che ha come conseguenza la malattia denominata COVID-19) come una “prestazione di una parte (locatore) divenuta solo parzialmente impossibile”.

In secondo luogo, non può ritenersi violato l’obbligo del locatore di consegnare e mantenere il bene in condizione da essere utilizzato secondo l’uso contrattualmente stabilito ai sensi dell’art. 1575 cc, non essendo riconducibile alcuna condotta di tale tipo al locatore, ma ad attività provvedimento conseguente alla situazione di emergenza sanitaria di tipo pandemico. Infine, va considerato che la situazione di “impossibilità sopravvenuta parziale”, allo stato non ha le caratteristiche della definitività.

Non può nemmeno ipotizzarsi la detta impossibilità parziale sotto il diverso profilo di rendere la prestazione dovuta (canone) ripetibile in parte quando la stessa prestazione sia divenuta impossibile solo in parte, ai sensi dell’art. 1258 cc. In questo caso il debitore (conduttore) si libera dall’obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. Anche qui, infatti, deve considerarsi che l’impossibilità parziale (ove fosse ipotizzabile), allo stato, non sarebbe comunque definitiva. Superata l’emergenza, infatti, l’immobile sarà nuovamente e totalmente utilizzabile e comunque, anche durante l’emergenza, lo stesso è stato occupato per la sua interezza da cose e beni del conduttore e dunque la limitazione non ha in realtà riguardato l’uso dell’immobile in sé.

Non è infine invocabile, ad avviso di questo giudice, neanche la cosiddetta impossibilità temporanea di adempiere alla propria obbligazione di cui all'art. 1256 cc, invocabile astrattamente a seguito del provvedimento di chiusura delle attività commerciali di cui al Dpcm dell'11 marzo 2020 e seguenti. Va considerato, infatti, che il divieto di esercitare temporaneamente l'attività non determina l'impossibilità per il conduttore di utilizzare l'immobile, che è la prestazione dovuta dalla contro parte (locatore). Inoltre la mancanza degli incassi dovuta alla chiusura forzata dell'esercizio commerciale non determina l'impossibilità di adempiere alla propria obbligazione (canone), atteso anche che il periodo interessato non è tale da esulare dal c.d. rischio di impresa”.

## 2.1. Obiezioni

1. Il contratto di locazione è un contratto di durata che soddisfa un interesse durevole. L'interesse si soddisfa “un tanto per volta”, definitivamente. Un fatto che impedisce per 1,2, o 3 mesi di godere del bene rende definitivamente impossibile quella prestazione nell' “unità di tempo di riferimento”. Dunque possiamo dire che nei contratti di durata abbiamo una impossibilità definitiva “ratione temporis” ed applicando l'art. 1464 c.c. occorrerebbe misurare la perdita di utilità.

L'impossibilità parziale è di solito relativa alla PRESTAZIONE DIVISIBILE.

Qui, in realtà, assistiamo ad una alterazione QUALITATIVA della prestazione, dunque la difficoltà sta nel pesare l'incidenza del fattore sopravvenuto, il quale ha inevitabilmente stravolto un principio cardine della materia locatizia, che è quello della SINALLAGMATICITA' tra godimento e corrispettivo, avendo inciso tale eccezionale situazione sul sinallagma contrattuale, fortemente squilibrandolo a sfavore del conduttore.

2. Il blocco delle attività commerciali e imprenditoriali (ad eccezione delle categorie che forniscono beni e servizi essenziali) disposto dal d.l. n. 6/2020 ha di certo prospettato come configurabile l' “impossibilità sopravvenuta”, in quanto non imputabile a nessuno dei contraenti, ma determinata da eventi esterni e che può essere assoluta (art. 1256, 1° c., c.c.) quando si estende alla intera durata del contratto, o temporanea (art. 1256, 2° c., c.c.).

Gli effetti dei provvedimenti anti-contagio potrebbero equipararsi agli effetti di un sisma e/o di un provvedimento autoritativo che abbiano reso l'immobile inagibile. In effetti, sebbene un evento sismico sia diverso da un divieto di utilizzo per *factum principis*, in entrambi i casi la conseguenza è l'esclusione del godimento del bene da parte del conduttore.

Va ricordato che le obbligazioni principali del locatore (art. 1575 c.c.), oltre a quella iniziale di consegnare il bene al conduttore in buono stato d'uso, sono:

- mantenere la cosa in istato da servire all'uso convenuto;



– garantirne il pacifico godimento durante la locazione.

Né l'una, né l'altra di tali obbligazioni in linea generale e principale sono state garantite nel periodo di blocco degli spostamenti delle persone e di sospensione delle attività imprenditoriali (salvo quelle dirette ad assicurare beni e servizi essenziali).

La Cassazione ha ben delineato le conseguenze nell'ipotesi in cui l'inagibilità del bene derivi da causa non imputabile a nessuno dei contraenti:

Cass. Sentenza n. 17844/2007: “In caso di impossibilità sopravvenuta del godimento degli immobili locati e destinati a scuola pubblica (nella specie, a seguito dei danni agli stessi causati da evento sismico, con conseguente adozione di ordinanze sindacali di sgombero ed inagibilità), dalla risoluzione del contratto di locazione ex art. 1463 cod. civ. consegue l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni; in particolare, all'impossibilità di godimento ed utilizzazione degli immobili in questione corrisponde la cessazione, per il conduttore, dell'obbligazione del pagamento del canone; [.....].”

Cass. – Sentenza n. 23987/2019: “In caso di risoluzione del contratto di locazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile alle parti (nella specie per lo stato di inagibilità dell'immobile conseguente ad evento sismico), non trova applicazione l'art. 1591 c.c. – non essendo configurabile il godimento, anche di mero fatto, dei beni già locati e la possibilità di una utilizzazione diretta o di un reimpiego da parte del locatore dei beni stessi nel periodo tra la cessazione del contratto e la effettiva riconsegna – ma la disciplina generale dettata dall'art. 1463 c.c. Ne consegue che il locatore è tenuto, per far valere il diritto alla restituzione del bene, a formulare apposita domanda – valendo essa a rendere imputabile al conduttore il ritardo – e, per ottenere il risarcimento del danno per ritardata restituzione, a dare prova di aver subito un effettivo pregiudizio dalla mancata disponibilità dell'immobile, non potendo tale pregiudizio ritenersi sussistente in re ipsa”.

Cass. Sentenza n. 3991/2004: “In relazione ai contratti di locazione di immobili urbani, qualora l'immobile locato venga a versare, anche se non per colpa del locatore, in condizioni tali da non consentire il normale godimento del bene in relazione alla sua destinazione contrattuale, (nel caso di specie, le infiltrazioni di umidità derivanti dalle fatiscenti tubature condominiali avevano reso l'immobile almeno in parte inagibile), il conduttore convenuto in giudizio per il pagamento dell'intero canone, se non può validamente opporre l'eccezione di inadempimento, ha comunque diritto ad ottenere una riduzione del canone, proporzionale alla riduzione dell'utilità che il conduttore consegue, a causa dei limiti esistenti al pieno godimento del bene come contrattualmente previsto.

Nella motivazione della sentenza si legge che: “se l'eccezione di inadempimento può essere opposta dal conduttore solo in presenza di un inadempimento

dependente da colpa, anche se non totale (Cass. 7 marzo 2001 n. 3341), quando il locatore agisce, come ha fatto in questo caso, per ottenere l'intero pagamento del canone, il conduttore, nel caso di oggettiva mancanza della controprestazione del locatore, può opporgli in via di eccezione, non il diritto a restare nella cosa locata senza pagare alcun canone sino alla naturale conclusione del contratto ed in attesa del ripristino del rapporto, ma certamente il diritto ad ottenere una riduzione del canone, che tenga conto della riduzione delle utilità che il conduttore si trova a ritrarre dalla detenzione del bene in una condizione in cui ne è ostacolato il pieno godimento contrattuale da parte sua (artt.1464 e 1584 cod. civ.)” [1464 impossibilità parziale; 1584 riduzione canone per riparazioni protratte oltre venti giorni].

## 2.2. Conclusione

Alla luce di questi principi deve ritenersi, facendo un'applicazione se vogliamo “coraggiosa” o “estensiva” dell'art. 1464 c.c., che per le locazioni ad uso diverso, rispetto alle quali al conduttore sia stato precluso il godimento in forza dei noti provvedimenti restrittivi, il corrispettivo relativo al periodo di forzata sospensione dell'attività svolta nell'immobile non sia dovuto, in tutto o in parte.

Come rilevato dalla giurisprudenza citata non è in gioco l'inadempimento del conduttore, ma l'esistenza della prestazione (godimento del bene) che legittima il locatore a pretendere la controprestazione (pagamento del canone).

Malgrado la stretta analogia della situazione determinata dai provvedimenti restrittivi con quella determinata da un provvedimento specifico, che abbia dichiarato l'inagibilità dell'immobile, va rilevato che mentre quest'ultimo provvedimento muove da una condizione di sopravvenuta inidoneità del bene locato, nel caso del *lock-down* la preclusione è di tipo generalizzato e non origina minimamente dalle condizioni dell'immobile. In sostanza, va esaminato caso per caso se la prestazione promessa con il contratto sia totalmente mancata (limitatamente al periodo del *lockdown*) ovvero se sia stata garantita almeno in parte: si pensi alla funzione di conservazione all'interno dei locali dei beni strumentali del conduttore e all'attività manutentiva del locatore, nonché a quella di predisposizione e mantenimento dei servizi volti a conservare l'efficienza dell'immobile anche al fine di consentire una immediata ripresa del godimento non appena cessato l'impedimento legale.

In particolare, tornando alle obbligazioni principali del locatore indicate dall'art. 1575 c.c. va valutato rispetto al singolo caso se, pur mancando il principale aspetto del “godimento” per l'uso contrattualmente previsto, vi sia stata qualche altra forma di godimento del bene; ciò al fine di decidere se sia legittima l'integrale sospensione del pagamento del canone (sempre limitatamente al

periodo di mancato godimento) ovvero se il canone sia dovuto, anche solo in misura ampiamente ridotta.

Eccessiva onerosità

TESI NEGATIVA, esplicitata dalla recente ordinanza del Tribunale Roma del dicembre 2020:

“Infine, non ricorre nemmeno la “eccessiva onerosità sopravvenuta” ai sensi dell’art. 1467 cc. L’immobile ha conservato il proprio valore locativo nel periodo interessato e, comunque, la onerosità deve attenere ad aspetti obiettivi e non alle condizioni soggettive (perdita di reddito, ad esempio) del conduttore. Tale soluzione, peraltro, potrebbe determinare solo la pretesa di risoluzione del contratto da parte del conduttore (evitando il preavviso di 6 mesi per gravi motivi) e sempre che il locatore, di fronte alla richiesta risoluzione, non “offra di modificare equamente le condizioni del contratto”.

Anche in questo caso, tuttavia, va considerata la non definitività della situazione di crisi che determina l’eccessiva onerosità ed il periodo limitato di tempo consente di ritenere che si verta in ipotesi di ordinario rischio di impresa, che grava sul conduttore”.

CONCORDO SULLA INAPPLICABILITÀ dell’art. 1467 c.c.

### **3. Se si ipotizza la possibilità di operare una riduzione del canone, attraverso quali criteri?**

Se scegliamo la strada di operare una riduzione del canone di locazione, dobbiamo chiederci: su chi deve gravare il rischio della sopravvenienza da Covid-19? Quale regola di distribuzione del rischio dobbiamo applicare?

VALORI IN GIOCO:

a. Prevedibilità delle risposte:

Valore ribadito di recente anche da CASS.SSUU 19596/2020 intervenuta in tema di procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e soggetto cui attribuire l’onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione: “È certo, però, che l’impostazione data dalla sentenza n. 24629 del 2015 non ha raccolto l’unanime consenso degli uffici giudiziari di merito i quali si sono divisi su posizione tra loro inconciliabili”. (...) Rilevano le Sezioni Unite che una simile frontale contrapposizione non giova al sistema; le regole processuali, infatti, costituiscono uno strumento finalizzato a permettere alle parti il corretto esercizio del diritto di difesa attraverso la proposizione delle rispettive posizioni (...).

L’intervento delle Sezioni Unite è, quindi, quanto mai opportuno; la Corte Suprema, infatti, non può ignorare che la sentenza del 2015 ha determinato una spaccatura dei giudici di merito, tanto più da evitare in quanto l’effetto di preve-

dibilità delle decisioni giudiziarie si va affermando come un valore prezioso da preservare, anche in termini di analisi economica del diritto.

(...) Le ragioni poste a sostegno della tesi qui recepita dimostrano come sia priva di fondamento la costruzione, in precedenza ricordata, che vorrebbe porre l'onere della procedura di mediazione a carico ora dell'opponente ora dell'opposto, a seconda che sia stata o meno concessa la provvisoria esecuzione. Simile interpretazione, oltre a prestare il fianco ad evidenti ambiguità, è in contrasto con l'esigenza di dare al sistema una lettura il più possibile chiara ed univoca, che sia in grado di dissipare i dubbi degli interpreti e degli operatori del diritto.

b. necessità per il giudice di compiere una *“valutazione rigorosa che non sfoci nell'arbitrio”* (rel. Tematica), rischio che non possiamo correre.

Se aderiamo alla tesi di operare una riduzione del canone, come riterrei di aderire, occorre procedere ad una valutazione rigorosa di tutte le variabili allegatte dalle parti nella fattispecie concreta.

Non si può trascurare che l'individuazione della misura corretta di riduzione è frutto di una valutazione COMPLESSIVA del rapporto contrattuale interessato: la stessa non si deve esaurire, dunque, nell'attuale impossibilità, per il conduttore, di utilizzare l'immobile per la destinazione imprenditoriale che era stata convenuta, ma deve tener conto delle altre prestazioni dovute dal locatore e del rispetto che costui vi abbia dato.

Es: il conduttore utilizza comunque l'immobile per ricovero macchinari, per attrezzature, per cucinare nel caso di ristoranti di asporto etc..., per preservare alimenti non deperibili, stivati in magazzini o congelatori.

CASO PARADIGMATICO: Attività di ristorazione, non causalmente oggetto di quasi tutti i provvedimenti cautelari o di sfratto.

In tali casi, il conduttore dovrà allegare e provare il parziale inutilizzo dell'immobile, mentre il locatore potrà obiettare che durante il lock-down il locale è parzialmente servito all'uso pattuito (es., asporto) oppure che, alla riapertura al pubblico, la clientela ospitabile sia rimasta in linea col periodo pre-pandemico.

Es: nel caso di ristoranti particolarmente esclusivi, con pochi coperti ed una disposizione di tavoli ben distanziati tra loro per garantire riservatezza: in tal caso il rispetto delle misure di contenimento è compatibile con l'uso originariamente convenuto, sì che il conduttore non avrà diritto ad alcuna riduzione del canone.

Occorre rifuggire dalla ricerca di un criterio generale, dovendo ricercare caso per caso la giustizia del caso concreto, operazione non facile e che non può prescindere dalle allegazioni delle parti, che devono fornire al giudice elementi per esprimere una valutazione rigorosa, che *“non sfoci nell'arbitrio”*.

Si vedano, ad esempio, questa due pronunce, entrambe rese in tema di immobili adibiti ad uso ristorazione o, comunque, somministrazione cibo e bevande, che suggeriscono percentuali di riduzione profondamente diverse tra loro senza motivare, in concreto e sulla base dell'allegazione di parte, sulle ragioni di quella scelta:

Trib. Roma 27 agosto 2020: “in ragione della mancata ottemperanza della parte resistente ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà, sembra necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021; si rileva al riguardo che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela è contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria”.

Trib. Modena 15 febbraio 2021 “L'impossibilità ha natura temporanea (poiché transeunte e discontinua) e parziale (l'immobile è stato impiegato, nei periodi di cd. lockdown, come deposito e, nei periodi in cui era ed è consentito solo l'asporto, per la somministrazione di cibo e bevande, ma non per la loro fruizione in loco), quindi la conduttrice ha diritto alla riduzione del canone dovuto (art. 1464 c.c.) secondo percentuali diverse a seconda dei limiti legali all'esercizio dell'impresa tempo per tempo vigenti, quali – per ipotesi – l'ottanta per cento nei mesi di marzo, aprile e maggio del 2020 e il cinquanta per cento nei mesi di ottobre, novembre e dicembre 2020, gennaio e febbraio 2021. Nel periodo in cui è stata ed è consentita la prestazione dei servizi di ristorazione senza limiti ulteriori e diversi dall'osservanza dei protocolli di sicurezza (giugno-settembre 2020), la corretta attuazione di questi, come l'assicurazione della distanza interpersonale dei clienti, comporta indubbiamente l'ascesa dei costi e il declino dei proventi d'impresa, ma l'alterazione qualitativa della controprestazione (la sua minor utilizzabilità) non attinge al piano dell'impossibilità, perciò non legittima la conduttrice alla sospensione del pagamento del canone né alla sua riduzione”.

In definitiva, atteso il momento e l'applicazione pratica dei primi provvedimenti, a parere di chi scrive, la scelta primaria e migliore resta quella di SOLLECITARE un **“pacifico accordo tra le parti”** tale da **soddisfare entrambi gli interessi**, posto che la stella polare che deve guidare l'interprete è quella della conservazione del contratto.

Credo che l'esigenza manutentiva sia ancora più da perseguire, nell'attuale momento storico, in considerazione dell'estrema difficoltà per i conduttori di reperire nuovi e economici locali dove spostarsi rapidamente e per i locatori di rintracciare a loro volta altri soggetti cui locare l'immobile.

### 3.1 Casi concreti

#### a) Convalida sfratto

1. Possono profilarsi diverse ipotesi:

Sospensione integrale pagamento lockdown e poi ripresa nel pagamento: sollecitare rinegoziazione con formulazione proposta e controproposta, oppure 666 c.p.c. per il 50% (sa non paga, convalido, se paga, Mutamento Rito);

2. Sospensione integrale e continuativa: sì 665 c.p.c. + Mutamento Rito.

#### b) Giudizio di merito (anche post MR da convalida di sfratto)

– inadempimento di gravità tale da condurre ad una risoluzione?

Si profilano 4 ipotesi nel G di merito:

1) Risoluzione contratto, se morosità totale?

2) Risoluzione contratto, se morosità parziale?

3) Clausola risolutiva espressa?

4) Condanna al pagamento canoni? Integrale o parziale?

Ferma restando la disamina caso per caso, direi che certamente dobbiamo valutare l'(in) adempimento (o tardivo adempimento) sino alla data della decisione e:

a) in caso di inadempimento totale e protratto (successivo alla conversione rito) risoluzione (inadempimento grave) e condanna al rilascio immobile;

b) in caso di pagamenti di mera quota di canone, occorre valutare la congruità e durata (sino al momento della decisione) e rigettare la pronuncia risolutiva se ritenuto il pagamento parziale appunto congruo (almeno la metà) e rigettare la condanna al pagamento della residua quota canone (per tutto il periodo trascorso o per quanto? io mi fermerei comunque al momento della decisione);

c) applicazione ed adattamento della giurisprudenza sulla esistenza di inadempimento in radice per escludere le conseguenze della clausola risolutiva espressa invocata: La risoluzione di diritto del contratto conseguente all'applicazione di una clausola risolutiva espressa postula non soltanto la sussistenza, ma anche l'imputabilità dell'inadempimento, in quanto la pattuizione di tale modalità di scioglimento dal contratto, pur eliminando ogni necessità di indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento, non incide, per converso, sugli altri principi regolatori dell'istituto della risoluzione, né, in particolare, configura un'ipotesi di responsabilità senza colpa, onde, difettando il requisito della colpevolezza dell'inadempimento, la risoluzione non si verifica né, di conseguenza, può in alcun modo essere legittimamente pronunciata.

Pertanto, ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento, in presenza di clausola risolutiva espressa, pur se la colpa del contraente inadempiente si presume, ai sensi dell'art. 1218 c.c., il giudice non è tenuto solo a constatare che l'evento previsto dalla detta clausola si sia verificato, ma deve esaminare, con riferimento al principio della buona fede, il comportamento dell'obbligato, potendo la risoluzione essere dichiarata solo ove sussista (almeno) la colpa di quest'ultimo.

In termini essenziali, perciò, deve affermarsi che la clausola risolutiva espressa non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito del previsto inadempimento, essendo sempre necessario, ai sensi del citato 1218 c.c., l'accertamento dell'imputabilità dell'inadempimento al debitore almeno a titolo di colpa.

Pertanto, la clausola non sarà efficacemente invocabile dal locatore ove il mancato pagamento si riferisca al periodo in cui il godimento dell'immobile è stato inibito dai provvedimenti restrittivi per coronavirus.

Nel caso, invece, che inadempimento del conduttore vi sia, in tutto o in parte, potrebbe trovare applicazione la valutazione prevista dall'art. 91 d.l. 18/20 ove il conduttore allegghi e dimostri di non aver potuto pagare tempestivamente a causa dei provvedimenti anti-contagio.

d) condanna al pagamento: è quindi il punto più dolente sia per i canoni scaduti (pagamento dell'intero o una quota appunto?) sia per i canoni a scadere in caso di risoluzione (qui sarei propensa comunque all'intero perché il contratto è cessato e l'indennità ha funzione risarcitoria).

#### 4. Quali limiti per noi giudici di merito nell'intervento sul regolamento negoziale?

Vi leggo quanto scritto in una memoria di costituzione di parte locatrice nell'ambito di un giudizio introdotto con ricorso 447 c.p.c. con cui il conduttore chiedeva la riduzione del canone per i periodi da marzo 2020 a marzo 2021: *“Gli imprenditori negoziano e si assumono il rischio d'impresa. Il Giudice applica la legge, non ridistribuisce il rischio d'impresa. Non lo alloca con sentenza.*

*Anche perché il rischio corrisponde a responsabilità e il Magistrato non è responsabile dell'andamento dell'impresa, non divide né oneri né onori con le Parti.*

*Il Magistrato non ha alcun potere di sostituirsi alle Parti e rideterminare soluzioni contrattuali diverse da quelle negoziate dalle Parti ab origine e men che meno può sostituirsi alle Parti sovrapponendo una sentenza alle condizioni di un accordo contrattuale non raggiunto”.*

Concordo sull'impossibilità per noi giudici di sostituirci nelle scelte che competono solamente alle parti e sul fatto che obbligo di rinegoziare non significa obbligo di concludere il contratto modificativo.

Opinare diversamente significa annichilire l'autonomia privata, che è anche scelta di assoggettarsi alla LIBERTA' di far un determinato programma negoziale.

Occorre, infatti, tener conto che la buona fede è pur sempre strumentale agli interessi che le parti vogliono realizzare ed il giudice non può arrogarsi il diritto di sostituirsi alla loro volontà ed utilizzare in maniera ipertrofica il canone di buona fede, tenuto anche conto che nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un sindacato.

Vorrei concludere queste mie riflessioni con una citazione tratta da "L'autonomia privata e i suoi limiti" del Prof. Piero Schlesinger, illustre giurista scomparso a causa di questa terribile Pandemia nel marzo 2020, il quale, più di vent'anni fa (correva l'anno 1999) affermava, con parole che ora risuonano come un presagio: "Fortunatamente, tuttavia, parrebbe sempre ben fermo il baluardo più importante della libertà di autodeterminazione dei privati: al di là di interventi specifici del legislatore, la regola generale rimane il rispetto della volontà dei contraenti, liberi di poter scegliere con totale discrezionalità i loro obiettivi e gli strumenti economici con cui perseguirli. Pertanto, almeno in linea di principio (...) il giudice "non può metter i piedi nel piatto" e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la "giustizia" sostanziale della transazione".





## Emergenza epidemiologica e contratti di banca

SOMMARIO: 1. Premessa. Il ruolo delle banche nelle misure di contenimento del Covid-19. – 2. La sospensione dei pagamenti relativi alle operazioni di mutuo per l'acquisto della prima casa. – 2.1. Profili problematici. Gli oneri residui a carico del mutuatario; la quota di calcolo degli interessi c.d. di sospensione. – 3. Le misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese relative alle esposizioni debitorie pregresse. – 3.1. Profili problematici. La base di calcolo degli interessi di sospensione; la composizione della rata sulla quale calcolare gli interessi di sospensione; la determinazione del saggio degli interessi. – 4. Le misure di sostegno alle imprese relative a nuovi finanziamenti. Cenni. – 5. La valutazione del merito creditizio. – 6. La forma dei contratti bancari stipulati durante l'emergenza sanitaria. – 6.1. Profili problematici. Il mancato rispetto delle condizioni previste dalla norma. Conseguenze. – 7. Lo *ius variandi* nel contesto della pandemia. – 8. Riferimenti bibliografici.

### 1. Premessa. Il ruolo delle banche nelle misure di contenimento del Covid-19.

Al fine di fronteggiare l'emergenza epidemiologica, il legislatore italiano ha adottato diverse misure straordinarie a sostegno delle famiglie e delle imprese, dirette a prevenire e contenere l'espansione e gli effetti causati dalla diffusione del Coronavirus sul sistema economico. Il quadro degli interventi governativi, posti in essere tra marzo e dicembre 2020, si presenta piuttosto complesso ed è composto dai seguenti provvedimenti di urgenza, oggi convertiti in legge: il decreto Cura Italia, il decreto Liquidità, il decreto Rilancio, il decreto Agosto, nonché i quattro decreti Ristori, espressamente abrogati e confluiti in un'unica legge di conversione (l. 18 dicembre 2020, n. 176) ai quali si aggiunge la legge di Bilancio per il 2021 (l. 30 dicembre 2020, n. 178). In ragione del perdurare dell'emergenza sanitaria, nel corso del 2021, sono inoltre stati adottati, ai fini che qui interessano, il decreto Sostegni (d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito in l. 21 maggio 2021, n. 69), il decreto Riaperture (d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito in l. 17 giugno 2021, n. 87) e il decreto Sostegni *bis* (d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in l. 23 luglio 2021, n. 106).

Tra le molteplici linee direttrici che hanno guidato l'esecutivo assumono particolare rilevanza gli strumenti volti al sostegno della liquidità mediante l'utilizzo del sistema bancario e finanziario come canale di connessione per garantire il supporto statale all'economia reale, finalizzati a ridurre il rischio che gli effetti negativi della pandemia sull'economia si trasferiscano al settore del credito.

Non potendo il Governo fornire liquidità immediata nella misura necessaria, non sussistendo le condizioni economiche per procedere a elargizioni a fondo perduto in termini sufficienti per fronteggiare l'emergenza, una prima linea di intervento è stata quella di aiutare privati e imprese sospendendo determinati obblighi di pagamento nei confronti delle banche. In tale ambito, nei rapporti di durata basati su meccanismi di pagamento rateale, si è proceduto mediante interventi volti a provocare una temporanea inesigibilità del credito e in particolare, da un lato, concedendo la sospensione dei pagamenti relativi alle operazioni di mutuo per l'acquisto della prima casa, e, dall'altro, prevedendo, in favore delle piccole e medie imprese, l'operatività di una moratoria dei finanziamenti bancari; in questo solco, al fine di evitare il rischio che proprio la grave crisi di liquidità causata dalla situazione emergenziale sia di ostacolo, per gli operatori economici, nell'ottenere finanziamenti o piani di accesso facilitato al credito si inserisce inoltre la previsione della sospensione dei termini di scadenza dei titoli di credito; un'ulteriore attività di intervento, attuata per il tramite del sistema bancario, è stata quella di prevedere la concessione di garanzie statali sulla "nuova finanza". Inoltre, con l'intento di agevolarne la conclusione, il legislatore è intervenuto semplificando, in deroga al regime ordinario in materia di forma, la sottoscrizione dei contratti bancari e le comunicazioni tra istituti di credito e clienti al dettaglio.

Al sistema bancario è stato, quindi, affidato un ruolo centrale nel sostegno delle imprese danneggiate dalla pandemia, evidenziato dalla stessa Banca d'Italia nella raccomandazione diffusa il 10 aprile 2020, ove è stato sottolineato che agli intermediari è richiesto "un impegno importante sia per l'oggettiva difficoltà in cui versano tutti i settori di attività economica, incluso quello della finanza, sia in relazione alla rapida evoluzione della normativa emergenziale".

Le misure governative volte a sostenere il fabbisogno di liquidità delle imprese italiane si innestano all'interno del quadro europeo temporaneo sugli aiuti di Stato, definito dalla Commissione Europea nello *State Aid Temporary Framework*, adottato il 19 marzo 2020, al fine di consentire agli Stati Membri di sostenere il tessuto economico produttivo nazionale nel contesto della pandemia, in deroga a quanto consentito dalla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato.

## 2. Sospensione dei pagamenti relativi alle operazioni di mutuo per l'acquisto della prima casa.

Tra le misure di sostegno riconducibili nell'ambito delle c.d. moratorie, il legislatore ha innanzitutto previsto la sospensione dei pagamenti a beneficio dei titolari di un mutuo contratto per l'acquisto di unità immobiliare da adibire ad abitazione principale del mutuatario.

Mediante l'art. 54 del decreto Cura Italia, integrato dall'art. 12 del decreto Liquidità, il legislatore ha infatti rafforzato i benefici già previsti dal Fondo di solidarietà Gasparrini<sup>1</sup>, disciplinato dalla legge finanziaria 2008 (art. 2, commi 475-480, l. n. 244 del 2007). Ciò è stato attuato, da un lato, attraverso la previsione di disposizioni temporanee, connesse al perdurare dello stato emergenziale, volte ad estendere l'ambito soggettivo dei beneficiari della misura in parola (ampliamento delle condizioni soggettive di accesso al fondo, estensione dell'importo mutuato, irrilevanza dell'ISEE); dall'altro attraverso la parziale modifica, con intervento destinato quindi a permanere oltre la fine della pandemia, di alcune disposizioni, con l'intento di consentire l'accesso ai benefici di quanti più aventi diritto possibile (riduzione della quota degli interessi coperta dal Fondo).

Nella disciplina ordinaria del Fondo, si prevede a favore di quei soggetti, titolari di un mutuo c.d. prima casa, che hanno subito, successivamente alla stipula del contratto, determinati eventi pregiudizievoli incidenti sulla capacità di provvedere alla restituzione del debito (cessazione del rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato *ex art. 409 c.p.c.* per fatto non imputabile al lavoratore o non fisiologico<sup>2</sup>, morte o riconoscimento di handicap grave *ex art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992*, ovvero invalidità civile non inferiore all'80%), il riconoscimento del diritto di ottenere dall'istituto di credito la sospensione del pagamento delle rate.

All'atto della richiesta di sospensione e della relativa ammissione la durata del contratto viene prorogata per il periodo di sospensione concretamente concesso, al termine del quale "il pagamento delle rate riprende secondo gli importi e con la periodicità originariamente previsti dal contratto", salva successiva negoziazione delle parti. La sospensione può essere chiesta per non più di due volte, e per un periodo massimo di diciotto mesi nell'ambito del contratto, e in tal caso la durata del contratto di mutuo e delle garanzie viene prorogata di un periodo eguale alla durata della sospensione. È inoltre previsto che il Fondo intervenga erogando alla banca una data somma a titolo di indennizzo per la perdita alla

---

<sup>1</sup> Gestito da Consap S.p.a., società *in house* interamente partecipata dal M.E.F.

<sup>2</sup> Sono, infatti, fatti salvi i casi di risoluzione consensuale, licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, dimissioni del lavoratore non per giusta causa ma anche pensionamento.

quale va incontro l'intermediario, in ragione della maggior durata del periodo per cui è privato della disponibilità del capitale mutuato.

Ciò posto l'art. 54 del decreto Cura Italia ha innanzitutto temporaneamente esteso la base soggettiva di accesso ai benefici ai lavoratori autonomi<sup>3</sup> e ai liberi professionisti che abbiano registrato in un trimestre successivo al 21 febbraio 2020 (oppure nel minor lasso di tempo intercorrente tra la data della domanda e la predetta data) un calo del proprio fatturato superiore al 33% rispetto all'ultimo trimestre 2019, in conseguenza della chiusura o della restrizione della propria attività, in attuazione delle disposizioni adottate per l'emergenza coronavirus. La legge di conversione del decreto Liquidità ha inoltre ulteriormente esteso l'ammissione anche agli imprenditori individuali, ai piccoli imprenditori e ai titolari di quote di mutuo contratto collettivamente da cooperative edilizie.

L'accesso al Fondo era peraltro già stato oggetto di ampliamento nella prima fase dell'emergenza, avendo l'art. 26 del d.l. n. 9 del 2020, convertito in l. 5 marzo 2020 n. 20, previsto che la moratoria sui mutui prima casa si applichi anche nell'ipotesi di riduzione del 20% dell'orario, o di sospensione dal lavoro per almeno trenta giorni consecutivi, anche qualora il richiedente sia in attesa di provvedimenti a sostegno del reddito. Si osserva che tale ultimo intervento, prevedendo l'introduzione di nuova lett. c) *bis* nell'art. 2, comma 479, l. n. 244 del 2007, pare destinato a permanere anche dopo l'esaurimento della pandemia.

Per quanto riguarda il meccanismo di accesso alla sospensione, ai beneficiari non è richiesto di fornire prova né della riduzione del fatturato, né del rapporto causa effetto tra pandemia e contrazione dei ricavi, avendo il legislatore optato per il meccanismo della autocertificazione. Sotto tale ultimo profilo va evidenziato il risicato potere di verifica che residua in capo agli istituti di credito: le banche, infatti, ricevute le domande corredate dall'autodichiarazione, devono limitarsi a verificare i requisiti soggettivi dei richiedenti, l'autodichiarazione dagli stessi presentati, nonché la natura del mutuo, ovvero che lo stesso, prescindendo dal fatto che sia fondiario o ipotecario, sia stato concesso limitatamente all'acquisto della prima. L'accesso al Fondo richiede, inoltre, l'intervento di Consap chiamata a occuparsi dell'istruttoria, tuttavia – al fine di rendere immediatamente operativa la sospensione del pagamento delle rate – le banche e gli altri soggetti abilitati alla concessione del credito potranno procedere già all'esito del controllo di regolarità e di completezza dell'istanza.

---

<sup>3</sup> In forza di quanto stabilito del combinato disposto degli artt. 12, comma 1, decreto Liquidità e 27, comma 1, decreto Cura Italia, il beneficio è esteso ai liberi professionisti titolari di partita IVA alla data del 23 febbraio 2020 e ai lavoratori titolari di collaborazione coordinata e continuativa attivi alla medesima data, iscritti alla Gestione separata (*ex art. 2, comma 26, l. 8 agosto 1995 n. 335*), non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie.

L'accesso alla sospensione del mutuo viene previsto sia per le rate a scadere al momento di presentazione della domanda, sia per le rate scadute e non pagate antecedentemente a tale data, purché il ritardo nei pagamenti non sia superiore a 90 giorni consecutivi. Inoltre, nel periodo di vigenza degli interventi straordinari, a differenza di quanto prescritto dalla disciplina ordinaria del Fondo Gasparrini<sup>4</sup>, non viene considerata condizione di ammissibilità la fascia di reddito dell'istante, estendendo l'art. 54 a tutti i beneficiari del Fondo l'esonero dalla presentazione dell'ISEE e l'importo massimo dei mutui ammissibili alla sospensione (sempre in via provvisoria) viene aumentato a 400.000 euro.

Da ultimo, in forza del primo comma dell'art. 54, anche chi ha già goduto dei benefici del Fondo (avendo ottenuto la sospensione del mutuo per due volte e per un periodo di diciotto mesi nell'ambito dello stesso contratto) ha diritto a proporre una nuova richiesta di sospensione, essendo espressamente prevista la deroga alla disciplina ordinaria del Fondo.

Oltre alle indicate modifiche alla disciplina del Fondo Gasparrini avente, come visto, carattere temporaneo connesso al perdurare della situazione di emergenza, il legislatore ha posto in essere interventi destinati a protrarsi oltre l'esaurirsi della pandemia, concernenti la quota di erogazione a carico del Fondo.

Come già ricordato, infatti, la disciplina in esame prevede l'intervento del Fondo nella corresponsione alla banca di una somma a titolo di rimborso per la perdita alla quale va incontro l'intermediario, in ragione della maggior durata del periodo per cui è privato della disponibilità del capitale mutuato.

Il comma 3 dell'art. 54 ha riformulato il comma 478 dell'art. 2 l. n. 244 del 2007, che stabilisce la misura degli interessi di cui si fa carico il Fondo nel periodo di sospensione, introducendo, da un lato, una limitazione dell'intervento assistenziale (riduzione della quota degli interessi coperti dal Fondo) e facendo riferimento, dall'altro, a tutti gli interessi, senza riproporre la precedente sottrazione della componente di maggiorazione (ovvero dello *spread*). Il nuovo testo del comma 478 prevede infatti che il Fondo provvede "al pagamento degli interessi compensativi nella misura pari al 50% degli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione"<sup>5</sup>. Tale disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 2 comma 3 del decreto M.E.F. 25 marzo 2020, secondo

---

<sup>4</sup> In forza della quale i mutui devono essere di importo non superiore a 250.000 euro e stipulati da soggetti il cui ISEE sia inferiore a 30.000 euro.

<sup>5</sup> Il previgente comma 478 prevedeva invece che il Fondo provvedesse al "pagamento degli oneri finanziari pari agli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione, corrispondente esclusivamente al parametro di riferimento del tasso di interesse applicato ai mutui e pertanto al netto della componente di maggiorazione sommata a tale parametro".

cui “ai fini del calcolo degli interessi compensativi si applica il tasso di interesse contrattuale vigente al momento della presentazione della richiesta di sospensione del pagamento delle rate del mutuo”. La riduzione della quota degli interessi coperta dal Fondo è giustificata dal prevedibile numero elevatissimo di richieste di sospensione, occorrendo garantire al maggior numero di persone possibile l'accesso al beneficio della sospensione del mutuo prima casa.

La sospensione prevista inizialmente per un periodo di 9 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto Cura Italia (ovvero dal 17 marzo 2020) è stata prorogata dalla legge n. 176 del 18 dicembre 2020 di conversione del d.l. n. 137 del 28 ottobre 2020 (decreto “Ristori”) al 31 dicembre 2021. La proroga della sospensione decorrerà dalla prima rata in scadenza successiva alla presentazione della richiesta. Inoltre, sempre in forza della richiamata legge di conversione, sino al 9 aprile 2022, l'accesso al Fondo è consentito anche nelle ipotesi di mutui in ammortamento da meno di un anno<sup>6</sup>.

Il decreto Sostegni *bis*, all'art. 64, ha infine prorogato sino al 31 dicembre 2021 la possibilità di accedere al Fondo Gasparri per un massimo di diciotto mesi, ripristinando la disciplina dettata dall'art. 54, comma 1, del decreto Cura Italia, ivi inclusa, in particolare, la previsione della possibilità di accedere ai benefici del Fondo anche per i lavoratori autonomi e liberi professionisti, non ricompresi nell'estensione temporale in precedenza effettuata dalla l. n. 176 del 2020. Inoltre il decreto Sostegni *bis* ha previsto un ampliamento della garanzia statale verso determinate categorie che presentano maggiori criticità di accesso al credito. In particolare, al fine di favorire l'autonomia abitativa dei più giovani, i commi da 2 a 5 dell'art. 64 d.l. n. 73 del 2021 stabiliscono che l'accesso al Fondo possa avvenire in via prioritaria da parte di soggetti che non hanno ancora compiuto 36 anni di età nell'anno in cui l'atto è rogitato e il cui ISEE non sia superiore a 40.000 euro annui, disponendo altresì l'aumento della percentuale di copertura fino alla misura massima dell'80% della quota capitale, ogniqualvolta il soggetto finanziatore aumenti oltre l'80% il limite di finanziabilità dell'operazione.

### **2.1. Profili problematici. Gli oneri residui a carico del mutuatario; la quota di calcolo degli interessi c.d. di sospensione**

Così riformulate dall'art. 54 del decreto Cura Italia le modalità di intervento del Fondo nella corresponsione all'intermediario degli interessi maturati durante il periodo di sospensione, dubbi interpretativi sono sorti sia in ordine al diritto

---

<sup>6</sup> L'art. 12 decreto Liquidità aveva ulteriormente esteso (sempre per 9 mesi a partire non dal 17 marzo bensì dall'8 aprile 2020) l'ammissione ai benefici sospensivi del Fondo anche ai mutui in ammortamento da meno di un anno.

della banca di ottenere dal mutuatario il rimborso della residua quota degli interessi di sospensione, sia, in caso di riposta affermativa, in ordine alla individuazione della base di calcolo per la maturazione degli interessi.

Tali interrogativi si erano già posti a fronte dei più recenti antecedenti storici – dalle leggi emergenziali emanate a seguito del terremoto Abruzzo (l. 24 giugno 2009, n. 77) e del terremoto Emilia (l. 1 agosto 2012, n. 122), alla già citata legge di istitutiva del Fondo Gasparrini –, sicché su tali questioni si registrano sia prese di posizione dell'ABI, che pronunce dell'ABF, i cui principi, *mutatis mutandis*, possono fornire un utile appiglio all'operatore anche per dipanare i dubbi sorti nell'interpretazione della recente normativa.

Per quanto riguarda il primo profilo la tesi che prevede, a carico del mutuatario, l'obbligo di corrispondere all'istituto di credito il pagamento degli interessi che matureranno nel periodo di sospensione nella residua quota nel 50% evidenza come il dimezzamento dell'intervento del Fondo non consente di coprire integralmente il costo che l'intermediario affronterebbe nel procurarsi sul mercato la provvista di denaro goduta dal mutuatario durante la sospensione. Quindi, seppure la sospensione del pagamento delle rate del mutuo non implica né l'applicazione di alcuna commissione o spesa di istruttoria<sup>7</sup>, né il pagamento di interessi di mora, ottenuto l'allungamento del piano di ammortamento, per un periodo pari alla durata della sospensione, in capo al cliente residuerà l'obbligo di corrispondere alla banca il rimanente 50% degli interessi.

Tale interpretazione è fatta propria dalle F.A.Q. pubblicate nel sito internet del Ministero dell'Economia e delle Finanze e richiamate dalla Circolare ABI dell'8 maggio 2020 ove viene affermato, per quanto qui rileva, che gli interessi che maturano durante il periodo di sospensione si aggiungono al totale complessivo da pagare a carico del cliente.

Dai fautori della tesi che esclude la legittimità di ogni forma di addebito a carico del mutuatario, con individuazione del Fondo quale unico soggetto istituzionalmente gravato dal dovere di corrispondere gli interessi di sospensione, è stato messo in evidenza il taglio marcatamente solidaristico della disciplina emergenziale, la cui finalità è quella di favorire la posizione dei mutuatari più colpiti dalle conseguenze della pandemia rispetto a un bene primario quale è l'abitazione; la normativa pertanto, in forza della logica solidaristica del Fondo, che trova il proprio fondamento negli artt. 2 e 47, comma 2, Cost., attribuirebbe al mutuatario l'intero beneficio economico del costo della sospensione.

Sotto il profilo testuale è stato altresì evidenziato che, mentre la determinazione del rimborso degli interessi posti a carico del Fondo nei confronti della banca

---

<sup>7</sup> In forza di quanto previsto dall'art. 3 decreto M.E.F. 21 giugno 2010 n. 132.



è regolata nel dettaglio (si veda l'art. 2, comma 3, decreto M.E.F. 25 marzo 2020), mai viene fatto riferimento a una quota di rimborso dovuta dal cliente.

Come detto, tale questione, seppur con riguardo alla versione della normativa antecedente il decreto Cura Italia, era già stata oggetto di dubbi interpretativi. Anche l'originaria formulazione dell'art. 2, comma 478 non accollava, infatti, al Fondo il pagamento integrale degli interessi maturati durante il periodo di sospensione, escludendosi in particolare che il Fondo dovesse corrispondere la "componente di maggiorazione" degli interessi. In quel caso, quindi, l'interrogativo concerneva l'eventuale debenza, a carico del mutuatario, dello *spread*<sup>8</sup>. Mentre la circolare ABI del 17 ottobre 2010 era stata interpretata dalle banche in senso affermativo, l'ABF è a più riprese intervenuto adottando l'opposta interpretazione, affermando che la quota di interessi corrisposta dal Fondo esaurisce il pagamento di quanto dovuto dal cliente alla banca a titolo di interessi per il periodo di sospensione, in forza di un privilegiato principio di solidarietà sociale (si vedano le pronunce dell'ABF Coordinamento, dec. n. 4123/2015 e n. 4136/2015; inoltre ABF Napoli, dec. n. 22817/2018; ABF Roma, dec. n. 13786/2017; ABF Milano, dec. n. 5455/2016).

Per quanto riguarda il secondo profilo, dubbi interpretativi sono sorti in ordine ai concreti termini di maturazione degli interessi durante il periodo di sospensione. Come si è visto il nuovo testo del comma 478 prevede che il Fondo provveda "al pagamento degli interessi compensativi nella misura pari al 50% degli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione"; la precedente formulazione prevedeva il "pagamento degli oneri finanziari pari agli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione". In particolare l'interrogativo riguarda cosa si debba intendere per "debito residuo", se, cioè, gli interessi debbano essere calcolati sulla sola quota capitale delle rate sospese oppure sull'intero capitale residuo al momento della sospensione.

Secondo la posizione assunta dall'ABF, con riferimento alla sospensione concessa in attuazione del Fondo Gasparrini, la base di calcolo per la determinazione degli interessi maturati durante il periodo di sospensione è costituita dalla quota capitale delle rate sospese e non già dall'intero capitale residuo delle rate di sospensione (ABF Napoli, dec. n. 22817/2018 – la quale richiamando le già citate pronunce ABF Coordinamento, dec. n. 4132/2015 e n. 4136/2015, ha ribadito che in ogni caso "la previsione di una quota suppletiva a carico del cliente

---

<sup>8</sup> La circostanza che a seguito della novella, a prescindere dalla tesi seguita in ordine alla eventuale "gratuità" della sospensione, sia esclusa la possibilità di richiedere al cliente il pagamento dello *spread* è confermato dal contenuto del già citato art. 2, comma 2, decreto M.E.F. del 25 febbraio 2020.

può assumere rilievo negoziale soltanto nelle ipotesi in cui sia stato stipulato uno specifico accordo di sospensione”, essendo, in caso contrario, il Fondo l’unico soggetto gravato dell’onere di corrispondere gli interessi di sospensione –, ABF Roma, dec. n. 13786/2017; ABF Milano, dec. n. 5455/2016).

Analogo interrogativo si è posto con riguardo alla moratoria di cui all’art. 56 del decreto Cura Italia (per l’esame delle considerazioni svolte si rinvia al par. 3.1).

### **3. Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese relative alle esposizioni debitorie pregresse.**

Il legislatore, con l’art. 56 del decreto Cura Italia, ha introdotto specifiche misure di liquidità per sostenere le attività imprenditoriali delle piccole e medie imprese, volte a sospendere temporaneamente determinati obblighi di pagamento contratti nei confronti delle banche e di altri intermediari finanziari e come tali anch’esse riconducibili nell’ambito delle c.d. moratorie<sup>9</sup>. Tale soluzione è finalizzata non solo a consentire alle imprese di conservare la propria liquidità già ridotta per la situazione emergenziale, bensì anche a evitare che gli istituti di credito possano chiedere il rientro dalle esposizioni debitorie, ovvero la risoluzione dei contratti di finanziamento per mancato pagamento delle rate. In questo senso non può, quindi, parlarsi di strumenti di liquidità attiva, intesa quale messa a disposizione di nuove risorse, bensì piuttosto di una sorta di liquidità passiva.

Per quanto riguarda il campo soggettivo di applicazione, possono beneficiare delle misure di cui all’art. 56 le microimprese e le piccole e medie imprese come definite dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 6 maggio 2003 (2003/361/CE)<sup>10</sup> aventi sede in Italia. Atteso il riferimento della legge alle “imprese” anche l’imprenditore individuale potrà usufruire dei benefici previsti dalla legge.

Al preliminare requisito afferente la soglia dimensionale devono poi aggiun-

---

<sup>9</sup> Va precisato che le banche possono offrire forme di moratoria ulteriori rispetto alle misure in esame, come quelle previste dall’apposito accordo tra l’ABI e le rappresentanze di impresa (Accordo per il Credito 2019), ampliato e rafforzato il 6 marzo 2020.

<sup>10</sup> A livello comunitario si definisce microimpresa un’impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro; si definisce invece piccola impresa un’impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; infine si considera media impresa un’impresa che occupa meno di 250 persone e realizza un fatturato annuo che non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro. In conclusione tutte le imprese che non superano l’ultima di queste tre soglie possono accedere ai benefici previsti dall’art. 56.

gersi altre due condizioni, individuate l'una in positivo l'altra in negativo, rispettivamente dai commi 3 e 4 dell'art. 56. Sotto il primo profilo l'accesso al beneficio è riconosciuto a quelle imprese che certificano di versare in una situazione di carenza di liquidità temporanea (volendosi escludere quelle imprese che già prima della crisi pandemica si trovavano prive di liquidità), quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia (dovendo, quindi, sussistere un nesso causale tra carenza di risorse liquide ed emergenza sanitaria). Sotto il secondo profilo, invece, vengono escluse dal beneficio le imprese che, alla data di pubblicazione del decreto (17 marzo 2020), versavano in una situazione di difficoltà: ai sensi del comma 4 dell'art. 56, infatti, possono accedere ai vantaggi previsti dalla legge solo le imprese le cui esposizioni debitorie non siano classificate come "esposizioni creditizie deteriorate ai sensi della disciplina applicabile agli enti creditizi"<sup>11</sup>. Tale requisito circoscrive pertanto la platea delle imprese che potranno accedere alle misure di sostegno alle sole realtà imprenditoriali capaci di far fronte con regolarità alle obbligazioni contratte nei confronti degli istituti di credito.

La *ratio* dell'esclusione, dal beneficio delle sospensione, delle imprese già rientranti nella categoria dei "cattivi pagatori" è quella di consentire alle banche di continuare a tentare di recuperare crediti difficili, essendo altrimenti preclusa agli istituti di credito, durante il periodo della sospensione, sia l'interruzione dei rapporti, sia l'addebito di rate o canoni, con la conseguenza che, nelle more, la crisi dei debitori già in conclamata difficoltà potrebbe complicarsi ulteriormente, rendendo definitivamente impossibile il recupero del credito.

Sotto il profilo della modalità di accesso alla misura, l'impresa interessata al beneficio, secondo quanto previsto dall'art. 56, comma 3, deve presentare alla banca domanda corredata, ai sensi dell'art. 47 d.p.r. n. 445 del 2000, dalla dichiarazione con cui l'impresa autocertifica la temporanea carenza di liquidità derivante dalla diffusione dell'epidemia Covid-19. Il meccanismo della autocertificazione, previsto per velocizzare l'operatività della sospensione, pone la banca in una situazione di soggezione, nel senso che l'istituto di credito, ferma la sussistenza degli ulteriori requisiti di accesso, se la richiesta è corredata dall'autodichiarazione non può che sospendere gli addebiti.

Le misure finanziarie previste dall'art. 56, comma 2, consistono: a) nel divieto

---

<sup>11</sup> Il riferimento è alla circ. 30 luglio 2008, n. 272 e successivi aggiornamenti. Le esposizioni creditizie deteriorate si distinguono in a) sofferenze quando vantate nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente); b) inadempienze probabili (*Unlikely to pay*) derivanti da un giudizio della banca circa la improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alle proprie obbligazioni; c) esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate: rappresentate dalle esposizioni creditizie per cassa, diverse da quelle classificate tra le sofferenze e le inadempienze probabili che alla data di riferimento della segnalazione sono scadute o sconfinanti.

di revoca delle aperture di credito a tempo indeterminato e dei prestiti accordati a fronte di anticipi su crediti esistenti; b) nella proroga dei contratti relativi a prestiti non rateali e relativi accessori; c) nella sospensione delle rate dei mutui e dei finanziamenti a rimborso rateale, nonché dei canoni dei contratti di *leasing*, con dilazione del piano di rimborso e relativi accessori.

La sospensione dei pagamenti prevista inizialmente sino al 30 settembre 2020 è stata dapprima, con il decreto agosto prorogata fino al 31 gennaio 2021, successivamente estesa al 30 giugno 2021 dall'art. 1, comma 248, della legge di bilancio per il 2020 e, infine, ulteriormente prorogata sino al 31 dicembre 2021 dall'art. 16 del decreto Sostegni *bis*. Tale ultima proroga interessa le imprese già ammesse, alla data di entrata in vigore del decreto da ultimo citato (26 maggio 2021), alle misure di sostegno previste dall'art. 56, comma 2, del decreto Cura Italia, trovando applicazione – a differenza dell'attuale meccanismo di proroga automatica – solo a seguito di espressa richiesta dei soggetti interessati, da far pervenire al soggetto finanziatore entro il 15 giugno 2021. Va altresì precisato che, a partire dal 1 luglio 2021, la sospensione viene limitata dalla sola quota capitale, con conseguente ripristino dell'obbligo di corresponsione della quota di interessi.

Il divieto di revoca degli affidamenti di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 56 riguarda le c.d. aperture a revoca ovvero le aperture di credito a tempo indeterminato, nonché i prestiti accordati a fronte di anticipi sui crediti. Come noto, infatti, mentre le aperture di credito a tempo determinato non possono essere revocate, salvo giusta causa, prima della scadenza, nelle aperture a tempo indeterminato ciascuna parte può liberamente recedere, osservando il periodo di preavviso di quindici giorni (art. 1845 c.c.), che sovente, nei contratti bancari, è ridotto, arrivando talvolta anche a un solo giorno. L'art. 56 deroga quindi all'art. 1845 c.c. inibendo alle banche la possibilità di procedere alla revoca degli importi accordati, anche qualora non utilizzati, con temporanea inefficacia di ogni clausola contraria.

La norma, alla lettera b), prevede poi la proroga dei contratti relativi a prestiti non rateali, quali fidi, carte di credito, anticipi e finanziamenti con rimborso a scadenza privi di un piano di rimborso rateale, unitamente ai rispettivi elementi accessori e senza formalità.

Per quanto riguarda infine i finanziamenti a rimborso rateale (mutui e *leasing in primis*), di cui alla lettera c), viene disposta la sospensione della restituzione delle rate e dei canoni, con dilazione dei pagamenti previsti nel piano di ammortamento. Sotto il profilo operativo, il pagamento delle rate sospese nel semestre inizialmente previsto avverrà generalmente al termine del rapporto, mediante un prolungamento del piano di ammortamento. La norma prevede che la dilazione avvenga secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti, ciò significando che, se anche le banche incasseranno più tardi, non potranno pretendere interessi maggiorati.

La dichiarazione dell'impresa da inoltrarsi all'intermediario comporta anche l'ammissione automatica alla speciale forma di garanzia pubblica costituita dal Fondo di garanzia per le PMI. Come specificato dal comma 7 dell'art. 56 decreto Cura Italia, si tratta di una garanzia avente natura sussidiaria (che si attiverà solo dopo l'escussione di eventuali ulteriori garanzie – reali o di terzi – che l'impresa avesse in origine fornito al fine di ottenere il finanziamento) concessa a titolo gratuito, la cui escussione è disciplinata dai successivi commi 8, 9, 10. In tal modo, qualora il debito non venga pagato, il finanziatore si rivarrà sul Fondo che ha prestato la garanzia, procedendo infine quest'ultimo al recupero contro il debitore<sup>12</sup>.

La norma in esame prevede la dilazione del piano di rimborso unitamente agli elementi accessori, stabilendo quindi una sospensione non solo del contratto principale, ma anche dei contratti accessori, quali ipoteca o pegno, con l'effetto di impedire qualsiasi azione esecutiva causata dal mancato pagamento del debito derivante dal finanziamento oggetto di sospensione. Sotto tale profilo si evidenzia che da diversi anni le banche propongono, oltre al finanziamento, altri prodotti accessori e collegati al contratto di mutuo o di *leasing*, finalizzati alla tutela di una oppure di entrambe le parti del rapporto, quali contratti derivati (come gli *interest rate swap*) o assicurativi (circolare ABI 24 marzo 2020 [www.abi.it](http://www.abi.it)). Questi ultimi contratti possono riguardare il rischio di perimento del bene (es. assicurazioni c.d. scoppio e incendio), frequenti nei mutui fondiari e nei *leasing* immobiliari, in quanto volti a tutelare il bene immobile che funge da garanzia del creditore, oppure consistere in contratti assicurativi sulla vita o la capacità di produrre reddito del debitore.

Qualche dubbio interpretativo si pone nel caso in cui, l'obbligo di versamento del premio assicurativo preveda un pagamento a rata periodica, domandandosi in primo luogo se, nel periodo in cui il piano di rimborso è sospeso, gli oneri assicurativi devono comunque essere corrisposti, considerandosi che la sospensione del piano di rimborso non fa certo venire meno il rischio di perimento del bene. In secondo luogo, atteso che la sospensione dei pagamenti determina anche la dilazione dei contratti accessori, prorogandosi quindi anche il contratto

---

<sup>12</sup> Il credito di regresso del Fondo nei confronti dell'impresa in caso di attivazione della garanzia gode del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.p.r. n. 123 del 1998 ed è quindi preferito a ogni altro titolo prelatizio ad eccezione del privilegio delle spese di giustizia e di quelli previsti dall'art. 2751 *bis* c.c. alla luce di quanto stabilito dall'art. 8 *bis* d.l. n. 3 del 2015 convertito in l. n. 33 del 2015. Con riferimento alla natura di questo privilegio la giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. I 30 gennaio 2019 n. 2664) ha in più occasioni avuto modo di precisare che della causa di prelazione beneficia solo il credito vantato dal Fondo di garanzia e non l'istituto di credito che eroga materialmente il credito.

di assicurazione, la compagnia di assicurazione, soggetto terzo, potrà pretendere dal debitore un premio aggiuntivo per la proroga *ex lege*? La fattispecie non disciplinata potrebbe generare contenziosi tra i soggetti interessati.

### **3.1. Profili problematici. La base di calcolo degli interessi di sospensione; la composizione della rata sulla quale calcolare gli interessi di sospensione; la determinazione del saggio degli interessi**

La sospensione operata ai sensi dell'art. 56 comporta, come visto, una dilazione dei pagamenti previsti nel piano di ammortamento allegato al contratto di mutuo o di *leasing*. Si pone, quindi, il problema di individuare i criteri di maturazione degli interessi durante il periodo di sospensione.

Sotto un primo profilo, analogamente a quanto già osservato in tema di sospensione dei mutui prima casa (si veda par. 2.1), occorre stabilire se tali interessi devono essere calcolati sull'intero capitale residuo oppure sulle sole rate venute a scadenza nel periodo di sospensione.

In particolare ci si domanda se il danno subito dalla banca per la sospensione, ovvero il costo affrontato dall'intermediario per il rifinanziamento dovuto all'allungamento *ex lege* dei tempi di rimborso, debba riferirsi alle rate scadute durante tale periodo, le quali, sole, pertanto dovrebbero costituire la base di calcolo per gli interessi c.d. di sospensione, ovvero se, per aver subito un pregiudizio dovuto all'indisponibilità dell'intero capitale residuo per un periodo di durata pari alla sospensione, la banca avrebbe diritto alla corresponsione degli interessi su tale base di riferimento (quindi il "debito residuo" al momento della sospensione).

L'ABF, occupatosi di tale problematica con riferimento alla legislazione emergenziale sismica, ha stabilito che debba applicarsi il primo criterio, in considerazione della finalità solidaristica della disciplina emergenziale, in una lettura costituzionalmente orientata: ciò, da un lato, consente di individuare (ABF Coordinamento, dec. n. 2699/2016) "un dovere delle banche di concorrere alla realizzazione delle istanze di tutela delle popolazioni colpite dagli eventi sismici"; dall'altro, esclude che la sospensione "concretandosi in una impossibilità temporanea di adempimento della prestazione per causa non imputabile al mutuatario [possa] metterlo in una posizione debitoria peggiore rispetto a quella che si sarebbe concretata in assenza di sospensione" (ABF Coordinamento, dec. n. 5863/2015, ABF Roma, dec. n. 3257/2013).

Per quanto riguarda la composizione della rata sulla quale calcolare gli interessi di sospensione, ci si è chiesti se gli interessi devono essere calcolati sulla sola quota capitale ovvero sull'intera rata comprensiva degli interessi.

Sotto tale profilo, se le FAQ pubblicate nel sito internet del M.E.F. e richiamate dalla Circolare ABI dell'8 maggio 2020 fanno riferimento alla sola quota

capitale del mutuo, con espressa esclusione del fenomeno dell'anatocismo, si riscontrano pronunce di segno opposto in seno allo stesso ABF, che, in talune decisioni ha ritenuto che il calcolo degli interessi debba avvenire sulle rate sospese comprensive degli interessi ("il mutuatario è tenuto a pagare interessi corrispettivi, calcolati ...sull'ammontare delle rate sospese, comprensivo di capitale e di interessi inclusi nel debito monetario espresso da ciascuna rata (senza dunque la possibilità di configurare in questo un fenomeno di anatocismo)" ABF Coordinamento, dec. n. 2699/2016), mentre in altre ha ritenuto che la base di calcolo sia costituita dalla sola quota capitale (ABF Roma, dec. n. 3257/2013; ABF Roma, dec. n. 1676/2011).

Con riferimento alla determinazione del saggio degli interessi durante il periodo di sospensione, come ricordato, l'art. 56 stabilisce che la sospensione debba avvenire secondo "modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti". Pertanto, attesa la natura fruttifera del denaro, ove non venisse riconosciuto alcun interesse, si imporrebbe un onere in capo al finanziatore.

Ciò posto, per quanto riguarda il tasso di interesse applicabile, la soluzione prevalentemente seguita determina il saggio nella misura contrattuale, evidenziando come il decreto M.E.F. 25 marzo 2020, nel dettare disposizioni di attuazione con riguardo alla moratoria, seppur con riferimento ai mutui prima casa, prevede l'applicazione del tasso di interesse contrattuale vigente al momento della presentazione della domanda.

Vi è tuttavia chi, mettendo in luce la peculiare funzione indennitaria sottesa alla restituzione del denaro nella normativa emergenziale, finalizzata non a remunerare una dilazione di pagamento, bensì a riequilibrare gli svantaggi subiti dall'intermediario per la indisponibilità materiale della somma durante il periodo di sospensione, ha ipotizzato la determinazione degli interessi *ex art.* 1284 c.c. L'interesse legale meglio soddisferebbe, secondo la tesi in esame, la finalità di reintegrare il potere economico di acquisto perso dalla moneta per il decorso del tempo. In questo senso troverebbe applicazione quel dovere degli intermediari, derivante da una lettura costituzionalmente orientata della normativa emergenziale, di concorrere alla realizzazione delle istanze di tutela determinate dalla diffusione della pandemia.

#### **4. Le misure di sostegno relative a nuovi finanziamenti. Cenni**

Così delineati gli interventi relativi alle esposizioni debitorie pregresse, attraverso il decreto Liquidità sono state introdotte ulteriori misure volte a sostenere il fabbisogno di liquidità delle imprese italiane colpite dalla pandemia.

Non si intende in questa sede analizzare i singoli elementi che vanno a comporre la fattispecie, limitandosi a rilevare che tali interventi prevedono l'eroga-

zione di finanziamenti assistiti dalla concessione di garanzie gratuite da parte di SACE e del Fondo Centrale di Garanzia per le piccole e medie imprese di cui alla l. 23 dicembre 1996 n. 662. Le misure di sostegno in parola prevedono il diretto coinvolgimento delle banche, quali prestatori di denaro, e la partecipazione dello Stato a mezzo della concessione della garanzia, suddividendosi in tre operazioni, distinte per la dimensione del credito di riferimento (fascia alta garantita da SACE e fascia mediana e bassa, garantita dal Fondo di Garanzia per le PMI).

In particolare, l'art. 1 del decreto Liquidità autorizza SACE a concedere garanzie, in via temporanea dapprima fino al 30 giugno 2021 (a seguito della proroga introdotta dall'art. 1, comma 206, lett. a) l. n. 178 del 2020) e in seguito sino al 31 dicembre 2021 (in forza dell'estensione operata dall'art. 13 comma 1, lett. a) d.l. n. 73 del 2021), in favore di soggetti abilitati all'esercizio del credito, per i nuovi finanziamenti erogati sotto qualsiasi forma a qualsiasi tipologia di impresa, indipendentemente dalla dimensione, dal settore di attività e dalla forma giuridica. Il prestito garantito è destinato a tutte le imprese senza limiti di fatturato, purché non siano state qualificate, alla data del 31 dicembre 2019, tra le "imprese in difficoltà" ai sensi del Regolamento U.E. n. 651 del 2014. Le obbligazioni assunte da SACE sono assistite da una garanzia pubblica a prima richiesta, a copertura sia del capitale che degli interessi. I finanziamenti sono assoggettati a vincolo di destinazione, poiché devono essere utilizzati per sostenere costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in attività imprenditoriali localizzate in Italia. L'intervento in garanzia di SACE non si sovrappone a quello del Fondo Centrale di Garanzia, bensì lo completa, intervenendo per categorie di imprese medio grandi e comunque per imprese che hanno esaurito la loro capacità di accesso al Fondo PMI.

Mediante l'art. 13 del decreto Liquidità, che ha abrogato l'art. 49 del decreto Cura Italia, il legislatore è intervenuto potenziando uno strumento già presente nel nostro ordinamento, il Fondo di Garanzia introdotto dall'art. 2, comma 100, lett. a) l. n. 662 del 1996. L'impresa, attraverso l'intervento del Fondo, ha la possibilità di ottenere finanziamenti, senza garanzie aggiuntive sugli importi garantiti dal Fondo stesso. La legislazione dell'emergenza ha previsto una disciplina straordinaria, con operatività temporanea – prorogata, dal decreto Sostegni *bis*, al 31 dicembre 2021 (art. 1, comma 2, d.l. n. 73 del 2021) – con cui è stato realizzato un ampliamento degli importi garantiti (elevati fino a 5 milioni di euro per singola impresa beneficiaria, la cui attività sia stata danneggiata dall'emergenza sanitaria), dell'area dei beneficiari finali (non solo le PMI, ma anche le imprese a media capitalizzazione<sup>15</sup>), nonché uno snellimento dell'istruttoria per accedere

---

<sup>15</sup> Imprese con un numero di dipendenti non superiore a 499, determinato sulla base delle unità di lavoro anno e non riconducibili alle categorie di micro, piccole e medie imprese. L'intervento



alla garanzia. Da ultimo il decreto Sostegni *bis* (art. 13, comma 1) ha disposto, sotto il profilo delle percentuali di garanzia, che in ordine alle operazioni fino a € 30.000, per le richieste di ammissione alla garanzia del Fondo presentate a partire dal 24 giugno 2021 e deliberate a partire dal 1 luglio 2021, la copertura della garanzia diretta sarà del 90%, anziché del 100%, mentre le per operazioni superiori a € 30.000 tale copertura sarà dell'80%, anziché del 90%, potendo sui finanziamenti essere applicato un tasso di interesse diverso da quello attualmente previsto.

## **5. La valutazione del merito creditizio**

Esaminate a grandi linee le misure di sostegno relative ai debiti pregressi e ai nuovi finanziamenti introdotte con la legislazione di emergenza, spicca l'omessa precisazione, da parte del legislatore, delle regole di condotta che gli intermediari devono osservare a fronte della ricezione delle istanze volte ad ottenere l'accesso ai benefici. Sia per quanto riguarda il meccanismo della c.d. moratoria di cui all'art. 56 del decreto Cura Italia, sia, e soprattutto, per quanto riguarda i nuovi finanziamenti garantiti dallo Stato si è nei primi commenti prospettato il rischio per le banche di incorrere nella fattispecie di concessione abusiva del credito. Come noto la fattispecie consiste nell'erogazione di credito o nel suo mantenimento (con nuove scadenze) a un imprenditore commerciale non più in grado di rimborsarlo, in quanto versante in una situazione di difficoltà finanziaria. Tale comportamento, idoneo a provocare il ritardo nell'emersione dell'insolvenza di un'attività commerciale che al contrario dovrebbe essere espulsa dal mercato, può comportare la responsabilità dell'intermediario per aver colpevolmente mantenuto in vita un'impresa in stato di decozione.

Nell'approcciarsi alla disciplina emergenziale ci si muove quindi tra due poli contrapposti: da un lato l'attività di erogazione del credito non potrà trascurare le finalità prudenziali e la funzione di vigilanza, poste a fondamento della disciplina del settore creditizio (il rischio potrebbe essere quello che il sistema bancario ponga a carico dello Stato situazioni patrimoniali di aziende già compromesse, accollando alla collettività crediti deteriorati pregressi), dall'altro è evidente che

---

del Fondo a favore di queste ultime, tuttavia, è stato limitato dalla legge di Bilancio al 28 febbraio 2021; a partire da questa data le richieste delle midcap saranno soddisfatte attraverso il programma di Garanzia Italia di SACE. La garanzia SACE a favore delle imprese midcap opera anch'essa fino al 31 dicembre 2021, ai sensi della proroga contenuta nel d.l. n. 73 del 2021 (art. 13, comma 1, lett. e)). Il medesimo decreto legge ha rimosso l'obbligo per le stesse, beneficiarie della garanzia SACE, di non approvare la distribuzione di dividendi o riacquistare azioni.

se dovessero essere messe in pratica le normali valutazioni del merito di credito, gli aiuti all'economia introdotti con la normativa emergenziale verrebbero di fatto depotenziati.

Per tali ragioni, avendo il legislatore chiesto agli istituti di credito di svolgere un ruolo attivo nel sostegno alle imprese, in favore degli intermediari, sono state invocate esimenti sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 217 *bis* l. fall. Qualora un intervento legislativo a tutela del ceto bancario non dovesse concretizzarsi, il compito di confrontarsi con la configurabilità di un'ipotesi di abusiva concessione di credito anche nell'ambito della normativa emergenziale, sarà affidato all'attività interpretativa della giurisprudenza.

Ciò posto, rispetto alle richieste di moratoria *ex art.* 56 supportate da autocertificazione, alla luce della formulazione del comma 2 ("le imprese possono avvalersi...dietro comunicazione"), la banca, una volta riscontrata la sussistenza dei requisiti autocertificati posti dalla norma, pare trovarsi priva di discrezionalità tecnica nell'accoglimento della domanda. Per tale ragione, seppure in linea generale la dilazione di pagamento può consistere in una facilitazione creditizia idonea a configurare la fattispecie di concessione abusiva di credito, pare ragionevole concludere nel senso che il meccanismo delineato dell'art. 56 esclude ogni giudizio di liceità sull'operato della banca. Il meccanismo della autocertificazione traslerebbe sul gestore dell'impresa le responsabilità correlate al proseguire una attività in difetto delle condizioni per un proficuo ed economico esercizio.

Più complesso e articolato appare il discorso involgente i finanziamenti previsti dal decreto Liquidità. Mentre le operazioni finanziarie destinate alla garanzia di SACE destano minori interrogativi atteso che la normativa contempla, pur prevedendo una procedura più snella di quella ordinaria, sia la valutazione del merito di credito che il monitoraggio della posizione debitoria da parte del concedente il prestito (ai sensi dell'art. 1, comma 6, decreto Liquidità la banca, ricevuta la richiesta di finanziamento dell'impresa – che autocertificherà di possedere i parametri per essere qualificata PMI e di aver subito danni a causa dell'emergenza Covid-19 – svolgerà istruttoria e, se essa avrà esito positivo, la trasmetterà a SACE, la quale a sua volta compirà ulteriori verifiche), maggiori dubbi hanno generato le modalità di accesso al Fondo delle PMI. E ciò anche in forza del fatto che l'art. 13 del decreto Liquidità prevede l'erogazione di nuova finanza anche alle imprese che hanno presentato posizioni deteriorate verso il sistema bancario. Tuttavia, in tali casi, la norma richiede una prognosi positiva sulle possibilità di rimborso. Orbene tale disposizione potrebbe essere valorizzata come clausola generale, per affermare che non potrà mai mancare, da parte dell'istituto di credito, una verifica circa le reali condizioni economico patrimoniali della beneficiaria, per non incorrere nel rischio di contribuire all'artificiale mantenimento in vita di una società irrimediabilmente decotta.

Nel senso della necessaria valutazione del merito creditizio nella concessione dei sostegni economici previsti dalla normativa emergenziale e della inesistenza di un diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali si è recentemente espresso il Tribunale di Bologna (ord. 2 ottobre 2020). Il Giudice, rigettando la domanda cautelare di una S.r.l. finalizzata a ottenere l'applicazione da parte della banca sia della moratoria prevista dall'art. 56 del decreto Cura Italia, sia della rinegoziazione del debito complessivo ai sensi dell'art. 13 del decreto Liquidità, ha, sotto il primo profilo, accertato l'assenza del requisito della temporanea carenza di liquidità dovuta alla diffusione dell'epidemia (attesa la sussistenza di un rilevante debito nei confronti dell'Erario e della notifica di un pignoramento presso terzi); sotto il secondo profilo il Tribunale ha sostenuto che "l'art. 13 d.l. 23/2020 non introduce un obbligo per le banche, bensì prevede delle misure per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza. Né si può interpretare la norma nel senso di attribuirle un significato maggiore del dato testuale, senza sconfinare in un'interpretazione analogica. Infatti, anche se il nostro ordinamento prevede delle limitazioni alla libertà negoziale in termini di obbligo di conclusione del contratto, è pur vero che si tratta di norme eccezionali che vanno interpretate restrittivamente. (...) Pertanto, la norma va interpretata nel senso che alla banca non è stato sottratto il diritto di accettare o meno la rinegoziazione in relazione alla valutazione del merito creditizio, tanto più considerando che tale valutazione è doppiamente necessaria al fine di garantire non solo gli interessi della banca ma il buon uso del denaro pubblico (...) secondo apprezzamento squisitamente fondato sull'affidabilità e solidità dell'operatore economico".

Nello stesso solco si pone una recentissima pronuncia del Tribunale Brindisi (ord. 7 agosto 2021), la quale, in sede di reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c., ha affermato che fermo restando che la concessione al richiedente della garanzia dello Stato, al ricorrere delle condizioni previste nel d.l. n. 23 del 2020, è scevra da valutazioni discrezionali, il diritto dell'istituto di credito di verificare la fattibilità di un'operazione (nel caso specifico, l'erogazione di finanziamento) non è derogato dalla situazione emergenziale e quindi nessun automatismo si inserisce nella procedura di concessione del credito.

Ad analoghe conclusioni è giunto anche l'ABF, Collegio Bari, che con decisione 17 novembre 2020, n. 20376 ha respinto il ricorso di una società che lamentava l'illegittimo diniego di concessione di finanziamento da parte dell'intermediario, escludendo che i finanziamenti previsti nel decreto Liquidità vadano erogati a mera richiesta, essendo, invece, sempre prevista una valutazione del merito creditizio da parte dell'intermediario.

## 6. La forma dei contratti bancari stipulati durante l'emergenza sanitaria

Il decreto Liquidità ha altresì introdotto, all'art. 4, una prescrizione relativa alla forma dei contratti bancari conclusi tra la data di entrata in vigore del decreto e la fine dello stato di emergenza, prevedendo una semplificazione, rispetto alle prescrizioni di cui all'art. 117 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, sia in ordine alle modalità di sottoscrizione da parte del cliente che alle comunicazioni dallo stesso rese.

La finalità della norma, rubricata "Sottoscrizione contratti e comunicazioni in modo semplificato", è quella di favorire la conclusione dei contratti bancari, con riguardo a una particolare tipologia di clientela, quella al dettaglio<sup>14</sup>, potenzialmente più esposta alle limitazioni imposte dalla crisi nell'accesso ai servizi bancari e finanziari. Si presume infatti che la predetta clientela abbia minore possibilità di munirsi agevolmente delle dotazioni e strumentazioni informatiche e telematiche necessarie per la conclusione dei contratti a distanza.

Nello specifico, quindi, la firma autografa del cliente, cui sono già equiparate le firme elettroniche qualificate, avanzate e digitali, regolate dal Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82)<sup>15</sup> può essere sostituita dalla manifestazione del consenso invitata tramite l'indirizzo di posta elettronica non certificata, cui viene allegato il documento di riconoscimento del sottoscrittore. Quindi, in forza di tale disposizione, si ritiene rispettato il requisito della forma del contratto anche qualora il consenso sia espresso dal cliente a mezzo di un messaggio inviato dal proprio indirizzo di posta elettronica non certificato, o con altro strumento idoneo, a condizione che l'espressione del consenso sia accompagnata da copia di un documento di riconoscimento in corso di validità del contraente. L'efficacia di scrittura privata *ex art. 2702 c.c.* è inoltre subordinata al riferimento da parte del contraente a un contratto identificabile in modo certo e alla conservazione della documentazione con modalità tali da garantirne sicurezza, integrità e immodificabilità. Resta fermo l'obbligo per l'intermediario di consegnare copia cartacea del contratto al cliente alla prima occasione utile successiva al termine dello stato di emergenza, che ha lo scopo di garantire al

---

<sup>14</sup> Oltre ai consumatori anche le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti non lucrativi e le microimprese (si veda il par. 3 delle Istruzioni della Banca d'Italia 2009, aggiornate al 15 luglio 2019 sulla trasparenza delle operazioni bancarie e finanziarie).

<sup>15</sup> Già con riferimento all'art. 117 t.u.b. le Istruzioni della Banca d'Italia del 2009 avevano precisato che il documento informatico è idoneo a soddisfare i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge; inoltre l'art. 125 *bis* t.u.b. (che ha sostituito il vecchio art. 124, comma 1), introdotto a seguito della disciplina europea sul credito ai consumatori, afferma che i contratti di credito sono redatti su supporto cartaceo o altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta previsti dalla legge.

cliente il possesso durevole delle informazioni e di servirsene a scopi probatori in ipotesi di contenzioso.

Ci si domanda se le misure adottate durante l'emergenza Covid-19 possano diventare un futuro modello di semplificazione dell'attuale formalismo che presidia i contratti bancari e di investimento. L'art. 4, infatti, dettando una disciplina che prevede una modalità di imputazione del documento alternativa alla sottoscrizione (qualora sia rispettata la prescritta sequenza procedimentale unitaria finalizzata a soddisfare il processo acquisitivo di conoscenze del cliente) si pone in linea con il più recente orientamento giurisprudenziale in ambito di forma dei contratti bancari. Con l'importante arresto 16 gennaio 2018 n. 898 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, infatti, posto fine alla *vexata quaestio* sulla validità del contratto monofirma. Come noto, il Suprema Collegio ha affermato il principio di diritto in base al quale la sottoscrizione dell'intermediario non è necessaria ai fini del perfezionamento del contratto purché il consenso di quest'ultimo sia comunque implicitamente desumibile dall'atto scritto diretto alla controparte e sia stato dalla stessa sottoscritto e alla stessa consegnato. In tal modo una specifica sequenza comportamentale, cui è tenuto esclusivamente il soggetto abilitato (che ha inizio con la predisposizione unilaterale del documento da parte di quest'ultimo, prosegue con la raccolta della firma dell'investitore e con la contestuale consegna a quest'ultimo del documento contrattuale e termina con la materiale esecuzione del contratto) costituisce un'ipotesi di equipollente della sottoscrizione mancante dell'intermediario. L'esatto espletamento, nei termini suindicati, di questa sequenza procedimentale, come hanno affermato le Sezioni Unite, rende superflua la sottoscrizione da parte dell'intermediario e immune da vizio di nullità il contratto recante la sola firma dell'investitore.

Orbene la novità normativa introdotta dal decreto Liquidità, sembra muoversi all'interno del solco interpretativo tracciato da questo autorevole arresto. La norma introduce, infatti, un peculiare *iter* procedimentale, diretto ad appurare la consapevole accettazione del cliente al regolamento contrattuale predisposto dalla banca, il cui rispetto consente di ritenere soddisfatto il requisito di forma prescritta per i contratti bancari. Nulla viene, invece, previsto in merito alla sottoscrizione dell'intermediario sul documento contrattuale, il cui consenso può desumersi dall'invio al cliente, a mezzo posta elettronica, del testo contrattuale.

### **6.1. Profili problematici. Mancato rispetto delle condizioni previste dalla norma. Conseguenze**

Ci si domanda quali siano le conseguenze qualora non vengano rispettate le prescrizioni di cui all'art. 4 del decreto Liquidità.

Quanto al mancato invio di copia del documento di riconoscimento in corso di validità e all'omesso riferimento a un contratto identificabile in modo certo, pare potersi affermare che tali carenze impediscano di ritenere soddisfatto il requisito della forma prescritta per i contratti bancari, con conseguente nullità del contratto, ai sensi dell'art. 117 t.u.b. Analogamente, la mancata conservazione della documentazione relativa alla conclusione del contratto, unitamente al contratto medesimo, con modalità tali da garantirne la sicurezza, l'integrità e l'immodificabilità dovrebbe parimenti determinare la nullità del contratto. Anche in tal caso verrebbe meno un elemento essenziale nella catena procedurale che conduce alla conclusione del contratto.

Per quanto riguarda invece la violazione da parte dell'intermediario dell'obbligo di consegnare copia cartacea del contratto al cliente alla prima occasione utile successiva al termine dello stato di emergenza, pare difficile sostenere che la validità di un contratto, perfezionatosi in conformità al disposto dell'art. 4 del decreto Liquidità, possa risentire di una condotta tenuta in fase esecutiva dall'intermediario. La violazione di tale obbligo potrà semmai comportare una responsabilità risarcitoria dell'intermediario per l'eventuale danno patito dal cliente e sempre che la mancata consegna del documento cartaceo non sia determinata dalla condotta del cliente contraria a buona fede e strumentale al tentativo di liberarsi da un vincolo ritenuto non più conveniente.

Altro interrogativo riguarda la sorte di un contratto redatto fuori dal periodo di efficacia del d.l. n. 23 del 2020 secondo le modalità tecnico operative ivi previste e che abbia avuto esecuzione nel tempo.

Sotto tale profilo si precisa che, mentre nella versione originaria, la temporaneità della norma era stata fatta coincidere con il termine dello stato di emergenza, in seguito il legislatore ha adottato lo schema della data fissa, estesa sino al 31 dicembre 2020. Successivamente mediante il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito in l. 17 giugno 2021, n. 87, le disposizioni relative alla sottoscrizione e comunicazione dei contratti bancari, finanziari e assicurativi in modo semplificato sono state prorogate al 31 luglio 2021.

Potrà ritenersi in tali casi (qualora, quindi, si sia in presenza di un contratto inviato su supporto durevole dalla banca al cliente e da questi richiamato nella dichiarazione di accettazione delle condizioni previste, trasmessa a mezzo email non certificata) che difetti il requisito di forma di cui all'art. 117 t.u.b., con conseguente declaratoria di nullità del contratto? Oppure il Giudice potrà liberamente valutare l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta ai sensi dell'art. 20, comma 1 *bis*, secondo capoverso c.a.d., in forza del quale "l'idoneità del documento informatico e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio in relazione alle caratteristiche di sicurezza integrità e immodificabilità"?

## 7. Lo *ius variandi* nel contesto della pandemia

Un interrogativo che si sta ponendo nell'ambito dei rapporti bancari riguarda il possibile ricorso, da parte degli istituti di credito, all'esercizio dello *ius variandi*, al fine di adeguare il regolamento contrattuale all'aumento dei costi organizzativi e di gestione dovuti all'attuazione delle misure di contenimento prescritte nel contesto emergenziale.

In linea generale il ricorso alla facoltà concessa alla banca di modificare unilateralmente le condizioni economiche e normative dei contratti in essere, anche in senso sfavorevole al cliente – il quale ha, a sua volta, il diritto di recedere dal contratto – consente di adeguare i contratti a variazioni del contesto economico, permettendo così la prosecuzione del rapporto ed evitando di dover ricorrere a un nuovo accordo tra le parti. Lo *ius variandi* viene, infatti, definito come lo strumento per “conservare l'equilibrio (sinallagmatico) tra le singole prestazioni contrattuali, passando attraverso il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico dell'intero complesso delle prestazioni contrattuali, tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti” (ABF Collegio di Coord., 26 febbraio 2016, n. 1889).

Tra i limiti e le condizioni poste dall'art. 118 t.u.b. che disciplina l'istituto, oltre al dovere di convenire il diritto di modifica unilaterale mediante clausola approvata per iscritto, spicca la necessaria sussistenza di un giustificato motivo puntualmente descritto nella comunicazione da inviare al cliente. E ciò al fine di consentire alla controparte di essere informata in maniera sufficientemente precisa sulle ragioni della modifica e sulla sua portata per un consapevole esercizio del diritto di recesso.

Una modifica priva dei requisiti prescritti è incongrua, dunque non “giustificata”, e pertanto, come disposto dell'art. 118, comma 3, t.u.b., è inefficace, se sfavorevole per il cliente.

Un profilo problematico per l'interprete è rappresentato dal fatto che il legislatore non specifica cosa debba intendersi per giustificato motivo, dovendosi tuttavia senz'altro escludere le ipotesi in cui l'alterazione dell'originario equilibrio dipenda da un comportamento della banca o sia finalizzato a mantenere invariato il margine di profitto dell'intermediario. In assenza di specifiche indicazioni normative, utili chiarimenti si rinvengono in una circolare del Ministero dello Sviluppo Economico (circ. 21 febbraio 2007 n. 5574) nella quale si afferma che il giustificato motivo ricomprende eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario, sia afferenti la sfera stessa del cliente, come per esempio il mutamento del grado di affidabilità dello stesso in termini di rischio di credito, sia relativi a variazioni di condizioni economiche generali, che possono riflettersi in un aumento dei costi operativi degli intermediari (quali tassi di interesse, inflazione, etc.).

Tanto premesso pare potersi affermare che eventi derivanti dall'emergenza epidemiologica, puntualmente individuati, possano essere legittimamente adottati quali sopravvenienze rilevanti, rientrando nell'ambito di eventi imprevedibili e straordinari che astrattamente producono effetti significativi sui contratti in corso.

In ogni caso la certa imprevedibilità dell'evento non comporta automaticamente la legittimità di una modifica unilaterale, dovendosi altresì valutare, mediante un giudizio di congruità, che essa sia proporzionata alla causa legittimante. Tale giudizio è volto a valutare la coerenza tra l'accadimento posto a fondamento del giustificato motivo e la variazione contrattuale proposta, al fine di escludere che taluni eventi possano essere occasione per modifiche unilaterali che non mirino al riequilibrio del rapporto contrattuale. Secondo la nota della Banca d'Italia del 28 marzo 2017 n. 412631, richiamata da una recente decisione dell'ABF (ABF Coordinamento, dec. n. 26498/2018) non appaiono coerenti "le modifiche che realizzano interventi sulle tariffe, anche *una tantum*, a fronte di costi allo stesso tempo già sostenuti, non ricorrenti e che hanno già esaurito i loro effetti".

Alla luce di queste osservazioni sarebbe quindi da escludere che le banche mediante l'esercizio dello *ius variandi* possano istituire un generico contributo di solidarietà per far fronte ai maggiori costi derivanti dal Covid-19, introducendo clausole nuove o aumentando i costi di voci già previste. E alla stessa conclusione deve pervenirsi anche quando si riversino sul cliente i costi derivanti da eventuali modifiche strutturali che le banche dovranno apportare – o che hanno già sostenuto – al fine di adeguare i luoghi di lavoro alle norme di salute pubblica. Questi ultimi infatti sarebbero qualificabili come costi *una tantum*, i quali, al momento della modificazione, avrebbero presumibilmente già esaurito i propri effetti, essendo pertanto inidonei a giustificare la variazione contrattuale.

Al fine quindi di evitare che il pregiudizio derivante da un aumento sopravvenuto dei costi, per ragioni di salute pubblica, sia posto sempre ed esclusivamente a carico dell'istituto bancario, soluzione che a sua volta potrebbe comportare dubbi di rispetto dei principi di solidarietà sociale, l'addebito di costi *una tantum*, o di contributi di solidarietà, potrebbe esclusivamente derivare da una volontaria accettazione da parte del cliente.

## 8. Riferimenti bibliografici

- N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Riv. dir. bancario*, 2020;
- S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*, in *Corriere giur.*, 8-9/2020;



- F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contr.*, 4/2020;
- G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del coronavirus: prime riflessioni*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 23 aprile 2020;
- A. DEBERNARDI, F. CATTANEO, *Emergenza Covid 19: le misure adottate di impatto per banche e clienti*, in *Riv. dir. bancario*, 2020;
- M.R. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Giust. civ.* 4/2020;
- S. LEUZZI, R. ROSSI, *Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid*, in *Il Caso.it*, 30 aprile 2020;
- V. SANGIOVANNI, *Mutui fondiari e leasing immobiliari nell'emergenza da Covid-19*, in *Immobili & Proprietà* 6/2020;
- LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi "di sospensione" nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, in *Riv. dir. bancario*, 2020;
- R. LENER, A. DI CIOMMO, *Prmissime riflessioni su moratorie, responsabilità del debitore e sottoscrizione semplificata dei contratti in tempo di pandemia*, in *Riv. dir. bancario*, 2020;
- D. PERNA, *Dal Decreto Cura Italia al Decreto Liquidità: le misure di sostegno alle imprese*, in *Il Caso.it* 7 luglio 2020;
- V. GUERRIERI, *Emergenza Covid-19: le misure governative a sostegno delle imprese nell'anno della pandemia*, in *Il Societario*, 26 gennaio 2021;
- A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale* in *Riv. Dir. Bancario*, 2020;
- T. RUMI, *Merito creditizio e formalismo contrattuale nella disciplina del Decreto Liquidità*, in *I contratti*, 4/2020;
- M. PELLEGRINO, *Il sostegno alle PMI per l'emergenza Covid-19 e la concessione abusiva del credito*, in *Crisi d'impresa e Insolvenza*, 31 agosto 2020;
- M. DE PAMPILIS, *L'azione risarcitoria per abusiva concessione di credito nel "diritto della crisi pandemica"*, in *Corriere giur.*, 10/2020;
- A. PETROSILLO, *Le imprese che "meritano credito" e la valutazione del merito di credito*, in *Il Fallimentarista*, 14 luglio 2020;
- M. IRRERA, G.A. POLICARO, *Il sostegno alla liquidità delle PMI da parte del sistema bancario ai tempi del coronavirus*, in *Il Caso.it* 24 aprile 2020;
- G. GAREGIO, *Alla ricerca della liquidità perduta. Prime considerazioni sulle misure di sostegno alle imprese e sui loro possibili impatti sui ratios patrimoniali delle banche*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 17 aprile 2020;

- B. BONFANTI, L.S. LENTINI, *La “forma Covid” dei contratti bancari e il diritto intertemporale*, in *Riv. dir. bancario*, 2021;
- C. ROBUSTELLA, *La forma dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Le misure introdotte dal decreto “liquidità” e la semplificazione delle procedure di imputabilità della dichiarazione negoziale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020;
- S. GUADAGNO, *La conclusione dei contratti bancari all’epoca del Covi-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamenti*, in *Giust. civ.*, 4/2020;
- L. SICIGNANO, *La modifica unilaterale dei contratti bancari al tempo del Covid-19. Prime riflessioni*, in *Giustizia Civile.com*, 30 giugno 2020.



## Pandemia e disfunzioni sopravvenute del contratto negli itinerari della giurisprudenza di merito

SOMMARIO: 1. Le disfunzioni sopravvenute dei contratti d'impresa. – 2. Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto. – 3. Impossibilità sopravvenuta della prestazione. – 4. Difetto di presupposizione, riduzione del corrispettivo e analogia.

### 1. Le disfunzioni sopravvenute dei contratti di impresa

Le maggiori criticità che l'ingravescente crisi economica solleva per i contratti d'impresa, intesi quali contratti per il godimento dei beni aziendali<sup>1</sup> o strumentali alla loro circolazione<sup>2</sup>, sono legate alla distribuzione del rischio della sopravvenienza eccedente l'alea normale del contratto<sup>3</sup>, ossia il rischio estrinseco alla sua funzione e scaturente da variabili esterne, «solo statisticamente connaturale» ad un tipo contrattuale<sup>4</sup>, e, sullo sfondo, al governo della crisi dell'impresa secondo i parametri delle procedure concorsuali<sup>5</sup> o con il ricorso alle clausole generali<sup>6</sup>.

Sotto il primo profilo le alternative perseguibili a fronte di una sopravvenienza incidente sull'equilibrio sinallagmatico di un contratto commutativo sono la permanenza del rischio in capo alla parte svantaggiata e il suo trasferimento, totale o parziale, nella sfera giuridica della controparte<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Bologna, 1996, 45.

<sup>2</sup> Per l'inquadramento e l'esame della categoria si rinvia a GITTI-MAUGERI-NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012.

<sup>3</sup> Relazione al Codice Civile n. 245.

<sup>4</sup> NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, 1026.

<sup>5</sup> Cfr. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giust. civ.com.*, 29 aprile 2020.

<sup>6</sup> Cfr. LEUZZI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione dei contratti d'impresa*, in *Dir. crisi*, 4 giugno 2021.

<sup>7</sup> L'allocazione del rischio contrattuale è da tempo oggetto di un'ampissima riflessione nella dottrina civilistica, come ripercorsa da MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2007, 494 ss., cui si rinvia per un quadro bibliografico completo.

Scopo di questa breve disamina è una sintesi delle maggiori problematiche affrontate sinora dalla giurisprudenza di merito al fine di governare le disfunzioni sopravvenute del contratto compulsate dalla pandemia, specialmente nei casi in cui non siano applicabili le norme speciali entrate in vigore nel corso dell'emergenza epidemiologica, come la moratoria nei rapporti bancari o il divieto temporaneo di revoca degli affidamenti (artt. 54 e 56 d.l. 13 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27)<sup>8</sup> e la riduzione del corrispettivo nelle locazioni di strutture sportive (art. 216 d.l. 19 maggio 2020, n. 34).

In particolare, la diversità e la specialità dei rimedi, introdotti nel corso del *lockdown* o in epoca successiva al fine stemperare le ricadute del diffuso stato di illiquidità delle imprese causato dalla sospensione e dalla limitazione dei flussi di affari, delineano plurime questioni sulla fondatezza di una loro applicazione oltre i confini delle fattispecie ivi tipizzate, prospettando plurimi percorsi ermeneutici, come l'analogia, la reinterpretazione delle tutele contrattuali "ordinarie" o, infine, l'appello alle clausole generali<sup>9</sup>.

## **2. Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto**

Le similitudini dell'eccessiva onerosità sopravvenuta con le disfunzioni del sinallagma legate alla pandemia si scontrano con i limiti, processuali e di fattispecie, del rimedio, la cui consapevolezza in seno alla giurisprudenza ben si riflette nel tacito rifiuto di un'applicazione estensiva dell'art. 1467 c.c.

L'eccessiva onerosità sopravvenuta sottende un mutamento quantitativo della prestazione dovuta dalla parte svantaggiata, come il maggior costo dell'accesso al credito bancario dell'affittuario d'azienda o del conduttore di un immobile commerciale, mentre l'impossibilità di godere del bene secondo il piano negoziale originario o l'indisponibilità di fondi per il pagamento del canone non modificano il valore della prestazione dovuta<sup>10</sup>.

Pur quando si ritenesse l'alterazione qualitativa del sinallagma compatibile con la disciplina dell'art. 1467 c.c., la conservazione del rapporto sarebbe

---

<sup>8</sup> Si veda in tema DOLMETTA, *Pandemia e contratti pendenti di credito bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 796 ss.

<sup>9</sup> Cfr. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 73.

<sup>10</sup> Cfr. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 108; BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 478 ss.

rimessa all'impulso esclusivo della parte non svantaggiata convenuta per la risoluzione (come il proprietario dell'azienda o dell'immobile concessi rispettivamente in affitto e in locazione), quindi la controparte non potrebbe avvalersene per eliminare la sproporzione eccedente l'alea normale del contratto, ossia per ricondurre la prestazione dovuta entro il limite della sua tollerabile onerosità<sup>11</sup>.

Diverse incertezze solleva la prospettiva della rinegoziazione del contratto secondo buona fede<sup>12</sup>, oggetto allo stato solo di un disegno di legge (n. 1151/2019: «*Delega al Governo per la revisione del codice civile*») volto all'introduzione nel Codice Civile dell'art. 1468 *bis* (art. 1<sup>lett. 1</sup>) e la cui fonte, *de iure dato*, andrebbe rivenuta nella clausola di buona fede, costituente a sua volta il parametro interpretativo per accertare ciò che le «*parti "corrette" avrebbero fatto se avessero conosciuto le condizioni generate dalla sopravvenienza*»<sup>13</sup>.

In disparte il profilo del fondamento dell'obbligo<sup>14</sup>, la sua trasgressione, ossia il rifiuto di rinegoziare le condizioni contrattuali o un'offerta della loro modifica contraria a buona fede, potrebbe reagire esclusivamente sul piano della responsabilità per inadempimento (art. 1218 c.c.)<sup>15</sup>, non essendo suscettibile di tutela in forma specifica (art. 2932 c.c.) un obbligo a concludere un contratto modificativo carente di un contenuto predeterminato.

Inoltre, il danno conseguente all'inadempimento (art. 1223 c.c.) sarebbe costituito dalle maggiori spese e/o dai minori risparmi che il contraente svantaggiato avrebbe evitato conservando il rapporto a condizioni diverse dall'accordo

---

<sup>11</sup> Cfr. Cass. 7 novembre 2017, n. 26363, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 631, che ha escluso la proponibilità della domanda in appello; diff. Cass. 13 dicembre 1980, n. 6470, in *Foro it.*, 1981, I, 713, che ha ammesso l'eccezione di risoluzione diretta al rigetto della domanda avversaria di adempimento.

<sup>12</sup> In tema, su tutti, MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ. com.*, 2014, 825 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

<sup>13</sup> NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 91. Si veda, inoltre, la Relazione tematica della Suprema Corte di Cassazione 8 luglio 2020, n. 56 («*Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*»).

<sup>14</sup> L'affermazione giurisprudenziale del principio è sporadica. Cfr. Trib. Bari 14 giugno 2011, in *Contr.*, 2012, 57; Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Foro it.*, 2013, I, 375 ss.; Trib. Bologna, 26 aprile 2013, in *Dir. affari*, che ha riconosciuto l'obbligo dell'intermediario di rinegoziare le condizioni del contratto concluso con una società ammessa ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale definendolo un'«*ulteriore esplicazione dell'autonomia privata*».

<sup>15</sup> NAVARRETTA, op. loc. ult. cit.

originario divenuto squilibrato<sup>16</sup>, quindi la sua risarcibilità implicherebbe l'allegazione e l'accertamento controfattuale del regolamento che le parti avrebbero con maggior probabilità convenuto, ove avessero previsto la sopravvenienza. Ed è intuibile come l'accentuata asperità di un onere assertivo e probatorio del genere renderebbe oltremodo aleatoria la compensazione dell'eventuale nocuo scaturente dalla condotta contraria a buona fede della parte tenuta alla rinegoziazione.

### 3. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione

Maggiori risonanza e diffusione ha sinora avuto, nel contenzioso dei rapporti di impresa, la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, nella duplice valenza concettuale, invalsa oramai nella giurisprudenza, di impossibilità per il debitore di eseguire la prestazione dovuta e di impossibilità per il creditore di godere della prestazione dovutagli<sup>17</sup>.

Nell'ambito delle locazioni commerciali e dell'affitto d'azienda, che hanno maggiormente risentito, perlomeno a ridosso della fine del cd. *lockdown*, della sospensione totale o parziale dell'esercizio delle imprese<sup>18</sup>, la giurisprudenza è giunta sinora a conclusioni speculari.

Da una parte l'impossibilità sopravvenuta (temporanea, parziale e discontinua) della prestazione è stata declinata o come impossibilità, per il locatore, di mantenere la *res locata* in stato da servire all'uso convenuto (art. 1575, comma

---

<sup>16</sup> Sui criteri di quantificazione del danno contrattuale si rinvia a BIANCA, *Dell'inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 261 ss.; TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 637 ss.

<sup>17</sup> La Corte di Cassazione ha confermato le sentenze di merito dichiarative della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta (di godimento per il creditore) della prestazione nei casi di: soggiorno alberghiero impedito dal decesso di uno dei coniugi il giorno antecedente alla data convenuta di ingresso nella struttura (Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contr.*, 2008, 786); appalto pubblico di opera da realizzare in area sottoposta a vincolo archeologico scoperto con la concessione edilizia (Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811, in *Giust. civ. mass.*, 2014); viaggio turistico *all inclusive* impedito dalla malattia di uno dei clienti del *tour operator* (Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, *Guida dir.*, 2018, 32, 35); spettacolo teatrale interrotto per avverse condizioni meteorologiche (Cass. 29 marzo 2019, n. 8766, in *Giust. civ. mass.*, 2019).

<sup>18</sup> Ampia in merito è la riflessione dottrina. Si vedano, *inter alios*: FERRO LUZZI, *Effetti secondari del covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del DNA dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *Giust. civ.com*, 9 giugno 2020; MACARIO, *Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte "urgenti" della giurisprudenza*, in *Contr.*, 2020, 525 ss.; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giust. civ.com*, 21 aprile 2020.

1, n. 2 c.c.)<sup>19</sup> o quale impossibilità, per il conduttore, di fruire della controprestazione<sup>20</sup> o quale difetto transeunte della presupposizione per l'impossibilità del conduttore di destinare il bene al godimento presupposto dal contratto<sup>21</sup>. In merito va osservato incidentalmente che, se l'impossibilità della prestazione del locatore è configurabile nell'affitto d'azienda, ove l'affittante concede in godimento all'affittuario non solo il locale per l'esercizio dell'impresa, ma l'insieme dei beni aziendali (come i servizi di un centro commerciale)<sup>22</sup>, nel diverso ambito delle locazioni commerciali l'immobile conserva l'uso convenuto, poiché l'accesso e la permanenza dei clienti non sono oggetto di un obbligo di prestazione del locatore né sono impediti dalla sua condotta, ma direttamente da limiti legali all'esercizio dell'impresa.

Secondo l'opposto orientamento, invece, l'obbligo di esecuzione del contratto in buona fede (art. 1375 c.c.) non costituisce fonte di un'autonoma obbligazione contrattuale la cui inosservanza legittimi la controparte a rifiutare il proprio adempimento (art. 1460 c.c.) e la mera *difficultas prestandi* del conduttore non ne preclude l'adempimento, la cui possibilità è confermata dai benefici fiscali riconosciutigli dall'art. 65 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77) e dall'art. 28 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77)<sup>23</sup>.

La simmetria delle richiamate impostazioni si riverbera sull'esecuzione dei contratti collegati alla locazione o all'affitto, specificamente sull'inibitoria dell'escussione delle garanzie prestate dal conduttore e dell'affittuario, che la giurisprudenza ha rispettivamente negato e affermato in sede cautelare, nel primo caso sostenendo che la riduzione del canone – fondata sull'obbligo di rinegoziare il contenuto contrattuale secondo buona fede o sull'impossibilità sopravvenuta e incolpevole della prestazione<sup>24</sup> – impedisse o attenuasse la *mora debendi*<sup>25</sup>,

---

<sup>19</sup> Trib. Milano, 18 maggio 2021, in *Il caso.it*, 2 giugno 2021.

<sup>20</sup> Trib. Roma, 29 maggio 2020, in *Dir. bancario.it.*, 18 giugno 2020.

<sup>21</sup> Trib. Modena, 15 febbraio 2021, in *Giuraemilia*.

<sup>22</sup> Cfr. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19*, cit., 107.

<sup>23</sup> Trib. Milano, 24 luglio 2020, in *Dejure*, secondo cui la testuale limitazione oggettiva dell'ambito applicativo dell'art. 216 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (locazioni di palestre, piscine e impianti sportivi) impedisce di estendere la tutela conservativa a fattispecie consimili.

<sup>24</sup> Trib. Rimini, 25 maggio 2020, in *Dejure*, che ha inibito al proprietario dell'azienda alberghiera concessa in affitto di riscuotere gli assegni ricevuti a garanzia del pagamento del canone annuo ritenendo l'assenza dei fondi causata dalla sospensione dell'impresa (nel caso di specie l'azione di merito prospettata era la risoluzione *ex art.* 1464 c.c. dell'affitto d'azienda).

<sup>25</sup> Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Nuova proc. civ.com.*



nel secondo, invece, escludendo l'abusività dell'escussione<sup>26</sup> o l'impossibilità, totale o parziale, della prestazione monetaria del conduttore<sup>27</sup>.

#### 4. Difetto di presupposizione, riduzione del corrispettivo e analogia

La minor utilità per il conduttore o per l'affittuario della prestazione che si conservi possibile sembra configurare una disfunzione del sinallagma attigua all'impossibilità sopravvenuta della prestazione e che può essere inquadrata nel difetto temporaneo di presupposizione<sup>28</sup>, ossia della situazione esterna al contratto, positiva o negativa, di fatto o di diritto comune ad entrambi i contraenti, certa, obiettiva, indipendente dalla loro condotta e determinante per entrambe le parti o per una sola di loro, ma con il riconoscimento della sua rilevanza da parte dell'altra<sup>29</sup>.

Conseguentemente la disciplina applicabile andrebbe mutuata dall'art. 1464 c.c., che legittima il conduttore e l'affittuario al recesso o alla riduzione del corrispettivo.

La riconducibilità della fattispecie in esame agli artt. 1256, 1258 e 1464 c.c. è testualmente confermata per le locazioni di immobili adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi dall'art. 216 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, secondo cui la sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei decreti legge 23 febbraio 2020 n. 6, e 25 marzo 2020 n. 19, «è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito».

---

<sup>26</sup> Trib. Bologna, 11 maggio 2020, in *Giuraemilia*. Il giudice di merito ha disatteso la prospettazione della parte conduttrice per cui l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13) consente un'indiscriminata moratoria dei pagamenti.

<sup>27</sup> Trib. Milano, 24 luglio 2020, cit.

<sup>28</sup> Così NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., 88 ss.

<sup>29</sup> Per tutti BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, IV, Torino, 2003; BESSONE-D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326 ss.

È avvalorata, inoltre, dalla valenza trans-tipica, inferibile dai «*principi generali*» dei contratti sinallagmatici, del rimedio della riduzione del corrispettivo quale strumento di riequilibrio delle contrapposte prestazioni<sup>30</sup>.

È coerente, infine, con l'evoluzione in tema della giurisprudenza che, dopo aver associato il difetto irreversibile della presupposizione, definito quale «*presupposto imprescindibile della volontà negoziale*»<sup>31</sup>, all'istituto della risoluzione giudiziale<sup>32</sup>, ha reiteratamente affermato che la sopravvenienza legittimi «*le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, né a chiederne la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì all'esercizio del potere di recesso*» a prescindere dalla natura originaria o sopravvenuta della disfunzione<sup>33</sup>.

Rilevata, quindi, l'uniformazione del difetto irreversibile della presupposizione – sul piano dei rimedi – all'impossibilità sopravvenuta parziale pregiudicante l'interesse del creditore alla prestazione residua (art. 1464 c.c.), la conferma che la transeunte carenza della presupposizione giustifichi il rimedio alternativo (e conservativo) della riduzione del corrispettivo può essere attinta non solo dall'art. 216 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, ma dalle plurime norme del Codice Civile che individuano nella riduzione del corrispettivo la tutela del contraente svantaggiato da una sopravvenienza non imputabile alle parti che diminuisca l'utilità della prestazione dovutagli, in particolare:

- gli artt. 1584 e 1622, che riconoscono rispettivamente al conduttore e all'affittuario, in caso di riparazioni eccedenti un sesto della durata della locazione o determinanti una perdita superiore al quinto del reddito annuale o complessivo dell'affittuario, il diritto a una riduzione del canone propor-

---

<sup>30</sup> Cass., S.U., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985 I, 1697; in *Giur it.*, 1987, I, 173.

<sup>31</sup> Cass. 18 settembre 2009, n. 20245, in *Italggiure*.

<sup>32</sup> Cass. 29 settembre 2004, n. 19563, in *Italggiure*, secondo cui il fondamento normativo della presupposizione deve essere rinvenuto nell'art. 1467 c.c., espressivo del principio generale *rebus sic stantibus*.

<sup>33</sup> Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1177; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20620, in *Italggiure*, che ha ritenuto la legittimità del recesso di un ente pubblico territoriale dal contratto di locazione di un immobile destinato a scuola, affermando come la durata del rapporto fosse implicitamente condizionata alla mancata ultimazione della costruzione di un nuovo edificio, da adibire a sede dell'istituto scolastico; Cass. 24 agosto 2020, n. 17615, in *Italggiure*, che in ordine ad una complessa cessione, da parte di una curatela fallimentare, di un credito di dieci milioni di dollari statunitensi verso l'Iraq per un corrispettivo minimo, ha escluso che la difficilissima recuperabilità del credito costituisse presupposto inespresso del negozio, il cui difetto legittimasse il recesso dal contratto.

- zionata, nella locazione, all'intera durata delle riparazioni e all'entità del mancato godimento e, nell'affitto, alla contrazione reddituale<sup>34</sup>;
- l'art. 1623, che consente la revisione del corrispettivo dovuto dall'affittuario nell'ipotesi in cui una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità inerente alla gestione produttiva modifichi notevolmente il rapporto contrattuale, avvantaggiando l'affittante e svantaggiando l'affittuario<sup>35</sup>;
  - l'art. 1635, che legittima l'affittuario, in caso di perimento fortuito o mancata produzione fortuita dei frutti non compensato dai raccolti antecedenti, a chiedere la riduzione del fitto e persino la dispensa provvisoria dal suo pagamento, totale o parziale,<sup>36</sup> aprendo ad una valutazione secondo buona fede di inesigibilità temporanea della prestazione<sup>37</sup>;
  - l'art. 1664, disciplinante la revisione del compenso dell'appalto quando i costi dei materiali o della mano d'opera subiscano per cause imprevedibili rincari o diminuzioni incidenti sul corrispettivo pattuito in ragione di oltre un decimo<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Sulla riduzione del corrispettivo in queste ipotesi cfr. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 3, Torino, 290 ss., 370 ss.; TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXV, Milano, 1972, 428 ss.; ROMAGNOLI, *Affitto. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, 184.

<sup>35</sup> Secondo Cass. 22 giugno 1963, n. 1686, in *Italggiure*, l'art. 1623 c.c. deve essere considerato una fattispecie particolare di eccessiva onerosità poiché, al pari dell'art. 1467 c.c., che declina il principio *rebus sic stantibus* o della presupposizione, richiede che l'evento impreveduto (e imprevedibile al momento della conclusione del contratto) deve sopravvenire *in executivis*. Sui profili di diversità delle norme si veda FRAGALI, *Affitto in generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 745 ss.

<sup>36</sup> È discusso in dottrina se la riduzione del canone costituisca un'ipotesi speciale di impossibilità parziale della prestazione o di eccessiva onerosità sopravvenuta: cfr. BASSANELLI, *Affitto di fondi rustici*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 771; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., 392. Osserva Cass. 14 giugno 1960, n. 1575, in *Italggiure*, che la riduzione del canone sottende uno squilibrio del sinallagma determinato dal caso fortuito, mentre la perequazione disciplinata dalle leggi speciali richiede un evento prevedibile o imprevedibile (estraneo alle parti), diverso dalla mera perdita o dalla mancata produzione dei frutti di un'annata agraria, che comporti una diminuzione permanente della capacità produttiva del fondo eccedente la normale alea del contratto.

<sup>37</sup> In tema BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 475. Sull'attualità della sua riflessione nel problematico contesto dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti*, cit., 92.

<sup>38</sup> Nella Relazione al Codice Civile, n. 702, si afferma che l'art. 1664<sup>1</sup> c.c. compie «una decisa applicazione dell'art. 1467» attuando «il principio della rivedibilità del prezzo», a sua volta rispondente a «ragioni di giustizia concreta» e al «principio di solidarietà che deve prevalere sull'esclusiva considerazione degli interessi singoli (n. 558)». In tema CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. Galgano*, XVI, Padova, 1991, 692; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, 300; TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. Costanza*, Torino, 2000, 265.

Individuato il rimedio – in disparte la questione se la tutela si fondi su un procedimento di *analogia juris* o *legis* – la ricostruzione ermeneutica della sua disciplina pone diverse domande, quali i criteri e i limiti della riduzione della prestazione e *a latere* gli elementi che la parte svantaggiata è tenuta ad allegare e provare, essendo naturalmente insufficiente al conseguimento della revisione del corrispettivo la mera deduzione delle restrizioni imposte per atto normativo amministrativo all'esercizio di talune imprese.

Diverse indicazioni possono essere attinte in merito dall'art. 216 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 che, oltre a stabilire i limiti temporali e di valore della riduzione, sembra introdurre una peculiare presunzione risalendo da un fatto noto (i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei decreti legge 23.2.2020 n. 6, e 25.3.2020 n. 19) ad una sua "valutazione" tipica («fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto»), che entrambe le parti possono confutare: per ipotesi, la parte non svantaggiata potrebbe eccepire e provare la prosecuzione dell'impresa in modalità che hanno preservato o persino accresciuto l'utilità della controprestazione (si pensi al caso di un ristoratore che, dedicandosi ai servizi di asporto, abbia incrementato il proprio volume d'affari).

Naturalmente, l'estensione dei parametri e delle regole di giudizio prescritti dalla disciplina speciale ne costituirebbe un'applicazione analogica, ossia la l'introduzione «*nel sistema una norma nuova*»<sup>39</sup>, la cui ammissibilità sottende l'affermativa valutazione della natura meramente speciale (anziché eccezionale) della norma e della prevalenza dell'*argumentum a simili* sull'*argumentum a contrario*<sup>40</sup>, valutazione che deve muovere dall'obiettivo riscontro della tipizzazione già ad opera del Codice Civile di plurime ipotesi di riduzione della prestazione del contraente che ritragga dalla controprestazione una minor utilità per causa non imputabile alle parti, consentendo probabilmente di inferirne un principio generale.

---

<sup>39</sup> BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, 695, 698.

<sup>40</sup> BRECCIA, in AA. VV., *Diritto privato*, 1, Torino, 2009, 65.



## PARTE III



## **Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione<sup>1</sup>**

SOMMARIO – 1. Introduzione. – 2. Cenni alla regolamentazione delle sopravvenienze nella disciplina generale del codice civile, in particolare con riferimento all'impossibilità (sopravvenuta) della prestazione. – 3. (*Segue*): il richiamo a questa disciplina nella legislazione emergenziale. – 4. Ulteriori disposizioni della legislazione emergenziale che richiamano la normativa (generale o speciale) sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione ovvero altre normative settoriali idonee a risolvere i problemi posti dall'incidenza dell'emergenza sanitaria sullo svolgimento dei rapporti contrattuali. – 5. Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione. – 5.1. (*Segue*): rilievi critici sul ricorso alla nozione di "causa concreta". – 5.2. (*Segue*): ... e sull'utilizzazione del concetto di presupposizione. – 6. Considerazioni conclusive.

### **1. Introduzione**

Nel dibattito dottrinale che si è avviato già all'indomani dei primi interventi posti in essere dal legislatore per cercare di fronteggiare l'"emergenza Coronavirus" – in primo luogo con l'adozione di misure (di varia natura) volte al contenimento della diffusione del contagio, e poi con diverse previsioni aventi lo scopo di limitare le conseguenze economiche e sociali strettamente collegate all'emergenza determinata dalla pandemia – si sono profilati, abbastanza nitidamente, due diversi atteggiamenti.

Il primo atteggiamento – muovendo evidentemente da una (implicita) valutazione di insufficienza/inadeguatezza dell'attuale normativa (codicistica) regolante il fenomeno delle "sopravvenienze contrattuali" – ha espresso il rammarico per avere il legislatore perso l'occasione di rivedere sul punto gli istituti del codice civile, accusati soprattutto di non contemplare, a fianco dei rimedi di tipo "caducatorio", anche rimedi che offrano la possibilità (in particolare alla parte che

---

<sup>1</sup> Il saggio è destinato alla Raccolta di scritti che la Rivista *Actualidad Jurídica Iberoamericana* intende dedicare alla memoria del prof. Cesare Massimo Bianca.



subisce gli effetti della sopravvenienza, ma che è comunque interessata a mantenere in vita il rapporto contrattuale) di chiedere e di ottenere una “revisione” (e un adeguamento) del regolamento contrattuale<sup>2</sup>. A questo primo atteggiamento si è – quasi sempre – accompagnata l’indicazione volta ad auspicare che la (perdurante) “lacuna” legislativa sia colmata dai giudici attraverso il ricorso a principi del sistema (solidarietà sociale, proporzionalità, ragionevolezza, etc.) e alle clausole generali (in particolare, la clausola di buona fede), rispetto alle quali quei principi fungono (o si suppone possano fungere) da direttive di concretizzazione (ad es. con riferimento a rimedi come obblighi di rinegoziazione, presupposizione, causa concreta, ecc.).

A questo primo orientamento se ne è contrapposto un secondo, che – pur riconoscendo che l’attuale regolamentazione legislativa delle “sopravvenienze contrattuali” ha bisogno di essere rivista in alcuni punti (individuati, anche in questo caso, con la carenza o insufficienza di rimedi “conservativi” del rapporto contrattuale, “adeguato” alle intervenute sopravvenienze) – sottolinea come il momento dell’emergenza non fosse quello più adatto per operare scelte su temi che (sebbene discussi da anni) sono ben lontani dall’aver trovato una sintesi condivisa, sì da fare ritenere atteggiamento più saggio quello di rinviare queste scelte all’esito di una discussione più meditata e meno condizionata da fattori “emotivi” (la sede potrebbe essere – ovviamente – quella della discussione sul progetto di riforma di alcune parti del diritto contrattuale codicistico, pendente in Parlamento già da prima dello scoppio della pandemia). Si accompagna a questo secondo orientamento una valutazione meno negativa circa la complessiva capacità della normativa codicistica di regolare adeguatamente il fenomeno sotteso alla disciplina delle sopravvenienze contrattuali, fenomeno che si riassume in definitiva nella questione di chi debba sopportare il rischio di tali sopravvenienze (c.d. “rischio contrattuale” *in senso stretto*). E, strettamente collegata a tale valutazione è anche la cautela verso soluzioni che facciano ricorso a rimedi di marca “pretoria”, anziché a soluzioni di tipo legislativo, idonee come tali a garantire una maggiore “prevedibilità” (e, per ciò stesso, a ridurre il rischio di contenziosi diffusi), e al contempo ad assicurare risposte omogenee per situazioni identiche (esigenza particolarmente importante, in considerazione del carattere “sistemico” – e, dunque, di massa – delle conseguenze che la pandemia ha provocato sui rapporti contrattuali).

---

<sup>2</sup> La critica che riferiamo nel testo è rivolta (peraltro, da tempo) a una norma come l’art. 1467 c.c., che consente alla parte che subisce l’eccessiva onerosità della prestazione (per eventi sopravvenuti ed imprevedibili) di chiedere soltanto la risoluzione del contratto, rimanendo poi affidata esclusivamente a controparte la facoltà di offrire una modifica del rapporto idonea a ricondurlo ad equità.

Dico subito che questo secondo atteggiamento mi sembra senz'altro da preferire, e che in questa prospettiva la risposta complessivamente data dal nostro legislatore – con riferimento al tema delle ripercussioni sui rapporti contrattuali dell'emergenza sanitaria e dei provvedimenti che si sono dovuti adottare per fronteggiarla – mi sembra vada considerata, in definitiva, adeguata (salvi i problemi che può aver posto la formulazione poco accurata di qualche norma – fenomeno certo non inedito, ma qui in qualche modo “giustificato” dall'urgenza e dall'esigenza di dare risposte immediate –, o la mancanza di coordinamento tra alcune disposizioni, con la conseguenza che si sono magari regolate in maniera diversa situazioni che forse avrebbero meritato una soluzione identica).

Questo giudizio, peraltro, sconta – anche da parte di chi scrive – quella valutazione positiva della regolamentazione codicistica delle sopravvenienze contrattuali (salve le “carenze” già segnalate<sup>3</sup>), di cui si è già accennato, pur doven-

---

<sup>3</sup> Peraltro – con riferimento alla necessità di potenziare lo strumentario che consenta, in ipotesi di sopravvenienze contrattuali, non soltanto di caducare il contratto, ma anche (se del caso) di mantenerlo in vita, modificandone il contenuto (attraverso una “rinegoziazione” tra le parti) – è opportuno evidenziare che la critica che si rivolge all'attuale testo dell'art. 1467 c.c. (v. la nota precedente) nella parte in cui non attribuisce anche al contraente colpito dalla sopravvenuta eccessiva onerosità l'iniziativa di chiedere la “revisione” del rapporto, non deve – a nostro avviso – indurre a pensare che questo possa tradursi in un *obbligo* dell'altra parte di mantenere in vita il rapporto (a condizioni diverse da quelle originarie). Quest'altra parte, infatti, potrebbe valutare che nuove ipotetiche condizioni contrattuali non corrispondano più all'interesse che la aveva spinto a concludere il contratto: ad es., in una locazione commerciale in relazione al quale il locatario chieda di ridurre a 4.000 euro il canone mensile originariamente fissato in 6.000 euro, il locatore potrebbe riconsiderare la stessa scelta di mantenere sul mercato il bene in questione, ritenendo più conveniente riacquisirne la disponibilità (sia per uso personale, sia per tentare di riallocarlo a controparti che abbiano maggiori disponibilità economiche). Come che sia, non si vede la ragione per la quale una (eventuale) soluzione “giudiziale” possa/debba sostituirsi al diretto interessato rispetto a decisioni che riguardano una tipica valutazione di convenienza rimessa alla sua autonomia.

Va da sé che – per restare all'esempio che stiamo facendo – può ben darsi che sia lo stesso locatore a valutare come opportuno/conveniente (anche per il suo interesse) accedere ad una “revisione” degli originari patti contrattuali (e ad accordarsi in tal senso con la controparte); ma, ove ciò non sia (o quando, comunque, un accordo non venga raggiunto), non si vede come possa essere prospettata una violazione della buona fede per il fatto solo che il contraente (il locatore, nel nostro esempio) non abbia ritenuto di addivenire ad un accordo di revisione. E, viste le cose sotto questo profilo, la stessa disposizione dell'art. 1467 c.c. acquista una sua “logica”: se l'accordo con il debitore viene raggiunto (e lo sarà, verisimilmente, prima che il debitore agisca in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto), *nulla quaestio*; nessun problema neanche nel caso in cui il debitore agisca per la risoluzione del contratto, magari confidando di costringere così controparte a fare una proposta di revisione delle condizioni contrattuali (migliore di quella eventualmente già prospettata in sede stragiudiziale); ma se neanche questo avviene, la risoluzione del contratto sarà – a quel punto – l'unico esito possibile, perché significa che le parti (tutt' e due, e non solo una) non hanno valutato come “conveniente” il (nuovo) punto di equilibrio che ciascuna di esse ha proposto.

dosi adesso aggiungere che siffatta valutazione presuppone che di tali norme si fornisca un'interpretazione corretta, dovendosi constatare che spesso (come avremo modo di evidenziare) sono proprio interpretazioni anguste od erranee delle norme in questione a far credere che esistano “lacune” legislative, e a conostare – sulla base di questa infondata supposizione – la “necessità” di rimedi *extra ordinem*, o “atipici” che dir si voglia. Vedremo, in particolare, come lo stesso giudizio (alquanto diffuso) circa la carenza di strumenti di “adeguamento” del rapporto contrattuale, senza metterne in discussione la permanenza in vita, vada probabilmente ridimensionato, e comunque sottratto a visioni unilaterali (che considerino esclusivamente il punto di vista del debitore, senza un “bilanciamento” con la posizione – che talora può essere altrettanto meritevole di considerazione e di tutela – del creditore)<sup>4</sup>.

## **2. Cenni alla regolamentazione delle sopravvenienze nella disciplina generale del codice civile, in particolare con riferimento all'impossibilità (sopravvenuta) della prestazione.**

Il legislatore dell'emergenza, nei vari interventi dedicati alla materia contrattuale, ha spesso fatto richiamo alle norme che, nel codice civile, disciplinano le sopravvenienze contrattuali, e, in particolare, alle norme sull' “impossibilità sopravvenuta della prestazione”.

Il richiamo a queste disposizioni è avvenuto sotto un duplice profilo, e con una duplice finalità: da un lato, ovviamente, esso è valso a richiamare la regolamentazione (ossia la disciplina) che esse ricollegano alla fattispecie della “impossibilità sopravvenuta della prestazione”; dall'altro, è valso a qualificare alcuni “fatti” (in particolare l'osservanza delle “norme di contenimento” emanate dallo stesso legislatore) come ipotesi da ricondurre (se non in virtù di una presunzione “assoluta”, quanto meno di una presunzione *iuris tantum*) alla fattispecie in questione.

Ciò è accaduto ad es. nella disposizione (che è tra quelle che hanno richiamato maggiormente l'attenzione degli interpreti) dell'art. 3, comma 6 *bis* del d.l. n. 6/2020 (inserito dall'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. “Cura Italia”), in forza del quale “Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, *ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c.*, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

---

<sup>4</sup> V. la nota precedente.

La norma – ove interpretata alla lettera – sembrerebbe del tutto superflua, se non addirittura erronea. È chiaro, infatti, che l'osservanza delle “misure di contenimento” (disposte dal legislatore) integra il classico *factum principis* (e, dunque, una causa estranea *non imputabile*) che *esclude la responsabilità del debitore*: conclusione cui si sarebbe pervenuti anche in mancanza della disposizione in esame<sup>5</sup>, la quale anzi potrebbe apparire addirittura fuorviante, laddove, accennando ad una “*valutazione*” da parte del giudice, sembrerebbe aprire la strada anche un possibile esito diverso del giudizio. A quest'ultimo riguardo, deve tuttavia osservarsi che la formula legislativa può acquistare un senso se la si legge come un modo (per la verità un po' contorto) di porre una “presunzione legale relativa”: in altre parole, posto che spetterebbe al creditore provare non tanto il *factum principis* (che, nella specie, consisterebbe nell'emanazione delle “misure di contenimento della pandemia”, che costituiscono un fatto notorio), quanto il *nesso di causalità* tra tale “fatto sopravvenuto” e l'esecuzione della specifica prestazione dedotta nel concreto rapporto obbligatorio, la disposizione sembra per l'appunto porre una presunzione circa la sussistenza di tale nesso, esonerando il debitore dalla prova

---

<sup>5</sup> Ciò ha indotto qualche autore (cfr. G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 571 ss., 580-581) – proprio evitare una simile conclusione – a prospettare la tesi *secondo* la quale la disposizione in esame riguarderebbe l'ipotesi in cui l'applicazione delle misure di contenimento *non* abbia comportato l'impossibilità (in senso stretto) di esecuzione della prestazione dovuta, bensì “abbia creato per il debitore ostacoli e impedimenti (astrattamente superabili con uno sforzo non esorbitante i limiti della diligenza cui il debitore è tenuto ex art. 1176 c.c., ma) a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli e far incorrere il debitore che non ponga in essere uno sforzo siffatto nelle conseguenze giuridiche tipicamente connesse alla responsabilità per inadempimento di una obbligazione”.

Si tratta, tuttavia, di tesi che contrasta con il tenore letterale della disposizione (che, richiamando una valutazione “ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c.”, chiaramente allude ad un giudizio di non responsabilità per sopravvenuta impossibilità dell'adempimento), ed anche con l'opinione decisamente prevalente in dottrina, che vede nell'art. 3 comma 6-*bis* un riconoscimento *ex lege* dell'impossibilità temporanea non imputabile al debitore ex art. 1256, comma 2, c.c. (v. in questo senso, ad esempio, A. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.; e A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020, pagg. 3-4). Da registrare è anche l'opinione (per la quale v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze e la pandemia COVID-19*, in *Corriere giur.*, 2020, 581 ss., 583 ss.) che ravvisa nella disposizione dell'art. 3, comma 6-*bis* una concretizzazione (legale) della buona fede contrattuale (e, per suo tramite, del principio di solidarietà sociale), che giustificerebbe l'adattamento del rapporto alla mutata situazione di contesto.

dello stesso, e spostando sul creditore l'onere di provare (eventualmente) il contrario<sup>6</sup>.

Il richiamo alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (considerata sempre come causa di estinzione dell'obbligazione, ma – questa volta – non tanto per la sua incidenza sulla responsabilità debitoria e come causa di esclusione della stessa, bensì nei suoi riflessi – nei contratti a prestazioni corrispettive – sulla permanenza in vita del contratto) è presente in numerose altre disposizioni della legislazione “emergenziale”.

Prima di passare ad esaminare qualcuna di queste previsioni normative, conviene richiamare – sia pure molto rapidamente – la disciplina generale contenuta al riguardo nel codice civile. Il che evidenzierà subito l'idoneità di questa disciplina (nelle sue varie articolazioni) a regolare varie ipotesi che si sono prospettate anche nel corso dell'emergenza Coronavirus.

*a)* L'impossibilità della prestazione<sup>7</sup> può anzitutto presentarsi come *totale e definitiva*, e in tale caso – sempreché si tratti di una impossibilità incolpevole – la conseguenza non potrà che essere l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256, comma 1, c.c.) e, nei contratti a prestazioni corrispettive, il venir meno della pretesa del debitore liberato dalla propria obbligazione di ottenere la controprestazione<sup>8</sup>.

*b)* Il più delle volte, tuttavia, l'impossibilità è solo *temporanea* (e può riguardare sia l'intera prestazione che una parte soltanto di essa). L'impossibilità temporanea rileva, di per sé, solo come causa di esclusione della responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento, anche se può anch'essa determinare l'estinzione dell'obbligazione – e, conseguentemente, la risoluzione del contrat-

---

<sup>6</sup> Attribuisce questa portata alla disposizione in esame F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contratti*, 2020, 485 ss., spec. 489-490. Bisognerebbe, comunque, precisare che l'inversione dell'onere della prova dovrebbe riguardare non tanto il fatto imputativo in sé considerato (costituito dalle “misure di contenimento”, che di per sé costituiscono un fatto notorio), quanto l'esistenza di un nesso di causalità tra tale fatto e la possibilità di porre in essere la specifica attività che il debitore avrebbe dovuto svolgere per adempiere alla propria obbligazione. Questa interpretazione confermerebbe, comunque, che una delle finalità della disposizione è quella di “bloccare” (per quanto possibile) l'insorgere di contenziosi giudiziari, “scoraggiando” i creditori che intendessero contestare l'inadempimento dei rispettivi debitori.

<sup>7</sup> È appena il caso di precisare che la “prestazione” a cui si fa riferimento è la prestazione c.d. “caratteristica” (es.: prestazione di trasporto, fornitura di beni o di servizi, ecc.), non quella generica (quale è il pagamento del corrispettivo in denaro).

<sup>8</sup> Si pensi – per fare un esempio che si è presentato più volte in questi ultimi mesi – al caso in cui una compagnia aerea che avrebbe dovuto trasportare un passeggero da Roma a Londra in un giorno determinato non possa eseguire il volo perché la Gran Bretagna ha temporaneamente “chiuso le frontiere” a stranieri provenienti da determinati paesi o località (tra cui l'Italia).

to<sup>9</sup> – se perdura “fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla” (art. 1256, comma 2, secondo periodo)<sup>10</sup>.

c) C’è un altro caso in cui l’impossibilità temporanea si tramuta in impossibilità *definitiva*, ma senza – questa volta – comportare (come tale) la caducazione del contratto. Ciò avviene nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nei quali il “tratto di prestazione” rimasto ineseguito (perché temporaneamente impossibile), sovente non è più “recuperabile”<sup>11</sup>, sicché per queste prestazioni l’impossibilità è da considerarsi definitiva, ma determina una situazione assimilabile a quella dell’impossibilità *parziale*.

Quando l’impossibilità (definitiva) riguardi solo *una parte della prestazione*, il debitore (non risponde dell’inadempimento della prestazione divenuta impossibile, ma) continua ad essere tenuto ad effettuare la parte di prestazione rimasta possibile e si libera eseguendo questa prestazione parziale (art. 1258 c.c.); inoltre – se la prestazione è prevista nell’ambito di un contratto sinallagmatico – l’altra parte ha *diritto ad una riduzione della prestazione da essa dovuta* (o, in alternativa, a recedere dal contratto, qualora non abbia un interesse apprezzabile all’adempimento parziale) (art. 1464 c.c.)

Come risulta da questa rapidissima illustrazione, è alquanto approssimativo qualificare i rimedi (contrattuali) collegati all’impossibilità sopravvenuta della prestazione come rimedi di tipo (invariabilmente) *caducatorio*. Se ciò è vero quando l’impossibilità sopravvenuta sia *totale e definitiva*, non è (necessariamente) vero per l’impossibilità *parziale* e, a maggior ragione, per un’impossibilità che sia solo temporanea. Inoltre – come si è sopra ricordato – l’impossibilità “parziale” non soltanto è, di regola, compatibile con il mantenimento in vita del contratto,

<sup>9</sup> Come ritengono dottrina e giurisprudenza sulla base di un “principio” (generale) che si assume ricavabile dall’art. 1464 c.c. (che lo enuncia espressamente con riferimento all’impossibilità parziale: v. *infra* nel testo).

<sup>10</sup> Quest’ultima disposizione è abbastanza interessante, perché mostra che l’impossibilità della prestazione (o meglio: l’estinzione dell’obbligazione che ad essa consegue) può ricollegarsi anche al venir meno dell’utilità che il creditore si riprometteva di trarre dal comportamento del debitore. È bene osservare sin da ora che la vicenda descritta viene sovente confusa (o concettualizzata) come “irrealizzabilità della causa concreta”. In realtà, essa è una vicenda (estintiva) *dell’obbligazione*, che si ripercuote naturalmente (e non potrebbe essere diversamente) sul sinallagma contrattuale, ma che non fa venir meno la causa *del contratto*.

<sup>11</sup> Si pensi ad un contratto di abbonamento semestrale ad un servizio di trasporto pubblico (con diritto dell’abbonato ad effettuare due corse giornaliere), che sia stato sospeso in conseguenza di misure di contenimento della pandemia.

ma dà *diritto* al creditore, che abbia ricevuto solo in parte la prestazione che gli era dovuta, di ottenere una corrispondente *riduzione* della (contro-)prestazione su di lui gravante, ossia (in sostanza) di ottenere un *adeguamento* del contratto, con riferimento al periodo temporale durante il quale perdura l'impossibilità e all'entità della riduzione a sua volta subita dalla prestazione caratteristica.

Sotto questo profilo, applicare (ove ne ricorrano i presupposti) la disciplina sopra sinteticamente richiamata consentirebbe di venire incontro ad alcune delle esigenze che più frequentemente sono state evidenziate nel dibattito di questi mesi (prima fra tutte l'esigenza di "riequilibrare" – sia pure per il periodo di durata dell'emergenza – i rapporti contrattuali, consentendo al contempo di mantenere in vita i rapporti contrattuali) senza ricorrere a meccanismi di ancora controversa configurazione (come l'obbligo di rinegoziazione<sup>12</sup>) e senza invocare non meno problematiche applicazioni giudiziali di principi (solidarietà, ragionevolezza, proporzionalità, ecc.), sui quali è tanto facile la condivisione valoriale, quanto difficile riuscire a trovare criteri che consentano una con-

---

<sup>12</sup> Un particolare obbligo di rinegoziazione è stato espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 216 del d.l. n. 34/2020 (Decreto "Rilancio"), il quale ha così disposto: «In ragione della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione. In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto. In tale caso, il concessionario ha di rito al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto».

Al riguardo, si noti: *i*) che l'obbligo di rinegoziazione riguarda un rapporto di concessione di impianti sportivi di proprietà pubblica; *ii*) che la sua previsione è motivata con l'esigenza in particolare di consentire "l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati" (tant'è che si prevede che la revisione possa anche essere attuata attraverso una proroga della durata del rapporto); *iii*) che sono in qualche modo predeterminati i criteri (o alcuni dei criteri) che devono sovrintendere alla revisione del rapporto (la quale, in particolare, "deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione"); *iv*) che è prevista una dettagliata regolamentazione delle conseguenze del mancato accordo.

cretizzazione che sfugga all'accusa di risolversi in una valutazione puramente "soggettiva".

### 3. (Segue): il richiamo a questa disciplina nella legislazione emergenziale, e le "novità" (limitate) introdotte da tale legislazione

Collocare gli interventi del legislatore dell'emergenza sullo sfondo della disciplina generale richiamata nel paragrafo precedente consente di percepire con maggiore nettezza il senso e la portata delle varie disposizioni introdotte in quest'ultimo anno con riferimento ai vari rapporti contrattuali relativamente ai quali il legislatore ha ritenuto di dover intervenire.

Si consideri, ad esempio, la disposizione dell'art. 216, comma 3, del d.l. n. 34/2020, che – con riferimento ai contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi *di proprietà di soggetti privati* – ha stabilito che “La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione”, disponendo che “In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito”<sup>13</sup>.

La norma è sicuramente innovativa se la considera in rapporto alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (non solo perché qualifica *ex lege* come “eccessiva” la maggiore onerosità del rapporto derivante, per il locatario, dalla sospensione delle attività sportive per i cinque mesi da marzo a luglio 2020, ma soprattutto perché attribuisce al locatario il *diritto* di pretendere da controparte una riduzione di almeno il 50% dei canoni dovuti per il periodo suddetto), superando completamente la norma codicistica che attribuisce invece alla parte che non è colpita dalla eccessiva onerosità la possibilità (per evitare la risoluzione chiesta da controparte) di formulare una proposta di riconduzione ad equità del contratto.

---

<sup>13</sup> Una previsione normativa ancora più radicale (riferita – questa volta – a un *canone di concessione*) è quella contenuta nell'art. 69, co. 2, del d.l. n. 18 del 2020, in base al quale «A seguito della sospensione dell'attività delle sale bingo ... non è dovuto il canone [concessorio] di cui all'articolo 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 e ss.mm. e ii. a decorrere dal mese di marzo e per tutto il periodo di sospensione dell'attività».



Se invece si considera la disposizione in esame in rapporto alla disciplina generale della impossibilità sopravvenuta, gli elementi di novità appaiono molto meno marcati. Premesso che la sospensione delle attività sportive disposta dai vari decreti governativi che si sono succeduti ha concretato sicuramente un'impossibilità (se pure parziale<sup>14</sup>) per i locatari di strutture sportive di godere dei beni locati, deve dirsi che il diritto di questi contraenti di ottenere una riduzione del canone era già scritto nell'art. 1464 c.c., e avrebbe dovuto essere riconosciuto anche se non fosse stata dettata la disposizione "emergenziale", – sicché il *novum* da essa introdotto è soltanto la fissazione di una misura minima di tale riduzione (o – se si vuole – la presunzione assoluta che l'impossibilità di svolgere l'attività abbia ridotto il godimento del bene locato per un ammontare) di almeno il 50%<sup>15</sup>. Previsione che – al pari di tante altre che più avanti richiameremo – ha l'evidente scopo (fra l'altro) di prevenire un contenzioso, che, nel disaccordo delle parti (in questo caso: sulla misura della riduzione del canone), avrebbe potuto eventualmente sorgere, investendo i Tribunali di un rilevante numero di ricorsi, e magari aprendo la strada a soluzioni alquanto diversificate (nonostante l'oggettiva comparabilità dei vari casi).

La sottolineatura della circostanza secondo cui, già in base alle norme generali (e, per così dire, "ordinarie") in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione, sarebbe stato ben possibile risolvere il problema (sicché – come detto – la funzione principale delle norme "emergenziali" sin qui considerate può apparire soprattutto quella di favorire composizioni stragiudiziali dei residui aspetti controversi che si sarebbero potuti prospettare) consente di vedere sotto altra luce anche la vicenda – che ha, forse più di tutte, richiamato l'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza – della sospensione/riduzione dei canoni dei contratti di locazione commerciale strumentali all'esercizio di attività economiche oggetto di provvedimenti governativi (o anche di ordinanze locali) che ne abbiano (direttamente o indirettamente) limitato o addirittura escluso completamente lo svolgimento.

La questione si è posta ripetutamente all'attenzione dei giudici, per lo più in sede di richiesta di provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c. volti a disporre

---

<sup>14</sup> I locatari hanno, infatti, conservato la disponibilità degli immobili locati, e hanno continuato ad utilizzarli, se non altro per il ricovero dei beni aziendali.

<sup>15</sup> Ne consegue che non ha senso l'alternativa che qualche autore prospetta tra il considerare la disposizione dell'art. 216, comma 3, come eccezionale per intero (e dunque confermativa – *a contrario* – della esclusione di pretese di riduzione o di revisione del corrispettivo al di fuori della specifica previsione di legge) ovvero solo limitatamente alla parte che predetermina legalmente la misura minima della riduzione del corrispettivo cui ha diritto il locatario (v. E. NAVARRETTA, *op.cit.*, 91). È evidente – a nostro avviso – che solo il secondo corno dell'alternativa prospettata ha senso.

la “sospensione” del pagamento dei canoni (di cui il conduttore chiedeva la riduzione, almeno parziale) ovvero a “bloccare” l’escussione da parte dei locatori delle garanzie (fideiussioni e altro) che assistevano il loro credito. E, significativamente, essa è stata per lo più risolta – senza particolari complicazioni<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Complicazioni destinate, invece, inevitabilmente a sorgere laddove qualche giudice ha ritenuto di dover pervenire al risultato della riduzione (temporanea) del canone, ipotizzando l’esistenza di un obbligo di rinegoziazione del contratto, derivante dalla buona fede, e il cui (preteso) inadempimento da parte del creditore legittimerebbe il giudice a disporre appunto la riduzione richiesta dal debitore (cfr. Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, G.I. Grauso, pubblicata in *Contratti*, 2021, unitamente ad altre tre pronunce che richiamiamo nelle note seguenti, e con *Commento* di R. GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e di affitto di azienda*).

La cosa veramente singolare è che – nella parte finale del provvedimento – il giudice capitolino riconosce che «...Alle medesime conclusioni si perviene qualificando la suddetta fattispecie come peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione della locatrice resistente di natura parziale e temporanea ..., attesa la sostanziale impossibilità di utilizzazione dei locali locati per l’attività di ristorazione, idonea ad incidere sui presupposti alla base del contratto, e che dà luogo all’applicazione del combinato disposto degli articoli 1256 c.c. (norma generale in materia di obbligazioni) e 1464 c.c. (norma speciale in materia di contratti a prestazioni corrispettive) ».

Risulta del tutto incomprensibile, allora, la ragione per la quale la decisione, anziché essere presentata (ed argomentata) come applicazione di un rimedio legale, venga fatta apparire come frutto di un rimedio “pretorio”, ciò che – a tacer d’altro – ne accentua l’incertezza e la contestabilità. Si aggiunga che applicazioni così discutibili (perché sostanzialmente superflue) della dottrina dell’obbligo di rinegoziazione (ma nella pronuncia in esame non si omette di richiamare anche la teoria della presupposizione), finiscono per indebolire la stessa “figura” a cui fanno riferimento, che invece – per accreditarsi (anche giurisprudenzialmente) – ha bisogno di essere fondata su basi rigorose, che individuino con precisione i casi e i presupposti in presenza dei quali può farsi ricorso a questa costruzione, e inoltre (e si tratta, forse, dell’aspetto più problematico) enuncino i rimedi che possano essere utilizzati in caso di “violazione” dell’asserito obbligo di rinegoziazione. Critiche alla pronuncia in questione sono state formulate anche da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell’attivismo giudiziale nell’emergenza Covid-19*, in *Contratti*, n. 6\_2020, 712 ss., spec. 714, dove i principali punti deboli della argomentazione dell’ordinanza *de qua*, pur definita come “suggestiva”, sono così individuati: «... a) il difetto di variazioni della misura dello scambio che alterino l’originario equilibrio contrattuale, considerate correntemente presupposti della rinegoziazione obbligatoria; b) l’errata riconduzione alla figura della presupposizione dell’idoneità del bene all’uso convenuto, che costituisce invece oggetto di un’obbligazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.); c) l’illegittima disapplicazione dei rimedi codicistici all’impossibilità sopravvenuta parziale di carattere temporaneo (artt. 1258 e 1464 c.c.), nonostante la riconosciuta adeguatezza funzionale».

In particolare, per quanto riguarda il profilo sub b) – che è quello che qui maggiormente interessa – CARAPEZZA FIGLIA contesta al ragionamento del Tribunale di Roma di non aver considerato che «i provvedimenti di contenimento del contagio, che hanno disposto la sospensione di attività produttive o la loro organizzazione «in modalità a distanza o lavoro agile» – lungi dall’incidere su una situazione di fatto esterna al contratto, destinata a verificarsi o a venir meno in modo indipendente

– riconoscendo ai locatari il diritto alla riduzione del canone *sulla base di una impossibilità temporanea parziale della prestazione*<sup>17</sup>.

Chiaramente “spuntate” sono due possibili obiezioni alla riconduzione della sopravvenienza in esame alla figura della “impossibilità sopravvenuta”. La prima obiezione è quella di chi dovesse ritenere che non sussiste alcuna impossibilità (non solo – come è pacifico – della prestazione del conduttore, trattandosi di un’obbligazione pecuniaria; ma anche) della prestazione dovuta dal locatore, *restrittivamente* identificata con la mera “messa a disposizione” del bene locato<sup>18</sup>. A questa obiezione è possibile replicare che l’art. 1575, n. 2. c.c. ricomprende nell’orbita dell’impegno obbligatorio del locatore il mantenimento della cosa in istato da servire all’uso convenuto: espressione, quest’ultima, che non va intesa

---

dall’attività delle parti – conformano l’idoneità del bene all’uso pattuito, che costituisce oggetto di una specifica obbligazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.). L’incidenza dello stato di emergenza – conclude pertanto l’A. – può essere riportata dal piano (esterno al contratto) dei presupposti di efficacia o, secondo altro indirizzo, dei motivi, a quello interno dell’attuazione delle obbligazioni collegate dal sinallagma, sotto forma di riduzione dell’uso convenuto in contratto o desumibile dalle circostanze» (v. *op.cit.*, 716-717).

Si vedano anche le considerazioni critiche che A. BRIGUGLIO *Novità sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziale a spese dell’autonomia dei privati*, Editoriale del 7.10.2020, in *Giustiziacivile.com*) ha rivolto ad una recente *Relazione tematica* dell’Ufficio del Massimario della Cassazione (dal titolo “*Novità normative sostanziali del diritto ‘emergenziale’ anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, Roma, 8 luglio 2020, a firma del consigliere Salvatore Leuzzi) che dà avallo all’utilizzazione dello strumento dell’“obbligo di rinegoziazione” del contratto *ex fide bona*, addirittura ritenendolo presidiato (in presenza di determinati presupposti) dalla tutela costitutiva ex art. 2932 c.c.

<sup>17</sup> Esempio per la chiarezza e il rigore dell’argomentazione è la pronuncia resa da Trib. Roma, sez. VI, ord. 29 maggio 2020, G.I. Miccio (cui si allinea integralmente Trib. Roma, sez. V, ord. 25 luglio 2020 – G.I. Corbo; entrambe le pronunce si leggono in *Contratti*, 2021, con nota di Gelli, cit.), che – in relazione ad un contratto di affitto di ramo d’azienda (in particolare, si trattava di un negozio di vendita di articoli di pelletteria, borse, valigeria, portafogli, ecc.) – ha affermato che “i provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica emanati per effetto della diffusione del virus “Covid-19” determinano un’ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione dell’affittante, cui consegue, quale riflesso sull’obbligo di corrispondere il canone, una riduzione destinata a cessare, nel momento in cui tale prestazione potrà tornare ad essere compiutamente eseguita” (nel caso di specie – pur respingendo il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., per mancanza del requisito del *periculum in mora* il Tribunale ha ipotizzato, in considerazione della sospensione dall’11.3.2020 al 18.5.2020 dell’attività di commercio al dettaglio di beni diversi da generi alimentari, il diritto dell’affittuario a una riduzione del canone ex art. 1464 c.c. nella misura del 70%, corrispondenti in concreto a ca. 10.000 euro di minori somme che l’affittuario avrebbe dovuto corrispondere all’affittante).

<sup>18</sup> Vedi, per un’argomentazione di questo tipo, Trib. Roma, Sez. VI, 9 settembre 2020, ord. – G.I. M. Corrias, in *Contratti*, 2021, cit.

genericamente, ma con riguardo allo specifico uso concordato tra le parti, e menzionato nell'enunciativa dell'oggetto del contratto.

Ma più in generale – e veniamo così alla seconda (e più insidiosa) obiezione che potrebbe essere prospettata – v'è da dire che, al di là di previsioni specifiche (come quella del ricordato art. 1575, n. 2, c.c.), il concetto di “prestazione” deve essere ricostruito in termini che ricomprendano, accanto al comportamento dovuto dal debitore, anche l'utilità (o, se si vuole, il “risultato”) atteso dal creditore, sicché “impossibile” dovrà dirsi divenuta la prestazione non solo quando sia sopravvenuto un impedimento che non consenta al debitore di adempiere, ma anche quando risulti “oggettivamente” impossibile al creditore di fruire dell'utilità che il comportamento del debitore è destinato a procurargli)<sup>19</sup>. Torneremo più avanti su questo punto, che è di estrema importanza: qui, ci limitiamo semplicemente ad osservare che ciò che conta è che l'impedimento alla fruizione della prestazione non sia meramente “soggettivo” (non attenga, cioè, alla mera sfera personale o al rischio connesso all'attività svolta dal creditore), ma abbia carattere “oggettivo”, ossia consista in un impedimento che incide direttamente sulla prestazione, in sé e per sé considerata.

#### **4. Ulteriori disposizioni della legislazione emergenziale che richiamano la normativa (generale o speciale) sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione, o altre normative settoriali idonee a risolvere i problemi posti dall'incidenza dell'emergenza sanitaria sullo svolgimento dei rapporti contrattuali**

Salvo che per alcune norme di ambito applicativo molto esteso (anzi, coestensivo alla totalità dei rapporti contrattuali) – come il sopra ricordato art. 3, comma 6 *bis* del d.l. n. 6/2020 –, il legislatore dell'emergenza è intervenuto per lo più dettando disposizioni relative a specifici rapporti contrattuali, e richiamando per tali rapporti, oltre che la disciplina generale sopra vista, anche la disciplina *specifica* delle sopravvenienze contrattuali propria *in via ordinaria* di tali rapporti. Naturalmente, anche in questo caso, sono state introdotte alcune integrazioni e/o modifiche (invero, alquanto limitate), quando esse sono parse indispensabili (o comunque opportune) alla luce della particolare situazione determinata dall'epidemia da Covid-19.

Esamineremo, qui di seguito, alcune delle disposizioni che rientrano in questo ambito.

---

<sup>19</sup> Per alcune indicazioni dottrinali, v. *infra*, nota 22.

a ) Una prima fattispecie che merita di essere menzionata è quella dei contratti di trasporto (aereo, ferroviario o marittimo), rispetto ai quali l'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (che – come vedremo – si occupa anche dei contratti di “pacchetto turistico”)<sup>20</sup> ha disposto che ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione, *ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c.*, quando il soggetto trasportato (creditore della prestazione) sia stato posto in quarantena (nel periodo in cui dovrebbe effettuarsi il viaggio) in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, oppure sia destinatario di un provvedimento di divieto di allontanamento da aree interessate dal contagio (1° comma)<sup>21</sup>. La disposizione in esame, che si preoccupa di regolare in particolare l'obbligo restitutorio (in caso di anticipato pagamento, totale o parziale, del corrispettivo), ha stabilito un onere di comunicazione (entro 30 giorni) al vettore del ricorrere di una delle situazioni predette, disponendo che il vettore debba – nei successivi 15 giorni – procedere al rimborso dei titoli di viaggio (anche quando questi siano stati acquistati tramite un'agenzia di viaggi) oppure può emettere un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Varie sono le novità contenute in questa disposizione, non tanto rispetto alla disciplina codicistica, quanto rispetto alla normativa “settoriale”, che ben conosce il problema, e lo regola a propria volta in maniera diversa rispetto alla disciplina generale. Ad es., in materia di trasporto marittimo, l'art. 400 c.nav., con riferimento all'ipotesi in cui il passeggero si trovi impossibilitato a viaggiare per una causa a lui non imputabile, dispone la risoluzione del contratto, ma impone al creditore l'obbligo di pagare un quarto del corrispettivo, al netto del vitto, se compreso nel prezzo. Una disciplina ancora diversa è poi prevista, in materia di trasporto aereo, dall'art. 945 c. nav., il quale dispone bensì l'obbligo del vettore aereo di restituire al viaggiatore “impossibilitato” *l'intero corrispettivo*, ma lo fa con norma derogabile, e – di fatto – sistematicamente derogata dalle c.g.c. (che, per lo più, prevedono regole di rimborso differenziate a seconda della tipologia tariffaria applicata).

---

<sup>20</sup> L'art. 28 è stato poi abrogato dalla l. 24.4.2020 n. 27, e sostituito con l'art. 88-*bis* del d.l. n. 18/2020 (che ha aggiunto ai contratti di viaggio e di pacchetti turistici anche i contratti di soggiorno).

Una disciplina analoga è stata poi dettata dall'art. 88 del medesimo d.l. n. 18/2020, con riferimento al rimborso dei corrispettivi pagati per l'acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, quando la fruizione del servizio acquistato sia stata resa impossibile dalle misure restrittive emanate per fronteggiare l'epidemia da Covid-19.

<sup>21</sup> È appena il caso di evidenziare che quella considerata dalla norma è un'ipotesi di impossibilità *totale e definitiva*, che determina la risoluzione del contratto.

Ora, rispetto a questo quadro normativo preesistente, è evidente che l'art. 28 ha adottato (generalizzandola) la soluzione prevista in materia di trasporto aereo, imponendola peraltro con una norma che dovrebbe considerarsi prevalente rispetto anche ad eventuali clausole contrattuali di deroga (ossia a clausole contrattuali che addossino al viaggiatore il rischio di una impossibilità, anche dovuta a forza maggiore, di fruire della prestazione di trasporto).

Peraltro, per venire incontro anche ai vettori (già duramente colpiti dalle limitazioni introdotte dalla normativa d'emergenza), e per evitare che gli stessi potessero subire anche il contraccolpo negativo dell'obbligo di restituire immediatamente le somme già "anticipate" dal viaggiatore, si è introdotto il meccanismo del *voucher*, come modalità alternativa di esecuzione dell'obbligo di rimborso del corrispettivo dei titoli di viaggio<sup>22</sup>.

Senza soffermarci ulteriormente su queste fattispecie, ci limitiamo qui soltanto segnalare come il legislatore abbia, nel regolarla, accolto – con tutta evidenza – l'interpretazione maggioritaria (e che anche a noi sembra la più corretta, come già sopra abbiamo avuto modo di evidenziare) che ricomprende nel concetto di "*impossibilità della prestazione*" (ai sensi e per gli effetti degli artt. 1463 e ss. cod.civ.), accanto all'impedimento che rende impossibile il comportamento del debitore, anche l'impedimento che colpisca la possibilità per il creditore di ricevere la prestazione<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Si è molto discusso, ad es., sulla natura del *voucher*. Ci sembra, fondamentalmente, corretta l'impostazione di F. PIRAINO (*op.cit.*, 510 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti), il quale – premesso che il rilascio del *voucher* è solo una modalità di effettuazione di una restituzione conseguente ad una risoluzione, e che non ci si trova pertanto di fronte ad "una ridefinizione *ex lege* del contenuto del contratto" (come invece sostiene qualche autore), e nemmeno ad una novazione oggettiva del rapporto originario – afferma che "il buono costituisce una modalità cartolare di restituzione del corrispettivo che attribuisce al contraente un valore monetario nei confronti della controparte a impiego discrezionale", e trae da questa definizione la conseguenza che, allo scadere del periodo previsto, il contraente (che non è più vincolato al contratto, che deve considerarsi risolto) potrà a propria scelta chiedere il rimborso monetario o utilizzare il "buono" per usufruire di una prestazione di corrispondente valore.

In giurisprudenza, sulla "legittimità" del rimborso del corrispettivo tramite il meccanismo del *voucher* si veda l'articolata pronuncia di Trib. Verona, 19 gennaio 2021.

<sup>23</sup> Com'è noto, alcuni autori ritengono che le vicende che riguardano la sfera personale del creditore, impedendogli di prestare la cooperazione dovuta o, comunque, di ricevere la prestazione messa a disposizione dal debitore, non possono essere fatte ricadere su quest'ultimo, perché è giusto che costituiscano un rischio ricadente sul creditore (anche nel caso in cui nessun addebito a titolo di colpa possa essergli mosso).

Ma l'opinione maggioritaria è nel senso di equiparare l'impossibilità (non imputabile) del creditore di ricevere la prestazione all'impossibilità che colpisce l'attività dovuta da parte del debitore.

In tale ultimo senso, v. C. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità*

b) Un'ulteriore tipologia di rapporti contrattuali presa in considerazione dal legislatore dell'emergenza è costituita dai contratti di "pacchetto turistico", anch'essi disciplinati dall'art. 28, del quale abbiamo poc'anzi esaminato alcune previsioni.

Il comma 5 di tale norma ha disposto che i soggetti che si trovino in una delle situazioni "impossibilitanti" di cui al comma 1, possono *recedere* dai contratti di "pacchetto turistico", che avrebbero dovuto ricevere esecuzione nei periodi di quarantena, isolamento domiciliare, ecc., e hanno diritto al rimborso integrale dei corrispettivi anticipati<sup>24</sup>.

Qui la terminologia (in particolare l'uso del verbo "recedere" e del termine "recesso") si adegua a quella della normativa "ordinaria" che regola questo tipo di rapporti contrattuali, normativa oggi contenuta – sotto il titolo di "*Contratti del turismo organizzato*" – nel "Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo" (in breve; "Codice del turismo"), approvato con l'art. 1 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, e contenuto nell'Allegato 1 a detto d.lgs.<sup>25</sup>.

Tralasciando altre facoltà attribuite al viaggiatore (come quella di cedere a terzi il contratto di pacchetto turistico, prevista nell'art. 38 del Codice), giova richiamare subito l'art. 41, che al comma 4 prevede il diritto del viaggiatore di sciogliersi dal contratto senza corrispondere alcuna spesa di recesso (c.d. recesso gratuito), nel caso in cui siano sopravvenute «*circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto dei passeggeri verso la destinazione*»<sup>26</sup>.

---

*del debitore. Problemi generali*, Milano, Giuffrè, 1955, 8 ss.; C.M. BIANCA, "Diritto civile, V. La responsabilità", Milano, Giuffrè, 1994, 383 ss.; per l'opposta (e minoritaria) tesi cfr., invece, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010, 24 ss.

Una breve discussione sul punto si legge in F. PIRAINO, *op.cit.*, 498, il quale evidenzia opportunamente come la soluzione (giustamente) prevalente non sia altro che il riflesso di una corretta ricostruzione del concetto di "prestazione", che comprende sia il profilo del comportamento dovuto dal debitore sia quello del "risultato" atteso dal creditore.

<sup>24</sup> Anche in questo caso è concesso all'organizzatore (*tour operator*) l'alternativa tra il procedere al rimborso nei 15 giorni successivi alla comunicazione di recesso ovvero effettuare il rimborso mediante l'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

<sup>25</sup> Il d.lgs. n. 79/2011 (e, in particolare, le specifiche norme che citeremo in appresso) sono state modificate dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2015/2302 UE.

<sup>26</sup> Il *Considerando* 31 della Direttiva 2015/2302 UE (cui il nostro legislatore ha dato attuazione con il cit. d.lgs. n. 62/2018) esemplifica le circostanze inevitabili e straordinarie (di cui all'art. 12 dir.), richiamando le ipotesi di «conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, rischi significativi per la salute umana *quali il focolaio di una grave malattia* ... o calamità naturali come

Rispetto alla previsione dell'art. 41, or ora citata, quella del 5° comma dell'art. 28 d.l. n. 9/2020 esibisce alcune differenze, in particolare sotto due profili: da un lato, infatti, la disposizione in esame amplia (rispetto alla regola "ordinaria") la tutela del viaggiatore ammettendo il recesso "gratuito" anche in relazione a circostanze che riguardano la persona del creditore (come la messa in quarantena o in stato di permanenza domiciliare fiduciaria) e non (solo) a situazioni "oggettive" verificatesi "nel luogo di destinazione del viaggiatore"; dall'altro essa tutela altresì la posizione del *tour operator*, consentendogli – oltre che di procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'articolo 41 del citato d.lgs. n. 79/2011 – anche di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, oppure ancora di emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante<sup>27</sup>.

Per concludere va detto che la tutela del viaggiatore è completata dalla possibilità (che deve ritenersi sempre sussistente) di esercitare – quando non ricorrano i presupposti per poter recedere dal contratto senza spese (o quando comunque – magari per ragioni di *privacy* – il viaggiatore non intenda ricorrere a tale istituto) – il recesso c.d. "oneroso" previsto dal 1° comma dell'art. 41 del Cod. del Turismo, ai sensi del quale il viaggiatore, senza alcun onere di motivazione, può recedere dal contratto di pacchetto turistico in ogni momento prima dell' inizio del pacchetto turistico, *rimborsando all'organizzatore le spese da questi sostenute*, purché adeguate e giustificabili<sup>28</sup>. E si noti come, in presenza di quest'ulteriore

---

inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche *che impediscano di viaggiare in modo sicuro* (corsivo aggiunto).

Sul recesso "gratuito" previsto dall'attuale art. 41 comma 4 del d.lgs. n. 79/2011 (in attuazione dell'art. 12, par. 2, dir. 2015/2302 UE), e sulla sua configurabilità come rimedio a una situazione di "impossibilità oggettiva" di attuazione del rapporto, cfr. per tutti S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei contro limiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE*, AA.VV. *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Milano, par. 4 (e, già prima, ID., *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302 UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in *Contratto ed Impresa – Europa*, 2017, pp., par. 7).

<sup>27</sup> Disciplina analoga, anche se non identica, è prevista nel comma 9 dell'art. 88-bis del d.l. n. 18/2020 (che ha sostituito l'originario art. 28 del d.l. n. 9/2020), con riferimento ai viaggi e alle altre iniziative d'istruzione *oggetto di sospensione* ai sensi degli artt. 1 e 2 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. La norma prevede *tout court* l'applicazione di quanto previsto (in ordine al diritto di recesso del viaggiatore prima dell'inizio del pacchetto di viaggio) dall'art. 41, comma 4, d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79 (Codice del Turismo) e dall'art. 1463 c.c., aggiungendo soltanto la previsione della possibilità di effettuare il rimborso delle somme anticipate mediante l'emissione di un *voucher*.

<sup>28</sup> Si tratta di una sorta di *ius poenitendi* che sembra disciplinato più che sul modello dello *ius poenitendi* noto alla legislazione consumeristica, su quello dello *ius poenitendi* che è previsto in alcuni



rimedio “tipico” (e della sua evidente complementarità con il recesso gratuito di cui al 4° comma del medesimo art. 41), non ci dovrebbe essere spazio per allargamenti dell’area del “recesso gratuito”, giustificati magari dall’invocazione della c.d. “irrealizzabilità della causa concreta”<sup>29</sup>. Ove ciò accadesse, ci si troverebbe di fronte ad un sovvertimento delle regole legali di ripartizione del rischio contrattuale, regole alle quali il legislatore (anche dell’emergenza pandemica) ha mostrato di prestare particolare attenzione attraverso la disciplina sopra sinteticamente illustrata.

## 5. Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione

Le considerazioni sin qui svolte dovrebbero aver già fatto trasparire la posizione (negativa) dell’autore di queste pagine in ordine alla necessità, o anche solo all’opportunità, di implementare il sistema dei rimedi attraverso i quali affrontare l’incidenza che la sopravvenienza “pandemica” ha avuto (su scala vastissima) sui rapporti contrattuali.

Si è visto, nelle pagine che precedono, come sia probabilmente infondato (se non *in toto*, certamente in larga misura) il giudizio che postula l’esistenza di una significativa inadeguatezza del nostro sistema rimediale (in materia di disciplina delle sopravvenienze), in particolare per l’asserita mancanza di rimedi di tipo conservativo (che mantengano in vita il contratto al contempo “adeguandolo” alle mutate condizioni sopravvenute).

---

rapporti contrattuali (es.: appalto, contratto di prestazione d’opera intellettuale, ecc.) relativamente ai quali si vuole lasciare al creditore la possibilità *re melius perpensa* (e, comunque, senza un particolare onere di motivazione) di “rinunciare” alla prestazione prevista nel contratto (per motivi che possono attenero alla persona della controparte [si pensi alla revoca di un incarico professionale per ragioni di “fiducia” nei confronti del professionista], oppure anche per ragioni che attengono alla sfera del creditore [ad es., una sopravvenuta impellente esigenza di liquidità, che suggerisce di abbandonare un costoso progetto di ristrutturazione della propria abitazione]), tenendo peraltro indenne la controparte delle spese sostenute, e corrispondendo il compenso per la parte di prestazione sino a quel momento eseguita (si tenga presente che, nel caso della vendita di pacchetto turistico, può darsi che – al momento dell’esercizio del recesso da parte del viaggiatore – l’organizzatore abbia già eseguito *in larga parte* la propria prestazione, che precede naturalmente la fase di *esecuzione del pacchetto turistico*).

<sup>29</sup> E cfr. S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei contro-limiti, lc.ult.cit., il quale proprio nella codificazione*, nel citato art. 41 Cod. tur., delle ipotesi (ben distinte) del recesso “oneroso” (comma 1) e del recesso “gratuito” (comma 4), ha acutamente intravvisto il ripudio «... a chiare lettere [di] quell’indirizzo giurisprudenziale imputante, mercé l’*escamotage* di una causa concreta irrealizzabile, il rischio del fortuito *interamente* al professionista».

Ma – anche ammesso, per un attimo, di voler accreditare una simile opinione – non ci sembra che rimedi “pretori”, quali quelli che vanno sotto il nome di “presupposizione” e di “causa concreta”, possano offrire un completamento – e, tanto meno, una “correzione” delle (pretese) inadeguatezze del sistema legale – che possa esibire tratti di razionalità e di equilibrata composizione degli interessi.

Senza riprendere il tema (cui si è accennato nel paragrafo introduttivo) della (in)opportunità di “gestire” una crisi “sistemica”, come quella generata dalla pandemia da Covid-19, con strumenti di ancora incerta e controversa configurazione<sup>30</sup> – la cui applicazione, da un lato, è affidata ad una (problematica) concretizzazione giudiziale di principi e clausole generali non poco indeterminati, e dall'altro sconta i tempi (notoriamente non brevi) della giurisdizione<sup>31</sup> –, osserviamo intanto come non possa non apparire singolare che, nonostante si individui nell'assenza di strumenti “conservativi” del contratto il limite principale dell'attuale normativa sulle sopravvenienze contrattuali, si faccia poi appello a rimedi (per così dire “atipici” o preterlegali) che hanno a loro volta una funzione (per lo più) “caducatoria” del contratto<sup>32</sup>.

Ma, a parte questa osservazione, ce n'è un'altra che ci sembra opportuno enunciare sinteticamente *in limine*. Causa concreta e presupposizione – come vedremo subito – sono invero costruzioni nate per coprire (pretesi) “vuoti di tutela” della disciplina legale delle sopravvenienze. Sennonché gli asseriti “vuoti di tutela” o non sono realmente sussistenti (dipendendo piuttosto da interpretazioni non adeguate delle norme che disciplinano rimedi “tipici”), oppure non meritano di essere colmati con i rimedi preterlegali in questione (palesandosi, invece, come corretta la scelta del legislatore di non attribuire rilievo a determinati interessi o a determinate situazioni).

<sup>30</sup> È significativo ad es. che, nell'ordinamento tedesco, si sia pervenuti alla “codificazione” della “presupposizione” solo recentemente, nonostante la figura in questione vanti un dibattito dottrinale e una elaborazione giurisprudenziale più che secolari. Sul punto v. anche *infra*.

<sup>31</sup> Problema quest'ultimo che non è affatto eliminato dalla possibilità di ricorrere alla tutela cautelare (in particolare all'art. 700 c.p.c.), attesa la problematicità di ammettere (al di là del *fumus boni iuris*) la sussistenza del requisito del *periculum in mora*, venendo in gioco generalmente la richiesta di sospensione di obbligazioni di natura pecuniaria.

<sup>32</sup> Ciò vale certamente per la “causa concreta”, ma può dirsi anche per la presupposizione. E, invero, che il rimedio collegato al “venir meno” della presupposizione (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) sia un rimedio di tipo caducatorio (in senso lato) appartiene alla storia dell'istituto, anche se si deve subito aggiungere che la recente riforma tedesca dello *Schuldrecht* ha codificato l'istituto nel § 313 *BGB*, il quale non parla però di *Wegfall* bensì di semplice *Störung* (=alterazione, disturbo, turbamento) della *Geschäftsgrundlage*, ipotizzando quale rimedio principale il c.d. “adeguamento” (*Anpassung*) del contratto, mentre solo “se un adattamento del contratto non è possibile o è irragionevole per una parte” è previsto lo scioglimento del rapporto attraverso un potere di recesso attribuito alla parte svantaggiata.

### 5.1. (Segue): rilievi critici sul ricorso alla nozione di “causa concreta”

La nozione di “causa concreta” è una nozione per molti versi ambigua.

Mentre, infatti, il sostantivo “causa” induce a pensare che si tratti del “requisito” di cui all’art. 1325 c.c. (requisito che però – come noto – riguarda l’atto, e la c.d. fase genetica del contratto, come è dimostrato dal rimedio della nullità – e cioè della inefficacia originaria – che viene ricollegato alla mancanza della causa dall’art. 1418 c.c.), il rimedio che viene predicato per le fattispecie variamente catalogate come “venir meno” o “inutilizzabilità” o “irrealizzabilità” della causa concreta” è quello della risoluzione del contratto, cioè un rimedio che attiene al rapporto (e più precisamente ad una alterazione sopravvenuta del sinallagma funzionale)<sup>33</sup>. Del resto, è del tutto ovvio che, nei contratti a prestazioni corrispettive, *sempre* (e non solo nelle ipotesi in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di “causa concreta”), l’estinzione (per impossibilità sopravvenuta non imputabile) di una delle obbligazioni contrapposte, fa venir meno il “sinallagma funzionale” (ossia la ragione che lega le due prestazioni corrispettive). E, sotto questo profilo, l’espressione “irrealizzabilità della causa concreta” appare solo un modo diverso per indicare un fenomeno notissimo e antico (e, oltre tutto, non legato a fattispecie circoscritte).

Ci si potrebbe fermare semplicemente a questa denuncia circa il carattere equivoco della formula (e l’inopportunità del suo uso in alternativa ad espressioni ben più precise e collaudate), se non fosse che le discussioni circa la genesi del nostro concetto confermano che, parlando di “causa concreta”, sovente si ritenga veramente che il riferimento sia alla “causa”, come requisito del contratto ex art. 1325 c.c.

---

<sup>33</sup> E che di questo si tratti (ossia di un modo di evocare le tradizionali ipotesi di “sopravvenienze”, incidenti sul rapporto, prima fra tutte l’impossibilità della prestazione, e la conseguente estinzione dell’obbligazione di una delle parti) – nonostante il ricorso al termine “causa” – lo si evince chiaramente dalla lettura delle sentenze.

Si veda, ad es. Cassazione civile sez. III – 22 agosto 2007, n. 17844 (repertoriata sotto la voce “Risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta”), dalla quale è tratta la seguente massima: «In caso di impossibilità, determinata da evento sismico, di godere degli immobili locati e di utilizzarli per l’uso (nella specie, scuola pubblica) cui gli stessi erano adibiti, tanto da essere oggetto di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità, qualora non sia stata emanata in relazione al predetto evento una specifica disciplina legislativa volta a regolare le vicende dei contratti di locazione aventi ad oggetto gli immobili rimasti danneggiati, occorre far riferimento alla disciplina generale in tema di estinzione del rapporto contrattuale per sopravvenuta impossibilità della prestazione non imputabile alle parti ex art. 1463 c.c., quale rimedio all’alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta, comportante l’automatica risoluzione “ex lege” del contratto, con conseguente liberazione del debitore dall’obbligazione divenuta impossibile che nello stesso trovava fonte» (corsivo nostro).

Ciò avviene quando si individua questa genesi nel passaggio dalla concezione della causa come “funzione economico-sociale” alla concezione della causa come “funzione economico-individuale”<sup>34</sup>. Sul punto bisogna, tuttavia, intendersi. Il passaggio in questione ha un significato sicuro, se esso viene rinvenuto sul terreno del rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico: vuole significare un atteggiamento più “liberale” dell’ordinamento nel valutare la rilevanza (e nel riconoscere l’efficacia) degli atti di autonomia privata (senza condizionare questo giudizio ad una valenza “sociale” dell’interesse perseguito dai contraenti).

Più dubbio è, invece, che la formula della funzione “economico-individuale” (e quella – ad essa, impropriamente, collegata – della “causa concreta”) abbia, invece, apportato una significativa novità sul terreno della modalità di effettuazione del giudizio causale. E, invero, che tale giudizio debba avvenire *in concreto*, ossia con riferimento al singolo specifico atto di autonomia privata, non è cosa che potesse (in passato) o possa essere messa seriamente in dubbio<sup>35</sup>. È evidente (ma lo era anche prima che si cominciasse a parlare di causa concreta), insomma, che solo guardando alla specifica compravendita, tra due specifiche parti contrattuali (quel venditore e quell’acquirente), con riferimento a quello specifico “oggetto”, che si potrà accertare se il contratto di cui trattasi abbia o non abbia una causa, abbia o non abbia (eventualmente) una causa *illecita*, e così via.

Non ci sembra neanche vero che la formula della (causa come) “funzione economico-individuale” abbia avuto il merito di far uscire il giudizio causale dall’angustia di una considerazione limitata al solo piano del rapporto tra atto di autonomia privata e ordinamento giuridico, restituendogli anche una funzione

<sup>34</sup> V., ad es., C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 588 ss., sebbene l’A. avverta che il concetto di “causa concreta” non si identifica (né si sovrappone) con quello di “causa come funzione economico-individuale del contratto”.

Sul passaggio dalla nozione di causa come “funzione economico-sociale” a quella di causa come “funzione economico-individuale” del contratto (passaggio che matura, in gran parte, a seguito della nota monografia di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, *passim*) cfr., in generale, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo V. (dir.), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in Gabrielli E. (cur.), *I contratti in generale*, I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2a ed., Torino, 2006, p. 550 ss.; e, a livello monografico, M. GIROLAMI, *L’artificio della causa contractus*, Padova 2012, p. 62 ss.

<sup>35</sup> È evidente, del resto, che solo guardando alla specifica compravendita, tra due specifiche parti contrattuali (quel venditore e quell’acquirente), con riferimento a quello specifico “oggetto”, che si potrà accertare se il contratto di cui trattasi abbia o non abbia una causa, e se questa causa sia o non sia (eventualmente) una causa *illecita*, e così via (su quest’ultimo punto v. anche *infra*, testo e nt. 35).

pratica sul terreno della tutela *tra i contraenti*<sup>36</sup>. In verità, quest'ultimo ruolo il concetto (tradizionale) di "causa" lo ha sempre svolto sotto almeno due profili: *i*) in primo luogo consentendo – mediante l'individuazione dell'*interesse fondamentale* perseguito (dai contraenti) attraverso il proprio atto di autonomia – di operare la *qualificazione* del contratto, riconducendolo a questo o a quel *tipo legale*, ovvero decretandone la *atipicità* (con tutte le conseguenze che – nell'uno come nell'altro caso – discendono, in particolare sul terreno della disciplina applicabile all'atto e al rapporto)<sup>37</sup>; *ii*) in secondo luogo, consentendo di distinguere ciò che appartiene all'*interesse effettivamente regolato dal contratto* da ciò che costituisce mero *motivo individuale* dell'uno o dell'altro contraente (distinzione fondamentale per evitare che la frustrazione dei motivi soggettivi possa essere invocata per ottenere la caducazione o la modificazione del contratto)<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Così, invece, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 981 ss., dove si legge che «la causa, nel dover giustificare la dialettica fra negozio e ordinamento, in quanto medio fra volontà e norma o in quanto strumento di controllo dell'autonomia negoziale, riferito all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto, cessa quasi integralmente di svolgere un ruolo pratico e di tutela delle parti».

Aderisce a questo giudizio C. SCOGNAMIGLIO, *op.cit.*, 591 e nt. 9.

<sup>37</sup> Appartiene – a nostro avviso – a questo *tipo di problemi* anche l'utilizzazione (da parte della dottrina tradizionale) della "causa" come strumento per valutare se il concreto contratto posto in essere (richiamando – magari – uno specifico tipo contrattuale, ad es. la compravendita) non sia stato utilizzato per consentire alle parti di conseguire finalità *estrane* alla logica del tipo prescelto. Rientrano in questa prospettiva la tematica del *negozio in frode alla legge* (che, non a caso, l'art. 1344 c.c. riconduce all'alveo della causa), come pure – più in generale – quella del c.d. *negozio indiretto*. Ritematizzare queste problematiche in termini di "causa concreta" è legittimo, purché si usi l'avvertenza di non ritenere che i fenomeni a cui si fa riferimento siano nuovi. Sotto questo profilo saremmo abbastanza cauti nel considerare come espressiva di un concetto inedito (espresso appunto dal sintagma "causa concreta") la massima che si legge in Cass. 8 maggio 2006, n. 10490 (in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di Rolfi, *La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un idolum tribus?*), secondo cui la causa concreta sarebbe «lo scopo pratico del negozio ... sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, *al di là del modello astratto utilizzato*», dove la parte finale (che abbiamo messo in corsivo) sembrerebbe per l'appunto alludere alla tipica problematica del "negozio indiretto" (ma cfr. V. ROPPO, *op.cit.*, 963 ss., che vede nella sentenza in questione la pronuncia cui si deve "la creazione del marchio" della causa concreta; in realtà, peraltro – al di là della formula definitoria –, nella specie si trattava, probabilmente, di una banale ipotesi di *manca di causa*).

<sup>38</sup> Il che conferma che non è vero che lo strumento della "causa", anche nella teorica tradizionale, non serva (anche) a definire alcuni aspetti della *tutela dei contraenti*. Del resto, questo emerge anche dai rapporti che esistono, indubbiamente, tra il profilo della causa e quello dell'interpretazione (di un "rapporto circolare" parla, giustamente, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv.dir.civ.*, 2014, I, 251 ss., spec. 267 ss.

Forse è proprio su quest'ultimo terreno che può trovare spiegazione – sotto un profilo in parte diverso da quelli sin qui richiamati – il “successo” della formula della “causa concreta”. Con essa, infatti, non sembra farsi altro che dare un nome (comune) a una serie di situazioni nelle quali, per diverse ragioni, si vuole attribuire rilevanza ad elementi (e interessi) che normalmente non sembrerebbero doverla avere (primi fra tutti – ma non solo – i motivi *soggettivi* dei contraenti<sup>39</sup>, ma poi anche sopravvenienze che incidono sulla *convenienza* economica del contratto stipulato, ma che non attribuiscono al contraente – di regola – né una tutela in termini invalidatori né in termini risolutori)<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> A volte, peraltro, la “causa concreta” viene invocata anche con riferimento ad ipotesi in cui si vuol dare rilevanza a “motivi”, in casi in cui questa rilevanza è però già riconosciuta dall'ordinamento. Si pensi, oltre che al caso – già ricordato *supra* (penultima nota) – del “negozio in frode alla legge” (per il quale è risalente la teorizzazione in termini di eccezionale rilevanza del motivo comune), all'ipotesi della nullità ex art. 1345 c.c. per illiceità del motivo illecito comune ai due contraenti (e, per l'affermazione secondo cui «Nel campo dell'illiceità, ... non c'è particolare bisogno della creatività degli interpreti per scoprire la causa concreta», perché «questa è già scritta nelle norme. Parlo ovviamente degli artt. 1344 e 1345 c.c.», V. ROPPO, *op.cit.*, 974, il quale conclude icasticamente nel senso che «Viene il sospetto che la “scoperta” della causa concreta nel campo dell'illiceità contrattuale non si distacchi più che tanto dalla scoperta dell'acqua calda»); e per un'ipotesi giurisprudenziale, che avrebbe potuto tranquillamente essere risolta facendo applicazione dell'art. 1345 c.c., v. la pronuncia di Cass. 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655, con nota di Galati, *Brevi osservazioni in tema di c.d. «causa concreta» del contratto*, citata dallo stesso Roppo).

<sup>40</sup> Antesignano di un nuovo approccio, volto a dare rilievo ad “interessi” che – secondo l'impostazione corrente – venivano considerati “estranei” al profilo causale (e, comunque, inidonei ad aprire le porte a rimedi a favore del contraente portatore di tali interessi) è il volume di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1969, che costituisce anche una originale reimpostazione del tema del “rischio contrattuale”.

Si pensi, ad es., al caso (che V. ROPPO, *op.cit.*, 960-961, annovera tra quelli in cui per primo emerge – se pur non ancora a livello lessicale – il profilo della “causa concreta” di quel tifoso del Torino calcio, che aveva stipulato un abbonamento per assistere alle partite di calcio della squadra nel campionato successivo, e che aveva agito per chiedere la “caducazione” del contratto, dopo la (inaspettata) “cessione” a inizio campionato del centravanti Lentini, la cui presenza nelle file del Torino costituiva (a detta del ricorrente) il *motivo* per cui egli aveva sottoscritto l'abbinamento. La Cassazione (v. Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502) – com'è noto – ha dato ragione all'abbonato, ritenendo che nella specie dovesse darsi rilevanza “causale” (con riferimento al concreto contratto) all'interesse dedotto.

Discorso analogo (anche se solo in parte) si può fare per un'altra pronuncia (anch'essa ricordata da V. ROPPO, *op.cit.*, 961), nella quale – in un'ipotesi di c.d. mutuo di scopo (si trattava di un finanziamento concesso in vista dell'acquisto di un'autovettura) la Corte di cassazione ha ritenuto che il “collegamento” tra il finanziamento e la compravendita (che, nella specie, era stata oggetto di risoluzione consensuale) assumeva rilevanza causale, sicché la destinazione delle somme mutate allo scopo previsto travalicava la semplice sfera dei “motivi”, e giustificava il venire meno anche del contratto di finanziamento (così Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, in *Contratti*, 2001, p. 1126, con nota di Perrotti, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*).

Ma è proprio con riferimento a questi (ulteriori) usi che il concetto di “causa concreta” rischia di palesarsi non solo come un concetto superfluo (perché indicativo di fenomeni e di funzioni che sono già denotati da altre, ben più risalenti e appropriate, nozioni, come quella del *venir meno* del sinallagma funzionale), ma altresì come un concetto pericoloso (o, comunque, da maneggiare con estrema attenzione).

Ma su quest'ultimo aspetto ci soffermeremo nel paragrafo seguente, parlando della presupposizione, nozione alla quale non di rado quella della “causa concreta” viene accostata, sotto il profilo della rilevanza che – attraverso sia l'uno che l'altro di tali concetti – si intende dare ad interessi (incisi da sopravvenienze di vario genere, ma) che non sembrerebbero poter trovare tutela in rimedi “tipici” accordati al contraente.

## 5.2. (Segue): ... e sull'utilizzazione del concetto di “presupposizione”

L'aspetto evidenziato alla fine del paragrafo precedente segnala un punto di contatto assai significativo tra “causa concreta” e “presupposizione”<sup>41</sup>, istituti che

---

In fondo, poi, pongono (almeno in parte) un problema simile (ossia un problema di rilevanza del “motivo”) anche quelle pronunce (in tema di contratti di viaggio “tutto compreso”) che hanno dato rilievo alla circostanza che (al di là delle specifiche prestazioni espressamente menzionate nel “pacchetto turistico”) la situazione di contesto avesse reso non fruibili da parte del turista una serie di attività (di svago o culturali) solitamente svolte in occasione di una vacanza, *se pur non specificamente dedotte in contratto* (cfr. il *leading case* di Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, già cit.). Circostanza quest'ultima – osserviamo – che, teoricamente, dovrebbe portare semmai ad escludere che gli interessi non specificamente dedotti *in quello specifico contratto* possano essere ricompresi nell'orbita della “causa concreta” (altro sarebbe se, in un pacchetto turistico acquistato da un turista amante della pesca subacquea, fossero state previste una serie di “escursioni” in località particolarmente adatte a praticare questo tipo di sport, ma divenute inaccessibili a questo scopo per l'inquinamento del mare prodotto da un incidente occorso ad una grossa nave petroliera). Comunque, va segnalato che – nella sentenza da ultimo citata – si percorre la strada di una (non facile distinzione) tra “motivi rilevanti” (riassunti nella formula dello “scopo vacanziero” – di relax e divertimento – connesso *di per sé* al “contratto turistico”) e “motivi irrilevanti” (quali «*il desiderio di allontanarsi per un po' dal coniuge o dalla cerchia degli amici o dall'ambiente di lavoro* »): il che, paradossalmente, porta a ricondurre ad un profilo di “tipicità” (*recte*: di conformità al “tipo”) anche la c.d. “causa concreta”, che invece sembrerebbe volersi distaccare da una impostazione siffatta. Parimenti, è confermato che anche lo strumento della “causa concreta” non può prescindere dalla fondamentale distinzione causa/motivi, e che il problema è semplicemente quello di una (diversa) selezione degli interessi da ricondurre alla “causa” (tipica) dell'atto, differenziandoli da quelli che rimangono relegati nell'area dei (semplici) “motivi” individuali.

<sup>41</sup> La letteratura sulla presupposizione è vastissima, anche limitandosi soltanto alla dottrina italiana. Tra le trattazioni più recenti del tema (alle quali si rimanda anche per indicazioni bibliografiche più risalenti, ma non meno importanti) sono dovute a: C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e in-*

del resto – secondo un'opinione diffusa (tanto in dottrina che in giurisprudenza), che ci sentiremmo, tendenzialmente, di condividere – sono destinati (almeno parzialmente) a sovrapporsi<sup>42</sup> sotto il profilo del tipo di problema che le due nozioni finiscono per affrontare (e che si riassume nella domanda su come sia possibile dar rilievo alla frustrazione di interessi di un contraente, che sembrerebbero non averlo, non essendo stati esplicitamente dedotti né sul piano delle obbligazioni assunte né su quello della previsione di una condizione risolutiva dell'efficacia dell'atto).

I punti di contatto tra la teorica della “causa concreta” e quella della presupposizione<sup>43</sup> sono confermati dalla considerazione degli elementi che si ritiene debbano sussistere per applicare l'istituto della “presupposizione”: il “presupposto” deve essere comune ad entrambi i contraenti, i quali devono aver dato per certo il suo verificarsi, e il suo venir meno deve sopraggiungere per l'operare di fattori “oggettivi” che *privano di senso* l'operazione negoziale conclusa<sup>44</sup>.

---

*teressi dei contraenti*, Padova, Cedam, 1992, 189 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, Giuffrè, 1997, 331 ss., A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. 4, Torino, Giappichelli, 2003, 39 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, Cedam, 2004; M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, Jovene, 2003; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, t. V, *Rimedi-2* a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 495 ss., 517 ss.

<sup>42</sup> Mostra, ad esempio, di ritenere fondata questa (almeno parziale) sovrapposizione tra i due “strumenti” (causa in concreto e presupposizione) E. NAVARRETTA, *op.cit.*, 88.

Nel senso di una (netta) distinzione tra le due figure si veda, invece, Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177 (su cui v. le condivisibili notazioni critiche di V. ROPPO, *op.cit.*, 966-967, e nt. 18, dove si cita in senso opposto Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1085). In generale, sui rapporti tra presupposizione e causa concreta, si veda G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e idea di meritevolezza*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 331 ss. 360 ss.

<sup>43</sup> Punti di contatto che sono testimoniati dall'opinione (non poco singolare) che vorrebbe addirittura ricondurre alla problematica della “causa concreta” persino i c.dd. *coronation cases*, che da sempre hanno costituito l'esempio più ricorrente e noto, utilizzato per illustrare la figura della presupposizione (si veda, ad es., Cass. n. 12235/2007, nel quadro peraltro – come è stato segnalato nella nota precedente – di una posizione volta a distinguere nettamente gli ambiti in cui opererebbero i due “istituti” della causa concreta e della presupposizione).

Più in generale, non è affatto lontano dal vero supporre che la “causa concreta” abbia – negli ultimi tempi – finito per coprire (o per occupare) una considerevole parte delle fattispecie che prima venivano inquadrate (o avrebbero potuto esserlo) nel concetto di *Geschäftsgrundlage*, e correlativamente che la *irrealizzabilità* della causa concreta non sia concettualmente e praticamente molto diversa (né per presupposti, né per conseguenze) dal *Wegfall* della “base negoziale”.

<sup>44</sup> Peraltro – come è stato notato – proprio questi caratteri escludono sia che il (verificarsi del) “presupposto” venga dedotto in condizione (mancando – almeno nella rappresentazione delle parti – il requisito della “incertezza” dell'evento), sia che esso possa in qualche modo considerarsi oggetto di obbligazione (essendo il verificarsi o meno del presupposto del tutto indipendente dalla volontà



Ciò posto, deve dirsi che anche con riferimento alla figura della presupposizione (come per la “causa concreta”) si può sollevare il dubbio se i problemi che essa ha la funzione di risolvere non siano (già) – almeno nella maggior parte dei casi – risolvibili attraverso gli strumenti tradizionali della interpretazione/integrazione della legge o del singolo patto<sup>45</sup>, individuando rimedi anch’essi riconducibili a istituti noti<sup>46</sup>.

Ad es. – come è stato ricordato di recente – il classico caso del balcone locato per assistere al passaggio del corteo reale, potrebbe essere risolto tenendo presente che tra le obbligazioni del locatore vi è quella di garantire il godimento del bene, non (tanto) genericamente, bensì con riferimento allo *specifico uso determinato in contratto* o che può altrimenti desumersi dalle circostanze (ad esempio, ma non solo, dal corrispettivo pattuito)<sup>47</sup>, sicché l’annullamento del cor-

---

e dall’attività del contraente), correlativamente restando escluso uno scioglimento del contratto sia per il verificarsi di una condizione risolutiva sia per il realizzarsi di un inadempimento contrattuale. Cfr. U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., p. 18 dell’estratto.

<sup>45</sup> È questa la prospettiva in cui si colloca l’indagine di A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit., *passim* (alla quale mostra di aderire – di recente – U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., pp. 18 ss. dell’estratto), che rappresenta probabilmente, nella nostra dottrina, la posizione che più radicalmente ha contestato la costruzione dell’istituto della presupposizione.

<sup>46</sup> In qualche caso, ad es., si è fatto ricorso alla disciplina del (la risoluzione per) inadempimento, come accade per il caso del fondo agricolo venduto come edificabile (sul presupposto della sicura approvazione di una variante al piano regolatore), che nell’analisi di un autore (A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966, 293, cit. da U. SALANITRO, *op.cit.*, p. 19 e nt. 166) viene risolto facendo riferimento alla disciplina dell’inadempimento per mancanza di qualità promesse. Nella impostazione di U. SALANITRO, (v. *op.cit.*, p. 20 dell’estratto) si propone di trattare la medesima fattispecie facendo ricorso alla “qualificazione” del contratto come “vendita di cosa futura”, per cui ove venga meno l’interesse risultante dal contratto (ossia l’acquisizione nella sfera dell’acquirente della futura edificabilità del fondo) il contratto sarebbe nullo ex art. 1472 c.c. (*rectius*, si risolverebbe). Naturalmente, tale “qualificazione” potrà essere operata solo in presenza di indici adeguati emergenti dal testo contrattuale (come ad es., la maggiorazione del prezzo rispetto al valore di mercato dei fondi agricoli circostanti, lo spostamento nel tempo del pagamento in un momento successivo alla conclusione del contratto coincidente con il tempo necessario per l’approvazione della variante, ecc.).

<sup>47</sup> Cfr., A. BELFIORE *La presupposizione*, cit., 100 ss., la cui posizione viene ripresa da U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., pp. 19-20 dell’estratto, il quale (richiamando anche altri precedenti scritti: SALANITRO, U.: “La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus”, *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020; ID., *Una soluzione strutturale nell’emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, *Nuova giur. comm.*, 2020, suppl. al n. 3, 110 ss.; ID., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, Giuffrè, 2003, ) osserva come questa soluzione «non appare in contrasto con la correlazione tra vantaggi e rischi nell’assetto contrattuale della locazione», alla stregua della quale deve ritenersi che si ripercuotono sulla sfera del conduttore le sopravvenienze che incidono sull’attività esercitata nel bene, mentre la sfera del locatore è destinata ad assorbire le

teo può ben costituire causa di risoluzione del contratto *per impossibilità della prestazione*<sup>48</sup>.

Si conferma, insomma, anche con riferimento alla presupposizione, l'idea che l'istituto – che indubbiamente esibisce le vesti di un “rimedio” atipico, di chiara matrice “pretoria”<sup>49</sup> – risponde ad esigenze che, nella gran maggioranza dei casi, possono trovare adeguata risposta attraverso strumenti più consueti (o “tipici”, che dir si voglia); ma si conferma altresì – aggiungiamo – che, quando si vada al di là di quanto consentito da tali strumenti, la figura apre le porte ad esiti che non di rado appaiono discutibili<sup>50</sup>.

Quest'ultimo giudizio è riferibile anche ad alcune opinioni che hanno richia-

---

variazioni che attengono alla utilizzabilità del bene locato (ipotesi che – se non intendiamo male – dovrebbe ritenersi sussistente anche quando “il bene locato non possa essere destinato all'uso pattuito perché è oggettivamente impossibile raggiungere il bene o perché autorità ne ha vietato quello specifico utilizzo”).

<sup>48</sup> Altre ipotesi (anch'esse, sovente, ricondotte all'istituto della presupposizione) sono invece risolubili – sempre secondo la dottrina in esame – attraverso lo strumento dell'*integrazione del contratto* (art. 1374 c.c.): si pensi al caso del contratto di compravendita stipulato sul presupposto della concessione all'acquirente di un finanziamento o al caso del contratto con il quale il compenso del professionista, obbligato a redigere il progetto, sia subordinato all'inserimento dell'opera progettata in un programma di finanziamento. Per l'esemplificazione attraverso le fattispecie richiamate v. U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., 20-21 (sempre sulla scia dell'impostazione di Belfiore).

<sup>49</sup> Di “categoria preterlegale” parla, ad es., A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 841.

<sup>50</sup> Esiti a cui sembrano aprire le porte formulazioni amplissime, come quella che si legge in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*<sup>3</sup>, Milano, Giuffrè, 2019, 422 ss., in part. 425, dove la presupposizione viene indicata come un «*principio generale di rilevanza giuridica di ogni elemento, fatto o circostanza che ha per le parti un'importanza determinante ai fini della conclusione, della permanenza o dell'esecuzione del contratto*».

Se esistesse veramente un “principio generale” siffatto, esso sarebbe idoneo ad incidere profondamente sulla disciplina legale del contratto, scavalcando i requisiti e i limiti che il legislatore enuncia nel delineare i vari rimedi giuridici (ad es. in materia di annullamento o di risoluzione del contratto), e contraddicendo altresì una serie di “principi” (questi, sì, di carattere generale) come il principio della irrilevanza dei *motivi soggettivi*. E, ancora una volta, tutto ciò avverrebbe all'insegna di una utilizzazione (che rischia di essere) poco controllata del principio di buona fede, che diventa il criterio per disegnare un'allocatione del rischio contrattuale diversa da quella ricavabile dai rimedi “tipici” previsti dalla legge (e della presupposizione come tecnica di «*allocazione dei rischi guidata dalla buona fede contrattuale*» parla, adesso, A. BENEDETTI, voce *Presupposizione*, in *Enc.dir.-I Tematici*, I, *Contratto* (a cura di G. D'Amico), Milano, Giuffrè, 2021, p. 3 dell'estratto; si veda altresì F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss., in particolare 65, dove si legge che «*il concetto di presupposizione può sembrare ancora il referente nobile, per così dire, di ogni discorso in materia di rischio contrattuale*»).

mato l'istituto della presupposizione con riferimento a fattispecie presentatesi in occasione della situazione determinata dall'emergenza Covid-19.

Si è scritto, ad esempio, che «... L'impossibilità di produrre con un macchinario industriale o l'impossibilità di gestire l'attività commerciale per chi prende in locazione un fondo per tale uso sono ... fatti presupposti dal contratto che oggettivamente si inferiscono *ex fide bona* quali presupposti che colorano di un senso concreto il complessivo affare. Viene cioè in considerazione l'istituto della presupposizione, là dove le prestazioni si dimostrino non utilizzabili dal creditore coerentemente con il presupposto di fatto che dà il senso oggettivo al contratto concluso»<sup>51</sup>.

La dottrina in esame distingue – correttamente – la *sopravvenuta "impossibilità" del creditore di svolgere la propria attività* produttiva o commerciale dall'*impossibilità di ricevere la prestazione* (*recte*: di godere dell'utilità derivante dalla prestazione del debitore), ritenendo (implicitamente) che solo per quest'ultima possa valere l'equiparazione alla impossibilità del debitore di tenere il comportamento dovuto<sup>52</sup>. Ma proprio questa distinzione dovrebbe indurre a chiedersi quale sia la ragione per la quale si possa gravare il debitore di un "rischio" che concerne la sfera "personale" del creditore (*la sua attività*), almeno fin tanto che la circostanza che concreta questo rischio non si riverberi in un qualche modo sulla *possibilità oggettiva* di fruire (in tutto o in parte) dell'utilità della prestazione del debitore.

In concreto, allora – se si guarda alla fattispecie cui si riferisce la dottrina in esame (e, cioè, quella della locazione commerciale) – mentre è ben possibile (e plausibile) dire che l'impossibilità del creditore di svolgere la propria attività (ad es. per la chiusura serale dei ristoranti, disposta dal Governo) legittima un rimedio (*sub specie*, in particolare, di riduzione del corrispettivo ex art. 1464 c.c.) *quando (e in quanto)* si traduca in una "impossibilità oggettiva (della fruizione) della prestazione"<sup>53</sup> (e, in questo caso, *non c'è* bisogno di ricorrere alla "presupposizione", essendo il rimedio già presente nella disciplina legislativa), si dovrebbe

---

<sup>51</sup> COSÌ E. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Supplemento Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3\_2020, 87 ss., 88. Anche A. ZACCARIA, *L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19*, in *Studium iuris*, n. 10\_2020, 1153 ss., 1157 – sia pure seguendo un diverso percorso argomentativo – richiama l'istituto della presupposizione, ritenendo che il mutamento delle circostanze fondanti il contratto, avrebbe dovuto indurre il legislatore dell'emergenza a prevedere un obbligo di rinegoziare.

<sup>52</sup> Su detta equiparazione ci siamo soffermati *supra*, testo e nt. 20.

<sup>53</sup> Impossibilità – come abbiamo visto (*retro*, § 3) – *parziale*, perché il locatario continua comunque ad usare l'immobile nel quale sono collocati i beni aziendali, ed è "impossibilitato" a godere del bene *solo per ciò che attiene allo svolgimento della (normale) attività d'impresa*.

be invece essere molto cauti nell'estendere (come sembra voler fare l'opinione qui criticata, richiamando per l'appunto l'istituto della presupposizione) la tutela anche ai casi in cui l'"*impossibilità del creditore di svolgere la propria attività*" non coinvolge direttamente la possibilità di fruire dell'utilità della prestazione (del locatore), e costituisce pertanto un rischio che si esaurisce nella sfera giuridica del creditore medesimo, e che su lui solo è giusto che gravi<sup>54</sup>.

In definitiva, il concetto di "presupposizione" (o, per lo meno, un concetto così ampio, quale quello che sembrerebbe sotteso all'opinione dottrinale che abbiamo richiamato) rischia, di essere per un verso inutile, e per altro verso fuorviante: inutile, nei casi in cui il rimedio può già trovarsi nelle regole che disciplinano la "impossibilità sopravvenuta della prestazione"; fuorviante, laddove esso potrebbe indurre ad attribuire al contraente un rimedio per un rischio che merita di ricadere esclusivamente su di lui<sup>55</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Risulta, a questo punto, sufficientemente motivata la conclusione sopra anticipata, secondo la quale "causa concreta" e "presupposizione" non sembrano costituire (per tutte le ragioni evidenziate) strumenti/rimedi che possano vedersi riconoscere un ruolo significativo (né in generale, né) per quanto concerne la "gestione" degli effetti che la pandemia da Covid-19 (e le misure ad essa collegate) ha avuto, e continua ad avere, sui rapporti contrattuali.

Nella stragrande maggioranza dei casi questi effetti potranno (e dovranno) essere "trattati" (almeno sin quando si rimane sul terreno della *relazione tra i contraenti*) con gli strumenti che già offre il diritto positivo per regolare le "so-

<sup>54</sup> Si pensi, ad esempio, ad un prolungato inadempimento da parte di un fornitore, che costringa l'imprenditore a rallentare la produzione o addirittura ad interromperla temporaneamente.

<sup>55</sup> Si osservi, inoltre, come la dottrina in esame affermi che ad entrambe le situazioni considerate (e, dunque, anche a quella di una "impossibilità di svolgere la propria attività" che non derivi da un impedimento che impedisca direttamente di fruire della prestazione fornita da controparte) si applicherebbe (sempre) il medesimo trattamento, ossia quello previsto dal legislatore per la temporanea impossibilità della prestazione (E. NAVARRETTA *op.cit.*, pag. 88, col. sin., in fondo).

Non viene spiegato, tuttavia, se ciò avvenga in via di *interpretazione estensiva* della fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (dilatata sino a comprendere anche sopravvenienze che non coinvolgono la prestazione in sé, e la possibilità della sua fruizione, ma rimangono confinate alla mera sfera "personale"), e non si vede in tal caso l'utilità di ricorrere al concetto di "presupposizione" (evocando un rimedio "atipico"); oppure se la conclusione sia raggiunta in via di applicazione *analogica* (il che, però, imporrebbe l'onere di spiegare quali sarebbero gli elementi che conducono a considerare "simili" le due situazioni considerate)

pravvenienze” (e si tratta di un insieme di strumenti tutt’altro che limitati, specie se si ha cura di fornire interpretazioni ragionevolmente ampie di alcune norme generali)<sup>56</sup>.

Si può aggiungere – ed è l’ultima considerazione, che si ritiene di dover svolgere – che la soluzione dei problemi che non possano essere soddisfacentemente risolti attraverso lo strumento privatistico, non può che rinvenirsi in strumenti di natura pubblicistica, che, peraltro, risultano ampiamente utilizzati nella legislazione “emergenziale” di quest’ultimo anno.

Basti pensare – e lo si è già accennato – al c.d. “blocco dei licenziamenti”, che è stato disposto allargando considerevolmente le maglie della Cassa integrazione (senza di che, il blocco sarebbe stato irragionevolmente penalizzante per la controparte contrattuale, già per suo conto pesantemente colpita – in molti casi – dai provvedimenti limitativi dello svolgimento di determinate attività economiche imposti dall’esigenza di arginare l’epidemia).

Un altro esempio è fornito dalla vicenda delle locazioni commerciali (poc’anzi evocata), riguardo alla quale il legislatore è intervenuto prevedendo (fra l’altro) misure di natura fiscale (il riferimento è al credito d’imposta<sup>57</sup> nella misura del

---

<sup>56</sup> Parzialmente diverso è il giudizio espresso da E. NAVARRETTA, *op.cit.*, 93, la quale – pur mettendo in guardia da usi impropri e/o poco controllati dei principi e delle clausole generali (“il cui abuso produrrebbe su larga scala effetti distruttivi sull’apparato delle regole contrattuali”) – ritiene che «clausole generali e principi sono proprio gli strumenti elettivi per governare dimensioni fattuali particolari, che sfuggono alle maglie delle fattispecie (quali quelle emergenziali) e, dunque, non ci si può permettere di non avvalersene, perché si resterebbe disarmati dinanzi all’emergenza ...». Riteniamo invece che la disciplina codicistica delle “sopravvenienze” abbia complessivamente dimostrato di offrire all’interprete (che – da questo punto di vista – non sarebbe rimasto affatto “disarmato”) strumenti generali sufficienti ad affrontare (anche) l’emergenza del Coronavirus, salva ovviamente l’esigenza di intervenire per introdurre – ove necessario – delle disposizioni “interpretative” (in senso lato) e “integrative”, necessarie per evitare dubbi interpretativi (che sarebbero potuti altrimenti sorgere) e per scongiurare il pericolo di un contenzioso giudiziario che avrebbe potuto altrimenti assumere dimensioni considerevoli.

<sup>57</sup> Art. 28 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto “Rilancio”). L’agevolazione è commisurata all’importo versato nel periodo d’imposta 2020 con riferimento ai mesi di marzo, aprile, maggio e giugno. Ai sensi dell’art. 122 del medesimo Decreto, i soggetti beneficiari possono, in luogo dell’utilizzo diretto, optare per la cessione del credito d’imposta ad altri soggetti, incluso il locatore (a fronte di uno sconto di pari ammontare sul canone da versare), agli istituti di credito o ad altri intermediari finanziari.

L’art. 8 del d.l. 137/2020 (c.d. “Decreto Ristori”) ha esteso il beneficio anche ai canoni relativi ai mesi di ottobre, novembre e dicembre. E ulteriori previsioni sono contenute nell’art. 4 del d.l. 149/2020, noto come “Decreto Ristori-bis”. Come è noto, poi, sono seguiti il “Decreto Ristori-ter” (n. 154/2020) e il “Decreto Ristori-quater” (n. 157/2020). Tutti i testi dei quattro decreti Ristori sono stati poi abrogati dall’art. 1 della legge di conversione (l. 18 dicembre 2020, n. 176), che ha riguardato

60% dell'ammontare mensile del canone di locazione o di *leasing*, che è stato riconosciuto a favore di esercenti attività d'impresa, arti o professioni con ricavi o compensi non superiori a 5 mill. di euro, che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi di almeno il 50%)<sup>58</sup>.

Si tratta di una risposta ulteriore – questa volta, sì, del tutto estranea agli strumenti “ordinari” con i quali il sistema (privatistico) reagisce alle sopravvenienze contrattuali –, e che è destinata ad affrontare la dimensione “macroeconomica” (più che quella microeconomica) che un fenomeno come quello della pandemia da Covid-19 necessariamente coinvolge.

---

un testo “unificato” (facendo salvi ovviamente gli effetti prodotti medio tempore da ciascun Decreto legge), nel quale la materia del “credito di imposta” di cui si parla è regolata negli artt. 8 e 8-*bis*.

<sup>58</sup> Assai controversa è l'interpretazione delle conseguenze dell'introduzione di questa misura di tipo “pubblicistico”.

L'opinione prevalente sembrerebbe orientata nel senso che la fruizione del credito d'imposta non è preclusiva della possibilità del locatario di chiedere la riduzione del canone (per impossibilità parziale ex art. 1464 c.c.), ovviamente nei limiti del canone residuo effettivamente pagato o comunque dovuto, a seguito della riduzione (cfr. F. PIRAINO, *op.cit.*, 495 e nt. 56, e E. NAVARRETTA, *op.cit.*, 89).



## La causa concreta del contratto e l'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. Prospettive dell'indagine. – 2. La nozione di «causa concreta» nell'elaborazione giurisprudenziale. – 3. (Segue): le più recenti, e «dilatate», applicazioni. – 4. (Segue) Causa concreta e motivi: la tracciatura dei confini. – 5. Inservibilità del concetto di causa concreta per risolvere i problemi causati dalla pandemia. – 6. (Segue): il punto della rinegoziazione problemi connessi alla strada della rinegoziazione; l'esigenza di «modelli normativi appositi e nuovi».

### 1. Prospettive dell'indagine

1.1. – Nella prospettiva dell'emergenza sanitaria, sono stato chiamato ad affrontare il tema della causa concreta.

Lo faccio naturalmente seguendo l'approccio nomofilattico.

L'interrogativo che ne sottende l'interesse è se sia immaginabile, nel diritto vivente, un ulteriore allargamento di un perimetro concettuale già estremamente variegato, quale per l'appunto quello della causa concreta, in modo tale da farne un presidio per le distorsioni connesse alla pandemia.

Chiaramente nel breve spazio di tempo concesso non è possibile scandagliare la questione in modo esaustivo.

Mi limiterò quindi alle linee essenziali, col solo obiettivo di volgere l'analisi sui profili operativi e di metterne in luce le non secondarie criticità.

1.2. – Innanzi tutto un'avvertenza.

L'espansione del piano applicativo della distinzione – tra la causa oggettiva (o astratta) e la causa concreta – si traduce, nel diritto dei contratti ma anche oltre il diritto dei contratti (come vedremo), nella mancanza di parametri sicuri e facilmente apprezzabili *ex ante* da confrontare con altri concetti, collaterali e confondibili, come per esempio quello dei motivi del contrarre, e quindi in ultima analisi in uno stato di perenne incertezza sulle sorti del contratto.

Questa condizione di estrema fragilità si rinviene anche nelle poliformi posizioni espresse al riguardo dalla Corte di cassazione.

Dopodiché, se invece si volge lo sguardo al tema nell'ottica dei rimedi al fattore pandemico, secondo la logica cd. multilivello che da varie parti oggi appare



sommariamente perseguita, ci si accorge che la logica sottesa non è compatibile con la premessa ideologico-dogmatica dalla quale è nato il concetto di causa in concreto: una logica che, esattamente al contrario, è dettata dalla preservazione assoluta dell'autonomia privata, refrattaria a ogni forma di condizionamento finanche in termini di utilità pubblica o collettiva.

Di questo si coglie subito il senso se si pone mente alle ragioni (e all'andamento) dell'evoluzione giurisprudenziale relativa al concetto. Evoluzione sul fondamento della quale pur vanno mantenute, almeno per quanto mi riguarda, forti riserve.

## **2. La nozione di «causa concreta» nell'elaborazione giurisprudenziale.**

2.1. – Anche nella giurisprudenza il concetto di causa concreta ha risentito (e risente) della premessa ideologica che ne ha contraddistinto la genesi dottrinale

Essa consiste nel ritenere la visione della causa oggettiva (cioè della causa come funzione economico-sociale del contratto) troppo vicina all'ideologia del sistema politico illiberale e autoritario che diede corso al codice del '42, lontana cioè dall'assetto democratico dell'ordinamento costituzionale del '48.

Questa premessa è il fondamento logico, per la verità, di tutte le dottrine che, sia pure con incisività e sfumature diverse, hanno nel tempo ritenuto di poter vedere nella concezione oggettiva della causa un modo per sottrarre il negozio e i suoi effetti alla libera signoria delle parti, e di sottoporlo – come era stato detto con terminologia enfatica – “a un dominio esclusivo dell'ordinamento”.

Una premessa del genere, se misurata con le esigenze di una costruzione concettuale rigorosa, è però eccessiva, e da più parti oggi sembra considerata tale.

È il frutto – cioè – della sopravvalutazione del dato storico, integrato dall'essere le norme del codice vigente (e i paragrafi della relazione che lo accompagnano) inquadabili (per genesi) all'interno dell'ordinamento corporativo fascista, a fronte di una concezione del vivere sociale non più improntata – invece – alla supremazia assoluta dello Stato.

2.2. Questo aspetto è di una certa importanza perché induce a una riflessione sulla giurisprudenza dal punto di vista logico-sistematico.

Se è vero che il fondamento razionale della teoria della causa concreta è stato individuato nel fatto che nell'Italia dell'epoca coeva al codice civile la libertà dell'individuo era intesa non come innata, ma come in certa misura attribuita dallo Stato e regolata dallo Stato, in tutte le forme di espressione, in conformazione dei fini pubblici dettati in ogni campo della vita associata – cosa che non poteva

che influenzare anche l'atteggiamento del pubblico potere verso l'autonomia privata, oltre che verso il concetto di utilità sociale al cui raggiungimento mirava il concetto oggettivo di causa; e se è vero che in tal guisa la nozione di causa oggettiva (funzione economico-sociale) finiva nel pensiero di molti per essere connotata negativamente, come cioè un limite all'autonomia privata, uno strumento di costante e inaccettabile controllo dei traffici economici; se tutto questo è vero, non è men vero, però, che siffatta posizione per lungo tempo non ha trovato in Cassazione terreno di conferma: nel senso che per anni (circa sessant'anni) la giurisprudenza di legittimità è rimasta legata alla formazione classica del diritto civile e ha mantenuto fermo il concetto di causa in senso oggettivo, salve alcune minime aperture a distinti schemi decisionali occasionati da specifiche casistiche – e ben vero con argomenti (a volte) poco solidi.

Si consideri per es. Cass. n. 20398 del 2005 che ritenne nullo, per mancanza della causa in concreto, un contratto stipulato al solo fine di eludere le norme fiscali, sul rilievo che esso non apportasse alcun altro vantaggio ai suoi contraenti. Affermazione – quella della nullità – viceversa in tal caso assolutamente ingiustificata, poiché è ovvio che un simile contratto non è nullo ma, semplicemente, inopponibile all'amministrazione finanziaria in virtù del potere della stessa di riqualificarlo secondo il principio cd. antiabuso. Cosa oggi finanche legislativamente stabilita dall'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente, con una regola – peraltro confermativa di un orientamento già stabile della Corte Suprema (*ex aliis* Cass. Sez. U nn. 30055, 30056 e 30057 del 2008) – che niente ha da spartire con l'invalidità del contratto: “Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”.

### 3. (Segue): le più recenti, e «dilatate» applicazioni

3.1. – Dicevo che per circa sessant'anni dopo l'avvento dell'ordinamento costituzionale la “causa concreta” non ha trovato grande seguito in Cassazione

Il riferimento a un simile concetto come elemento essenziale del contratto, “sintesi [ si è detto più volte ] degli interessi reali delle parti che la pattuizione mira a soddisfare”, e cioè come lo scopo pratico del negozio, e quindi come funzione economico-individuale della singola e specifica stipulazione da cogliersi al di là del modello astratto utilizzato, appare credo per la prima volta in Cassazione nel 2006 (con la sentenza n. 10490 del 2006), e poi da lì risulta perpetuata

in istanze analoghe, a proposito del contratto di viaggio “tutto compreso” e della irrealizzabilità della sua funzione concreta.

In quell'occasione venne fatto di affermare che la causa concreta del contratto di viaggio tutto compreso è la finalità turistica che anima il contraente-consumatore.

Dopodiché il panorama delle applicazioni si è progressivamente dilatato, anche se per lo più in funzione demolitoria (o ablatoria) degli effetti del contratto del quale non fosse più da apprezzare – per l'appunto – la “causa concreta”.

Possono esser fatti alcuni esempi di cotale tendenza.

Per affermare, così, la risolubilità di un contratto di soggiorno alberghiero dovuto alla morte, il giorno prima dell'inizio della sua esecuzione, di uno dei coniugi che lo aveva stipulato. In sostanza in casi in cui la questione verteva sulle conseguenze (nel contratto) della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione per ragioni oggettive e sul connesso legame tra questa nozione e quella di causa.

Eguale il concetto è stato richiamato per i casi del contratto ritenuto non conforme a norme o a principi imperativi: per esempio in relazione alla locazione di fondi da utilizzare in spregio dei vincoli di destinazione.

In eguale versante applicativo, e in periodo molto più recente, la valutazione della causa come parametro di meritevolezza degli interessi sottostanti è stata utilizzata per la rivisitazione degli orientamenti in tema di validità di alcune tipologie negoziali nate dalla prassi.

Notissima è in tale ultimo senso la vicenda del cd. preliminare di preliminare, ossia dell'accordo in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento). Accordo che è stato ritenuto valido ed efficace, e dunque non privo di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti meritevole di tutela “ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali”, e ove sia identificabile “la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare” (Cass. Sez. U n. 4628 del 2015).

Meno nota, ma certamente non meno importante per i riflessi pratici che ne sono conseguiti, è la vicenda del mutuo fondiario stipulato in misura eccedente il limite di finanziabilità.

Cass. 17352 del 2017 (e poi le successive) ha deciso di revisionare l'orientamento fin lì esistente e di affermare che, in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 (cd. T.u.b.) è elemento essenziale del contenuto del contratto (perché ne identifica le caratteristiche genetiche di “fondiarietà”, e quindi la causa), sicché il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e

costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa.

L'ampia gamma di riferimenti ha però anche travalicato i confini del concetto, al punto da lasciare traccia in funzione di ben diverse necessità: come quelle legate al perseguimento di obiettivi specifici non di contratti ma di procedimenti, e in particolare dei procedimenti soggetti a controllo giudiziale (come le procedure concordatarie o gli accordi di ristrutturazione).

Si consideri per es. Cass. Sez. U n. 1521 del 2013 in tema di concordato preventivo, laddove si è detto che il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Ebbene è stato argomentato che il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e "si attua verificandosene l'effettiva realizzabilità della causa concreta": quest'ultima, peraltro, da intendersi non come riferita alla negoziazione sottostante, ma "come obiettivo specifico perseguito dal procedimento", come tale priva di contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro.

Infine una altrettanto ampia digressione sul concetto di causa concreta è stata postulata nel settore del diritto dei mercati finanziari, rispetto a operazioni di rilevante complessità per le quali il concetto sembra esser stato impiegato – questa volta – per sottolineare l'atipicità degli interessi regolati. Per es. per l' IRS ("Interest rate swap") – che è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono di essere "over the counter", vale a dire con contenuto fondamentale (a) non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; (b) non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della cd. negoziabilità; (c) stipulato mediante intermediari in una situazione di naturale conflitto di interessi, per la somma delle qualità di offerente e consulente, e di controparte del proprio cliente. Per codesto contratto di IRS-OTC Cass. Sez. U n. 8770 del 2020 ha dettato il principio che la causa concreta, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella

della scommessa, ma consiste in generale “nella negoziazione e monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti”, atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata.

#### **4. Causa concreta e motivi. La tracciatura dei confini**

4.1. – Da queste brevi indicazioni è legittimo trarre un primo esito: e cioè che la nozione di causa in concreto, se ancora oggi resta per lo più identificata con la funzione del regolamento pattizio rispetto agli interessi perseguiti dalle parti – da quelle parti di quella specifica negoziazione –, è nel tempo anche divenuta, in tal senso, un medio logico-interpretativo capace di aprire la via a valutazioni non molto distanti, infine, dall'indagine sui motivi del contrarre; indagine che però è usualmente preclusa salvi i casi del motivo illecito, determinante e comune alle parti.

E questo è un fatto.

Tanto è vero che le più recenti acquisizioni manifestano (non infondatamente) il dubbio, che traspare anche alla lettura delle motivazioni più consapevoli e accorte, circa l'effettiva attualità di un siffatto modo di intendere la causa del contratto all'interno del quadro costituzionale mutato, che considera libera l'iniziativa economica avvertendo, però, anche, che essa non può obliarsi in spregio dell'art. 41 cost.: l'iniziativa in vero è libera, ma non può svolgersi in contrasto con “l'utilità sociale”.

Ciò in definitiva ripropone il tema del limite di ogni atto umano (compreso quindi quello negoziale), pur libero e tutelato come espressione della personalità dell'individuo: limite costituito dalla pacifica e armonica convivenza, da intendersi come fine che l'ordinamento persegue o dovrebbe perseguire.

Alla luce di una corretta interpretazione del principio costituzionale di libertà economica non può più apparire – allora – illiberale o arbitrario, o abusivo, un certo qual controllo sulla libera contrattazione, ove questa si ponga in antitesi, diretta o indiretta, coi parametri al fondo dei principi costituzionali.

La stessa istanza solidaristica di cui all'art. 2 cost., prevedendo un limite all'esercizio della libertà economica al fine di tutelare l'interesse generale, impone il rispetto dei doveri fondamentali e inderogabili in materia economica, e conferma anche sul piano dei principi fondamentali, ove mai ce ne fosse stato bisogno, che è necessario evitare ogni forma di esasperato individualismo nel settore dei

traffici commerciali.

Il che dimostra che una limitazione del diritto soggettivo e dell'autonomia dei privati può essere intesa come un utile strumento di sviluppo della società e fonte di armonia tra i soggetti che la compongono, senza per forza doverla concepire o intendere come un qualcosa di negativamente connotato.

4.2. – La suddetta constatazione in parte contrasta la matrice culturale dalla quale è sorto il modello della causa concreta, perché determina che l'intento empirico delle parti di un contratto può (e forse deve) restare cosa diversa, nella sua ontologica struttura soggettiva, dallo scopo pratico del negozio, il quale va inteso proprio come ragione economico-giuridica e sociale per la quale la legge lo tutela e lo riconosce rilevante per l'ordinamento, capace di svolgere quella funzione oggettiva e materiale che, per ogni contratto tipico, il sistema positivo ha puntualmente individuato.

Insomma, se è vero che, nella generalità dei casi, l'intento pratico è comprensivo anche della causa, è altrettanto vero che nemmeno questo legittima a confondere l'elemento soggettivo con quello oggettivo del contratto, altrimenti la ricostruzione esegetica non identificherebbe la "causa", seppur "concreta", "del negozio", ma "la causa" della "specifica concreta condotta negoziale posta in essere dagli autori dell'atto", finendo per sussumere – come esattamente è stato rilevato – quella in questa.

La medesima constatazione dimostra pure che quando la Cassazione, mutuando la dottrina, dice che la causa va intesa come "sintesi degli interessi reali delle parti" rischia di cadere in una esorbitante contraddizione, che si annida nell'atto di sopravvalutazione dei motivi che hanno spinto le parti a contrarre.

Che è poi quel che è accaduto per la "finalità turistica" dei contratti di viaggio tutto compreso: intesa come lo scopo pratico di godere di un viaggio e di un periodo di *relax* e riposo, essa è divenuta la causa concreta di tale tipico schema contrattuale al posto della causa (egualmente tipica) di scambio tra le prestazioni (il pacchetto tutto compreso da un lato, il pagamento del prezzo forfettario dall'altro), e al posto della naturale relegazione della finalità turistica nell'alveo dei motivi soggettivi che hanno spinto la parte ad acquistare il viaggio.

4.3. – In conclusione, la logica del mercato impone di dire che alla base della condotta negoziale vi sono sempre degli interessi.

Gli interessi informano di sé l'intento delle parti, così come che vi sono motivi e aspirazioni che concorrono a determinarne le volontà.

Ma ciò non toglie che la causa, come elemento materiale della realizzata stipulazione, debba rimanere in certo qual modo distinta da questo composito elemento soggettivo.

Se così non fosse, la causa finirebbe per coincidere coi motivi della concreta volizione, rendendo del tutto vana, e relativa, una realtà come quella contrattuale, che invece conserva il suo valore solo se dotata della massima stabilità e certezza strutturale.

## **5. Inservibilità della causa concreta per risolvere i problemi causati dalla pandemia.**

### **5.1. – E veniamo alla pandemia.**

La pandemia da COVID-19 ha, come è ben noto, originato una fitta trama normativa col fine di gestire e regolare prima l'emergenza sanitaria e poi anche quella economica, conseguente alle limitazioni imposte per effetto del c.d. lockdown.

Il discorso che interessa attiene qui alla sorte dei rapporti contrattuali per i quali, nonostante il possibile impatto delle misure di contenimento sull'assetto degli interessi e/o sulla esecuzione delle afferenti prestazioni, non sono state adottati provvedimenti appropriati. Ipotesi per le quali andrebbe visto se e fino a che punto è possibile, in base alle regole e ai principi già presenti nel sistema, intervenire sulla disciplina dei rapporti pendenti.

5.2. – Dico subito che ragionare in termini di causa mal si presta, a mio avviso, allo scopo, perché lo scopo non è, in questo caso, quello demolitorio, ma semmai quello rielaborativo delle obbligazioni discendenti dal contratto, secondo la logica della rinegoziazione.

L'apparato rimediabile predisposto dal codice civile e modellato (in certa qual misura) sulla disciplina causale si concentra su rimedi di tipo essenzialmente ablativo, ossia tesi a produrre la caducazione del vincolo contrattuale, con liberazione delle parti dalle prestazioni non eseguite e con obbligo di restituzione di quelle già effettuate.

Mentre invece nella specifica situazione generata dalla pandemia questa tipologia di rimedi è inadeguata nella più gran parte delle evenienze, giacché di frequente l'interesse delle parti è nel senso esattamente opposto, del mantenimento cioè del rapporto soprattutto in relazione ai contratti di durata, perché la temporanea impossibilità della prestazione non comporta necessariamente il venir meno né dell'interesse alla continuità del rapporto medesimo, né dell'interesse a ricevere le prestazioni future. Cosa che peraltro generalmente può esser rinvenuta anche negli altri contratti (quelli cioè non di durata), se non altro per evitare di obblighi restitutori che inevitabilmente conseguirebbero alla risoluzione.

Le prospettive favorevoli alla rinegoziazione dei contratti non sono tuttavia correlabili al concetto di causa.

Lo sono (forse) se si ragiona nell'ottica delle fonti di integrazione (la buona fede *in primis*). Ma anche qui a patto di accettare un certo qual stridore col concetto di autonomia privata, implementato e garantito proprio dalla predisposizione della causa concreta, per la massima rilevanza che in tal guisa risulta viceversa attribuita alla conservazione dell'assetto degli interessi staggiti al momento della stipulazione.

Tanto per fare un esempio, nei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno affermato che non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge (o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipulazione), e che la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, non può mai essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (v. Cass. Sez. U n. 24675 del 2017).

E questo per l'esplicita ragione che in presenza di particolari modalità o circostanze, per quanto la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione sia da dire scorretta ai sensi dell'art. 1375 cod. civ., "va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto" (così appunto, in motivazione, Cass. Sez. U n. 24675-17 cit.).

## **6. (Segue): il punto della rinegoziazione; l'esigenza di «modelli normativi appositi e nuovi».**

6.1. – Certamente non può negarsi che, seppure nel panorama giurisprudenziale costì emergente, per la rimodulazione delle obbligazioni nascenti dal contratto si siano espresse autorevoli fonti internazionali: per esempio, l'*European Law Institute*, che ha stilato anche alcuni principi di riferimento auspicandone l'attuazione da parte degli Stati, quale – tra gli altri – il principio n. 13, in cui si sottolinea l'importanza di assicurare l'effettività delle normative esistenti in tema di impossibilità e forza maggiore, la necessità di valutare l'allocazione dei rischi secondo la buona fede, l'opportunità, quando le prestazioni sono divenute impossibili o eccessivamente onerose, di veicolare le parti verso forme di rinegoziazione, anche se non previste dal contratto e così via.



Va però anche realisticamente osservato che tutta la citata tendenza verso la rimodulazione, sebbene guardando agli obiettivi, niente dice in ordine alle modalità di realizzazione; niente dice, cioè, sul come raggiungere i riconosciuti obiettivi di riallocazione dei rischi, così da lasciare codesto aspetto – che è poi il più complesso – alla più articolata gamma dei percorsi ricostruttivi dei singoli sistemi nazionali.

Salvo l'auspicio di un intervento normativo in funzione acceleratoria del d.d.l. Senato n. 1151, attualmente in corso di esame, che prevede la delega al Governo per una serie di interventi sul codice civile, tra i quali (art. 1, lett. i) anche quello di “prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti”; salvo questo, appare alquanto complicato, nell'ordinamento italiano, a norme vigenti, ipotizzare una motivazione che stringa il cerchio del riconoscimento di un diritto della parte – e di un connesso speculare obbligo della parte avversa – di rinegoziare il contenuto dei contratti in periodo pandemico.

6.2 – Fondamentalmente, la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione dei contratti che dalla pandemia (o dai provvedimenti a essa conseguenti) siano stati intaccati nell'assetto teleologico e nell'equilibrio economico è da più parti reputata desumibile dal canone di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Ma anche a voler sorvolare sugli aspetti teorici globali, latamente dogmatici, che ne costituiscono premessa, è abbastanza evidente come le relative proposte, accomunate dall'obiettivo, patiscano un accentuato senso di approssimazione.

I provvedimenti che le hanno recepite, editi e a tal punto noti da dispensare da superflui riferimenti, ostentano motivazioni che solo in parte possono dirsi convincenti, finanche a prescindere dalla linearità dei concetti impiegati, per l'elementare ragione che tutte si rivelano mal conformate – o addirittura per nulla conformate – alle attuali tendenze della Suprema Corte a marginalizzare la rilevanza modificativa della buona fede a fronte di pretese rettamente ancorate alle pattuizioni originarie del contratto. Il che è quanto è stato messo in chiaro proprio dalla sopra citata decisione delle Sezioni unite in tema di usura sopravvenuta.

Dopodiché va anche sottolineato che l'idea di fondo di codeste proposte (e delle annesse decisioni) è inadeguata al problema.

Dire che il sistema consenta di estrapolare, in qualche misura, un obbligo di rinegoziazione di fronte alle sopravvenienze contrattuali, ove anche si condivida l'affermazione di fondo (la dottrina com'è noto riflette da tempo sul ruolo integrativo e conformativo della buona fede nel contesto contrattuale, con rilievi in

generale condivisi anche dalla giurisprudenza di legittimità, propensa a un uso della clausola generale, e del principio di solidarietà, in funzione riequilibratrice del contratto), non è una risposta appropriata essenzialmente per due ordini di ragioni:

Perché la situazione creata dalla pandemia ha delle peculiarità che non consentono di considerarla pianamente riconducibile alle classiche ipotesi di squilibri o sopravvenienze contrattuali.

Perché comunque non si sarebbe di fronte a una ‘normale’ sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì a una crisi sistemica.

E allora, condivisibile che sia l’obiettivo, resta pur sempre valida l’obiezione: quel che codesta peculiarità comporta è che ogni intervento sugli assetti contrattuali stabiliti dalle parti, ivi compresa l’imposizione di forme di rinegoziazione, sarebbe infine inevitabilmente destinato a impattare a cascata e ad avere conseguenze (dirette e riflesse) su interi comparti dell’economia.

E quindi renderebbe preferibile, finanche sul piano del metodo (e salvo spostare la questione sul piano del dibattito necessariamente politico), che la scelta fosse impressa dalla prospettiva di limitare al massimo gli interventi di tipo orizzontale, idonei cioè a riscrivere le regole dei rapporti singolarmente considerati, a fronte invece della maggiore linearità (e della maggiore efficacia complessiva) di forme di supporto di tipo verticale. Le quali, imponendo valutazioni per l’appunto “di sistema”, non possono che implicare adeguati interventi di ordine legislativo.

6.3 – Tutto questo richiede la predisposizione di modelli normativi appositi e nuovi, e induce a riflettere sull’opportunità del ricorso, invece, a forme rimediali di natura pretoria.

Tali forme sono state oltre tutto fin qui integrate da misure per la più gran parte incontrollabili, quali sono le cautelari.

Identificate nell’alveo della funzione cautelare, mediante provvedimenti atipici ex art. 700 cod. proc. civ., le suddette misure si sono sviluppate (e ancora si stanno sviluppando) secondo prassi variegata, notoriamente sottratte al controllo di legittimità.

Proprio la sottrazione dell’ambito al controllo di legittimità rischia di far precipitare ogni certezza, di far saltare ogni schema e di dar luogo a forme di anarchia giurisprudenziale.

L’impatto economico-sociale di simili prassi, unito alla difficoltà di stabilire l’andamento dell’emergenza sanitaria e di prevederne la fine, resta potenzialmente indecifrabile, fino all’indeterminazione.

L’indeterminazione rimane, a mio avviso, il pericolo maggiore.

E qui mi permetto una piccola digressione (che poi in effetti tale non è).

Il principio di indeterminazione venne elaborato da Heisenberg in fisica quantistica. Attiene alle proprietà (velocità e massa) delle particelle elementari e ci dice che non è possibile misurare contemporaneamente con esattezza le proprietà che definiscono lo stato di una particella. Più la si illumina col microscopio, più le si dà energia, più si cambia il suo movimento e meno si può determinare la velocità di partenza.

Ebbene, traslato alle scienze umane il principio dimostra questo: che ciascun operatore, in qualunque settore, non può riservarsi il ruolo di semplice osservatore dell'esistente. L'operatore incide sull'esistente anche ove reputi di assumere semplicemente una certa posizione. E in qualche caso incide anche al di là del caso specifico, perché gli effetti delle decisioni si rivolgono all'esistente sociale.

In queste eventualità, nel momento stesso in cui si dà corso all'idea, la soluzione elaborata finisce di esser neutra, e anzi, per le conseguenze che crea, potrebbe finanche risultare non conforme all'ideazione.

Si possono avere le migliori intenzioni, ma conta infine la risultante.

E il prodotto dell'ideazione resta sempre in qualche misura indeterminato nella risultante complessiva finale.

Questo vale in tutti i campi, e vale anche nel nostro.

Ragionando di filiere economico-negoziali non credo sia complicato comprenderne l'implicazione: traslati in ambito sociale e collettivo, gli effetti della sommatoria di soluzioni singolari potrebbero comportare un'indeterminazione complessiva, così da risultare incontrollabili sul piano degli esiti generali.

## 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 francese<sup>1</sup>, 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. 1374<sup>2</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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*”).

<sup>2</sup> 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 generali<sup>3</sup>: 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”<sup>4</sup> e non è dunque da questo punto di vista che può giustificarsi quanto accaduto.

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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"<sup>5</sup>.

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"<sup>6</sup>.

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"<sup>7</sup>.

Per qualcuno, invece, l'equità serve a mantenere equilibrato lo scambio<sup>8</sup>, mentre vi sono autori che, come anticipato, intendevano l'equità nel modo con cui attualmente si interpreta l'obbligo di buona fede<sup>9</sup>.

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

<sup>6</sup> 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.

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

<sup>8</sup> 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".

<sup>9</sup> 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*<sup>10</sup> 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

---

<sup>10</sup> Nel vol. I, Milano, 1953, 112 ss.

contenuta nell'art. 2 della Costituzione<sup>11</sup> ed in altre sue disposizioni<sup>12</sup>, per definirla quindi un mezzo di integrazione del contratto<sup>13</sup>, che funge da "limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata"<sup>14</sup>.

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"<sup>15</sup>.

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 società<sup>16</sup>; impedendo al danneggiato che abbia ostacolato l'assicuratore nell'accertare i danni, di domandarne il risarcimento<sup>17</sup>; 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'aggiudicazione<sup>18</sup> e, più in generale, nella violazione dell'affidamento creato in capo ad altri<sup>19</sup>; nel divieto di frazionamento del credito per agire separatamente laddove sia possibile un'unica domanda<sup>20</sup>; nell'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte della p.a.<sup>21</sup>; nel valutare le modalità di esercizio del diritto di recesso<sup>22</sup>; nell'obbligo di protezione del fideiussore che grava sul creditore<sup>23</sup> ecc.

---

<sup>11</sup> Op. cit., 115, 143, *passim*.

<sup>12</sup> Op. cit., 152.

<sup>13</sup> Op. cit., 175 ss.

<sup>14</sup> Op. cit., 178.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Cass. 28 maggio 2020, n. 10096.

<sup>17</sup> Cass., 25 gennaio 2018, n. 1829.

<sup>18</sup> Cass., 25 luglio 2018, n. 19775.

<sup>19</sup> Cass., 28 gennaio 2020, n. 1934.

<sup>20</sup> Cass., 27 luglio 2018, n. 19898.

<sup>21</sup> Cass., 28 febbraio 2020, n. 5546; *id.*, 2 febbraio 2018, n. 2603.

<sup>22</sup> Cass., 24 agosto 2016, n. 17291.

<sup>23</sup> Cass., 12 dicembre 2019, n. 32478



Si giunge anzi proprio per la strada della buona fede a configurare il divieto di abuso del diritto<sup>24</sup>.

La buona fede viene poi sempre di più fondata sul principio di solidarietà costituzionale che proprio Emilio Betti aveva invocato<sup>25</sup>.

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"<sup>26</sup> 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"<sup>27</sup>; per altri il ruolo integrativo dell'equità era stato invece accostato pari pari a quello della buona fede<sup>28</sup>.

Invece i primi studi monografici diretti ad assegnare un ruolo correttivo all'equità furono quelli di Stefano Rodotà<sup>29</sup> e Francesco Gazzoni<sup>30</sup>, 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"<sup>31</sup>.

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

---

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> A. BUTERA, cit., *ibidem*.

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

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.

<sup>30</sup> *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.

<sup>31</sup> 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 elementi<sup>32</sup>.

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 parti<sup>33</sup>, oppure la determinazione del periodo di composto, per la quale peraltro l'equità è prevista nell'art. 2110 c.c.<sup>34</sup>: equità integrativa, quindi, non correttiva<sup>35</sup>.

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”<sup>36</sup>.

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-

---

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

<sup>33</sup> 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.

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

<sup>35</sup> Altri riferimenti in F. MACARIO, cit., sub art. 1374 c.c., 695.

<sup>36</sup> 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. BARCELLONA, *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 perché 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)<sup>37</sup>.

E non è una decisione del tutto isolata<sup>38</sup>.

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”<sup>39</sup>.

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-

---

<sup>37</sup> 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”.

<sup>38</sup> 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”.

<sup>39</sup> 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.

narie<sup>40</sup> 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 concrete<sup>41</sup>.

Ad es. il tribunale di Roma<sup>42</sup>, 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)<sup>43</sup> coattiva spetta invece al giudice.

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

Quella di Venezia riporta questo caso<sup>44</sup>: un immobile in piazza San Marco di

<sup>40</sup> 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.

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

<sup>42</sup> 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2436.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> 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 rimeditare 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.<sup>45</sup>.

## **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 stesso<sup>46</sup>.

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.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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*<sup>47</sup>.

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"<sup>48</sup>.

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 lui<sup>49</sup>.

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"<sup>50</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> F. GALGANO, *Trattato cit.*, 177

<sup>49</sup> "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.

<sup>50</sup> 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 specie<sup>51</sup>.

Il primo limite è dunque nel senso che l'equità opera solo se le parti non abbiano già regolato il caso<sup>52</sup>.

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 contraenti<sup>53</sup>, non mai per costituire strumento di controllo dell'autonomia negoziale rimesso nelle mani del giudice anziché del legislatore<sup>54</sup>.

Il contratto resta infatti il terreno di scontro e composizione delle opposte pretese<sup>55</sup> e se l'accordo non sconfini nel patologico, il giudice non è autorizzato

---

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.).

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup>, 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 pubblico<sup>57</sup> – 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 patti<sup>58</sup> 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 caso<sup>59</sup>.

Una forte obiezione che si muovono è, appunto, nel senso che la legge non è muta<sup>60</sup>, 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*<sup>61</sup>.

*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.

<sup>56</sup> Cfr. R. SACCO, cit., 20 ss.

<sup>57</sup> Cfr. F. GALGANO, cit., 211, 536.

<sup>58</sup> Cfr. A. CATAUDELLA, cit., 310-312.

<sup>59</sup> 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.

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

<sup>61</sup> 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 sopravvenienza<sup>62</sup>.

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 diversa<sup>63</sup>.

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 disparate<sup>64</sup> 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-

---

<sup>62</sup> V. per tutti R. SACCO, cit., 1706.

<sup>63</sup> 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*.

<sup>64</sup> 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 orientata<sup>65</sup>.

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 letteratura<sup>66</sup> e la necessità che il contratto non debba necessariamente sciogliersi in casi simili è prospettata da tempo<sup>67</sup>.

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”<sup>68</sup>: è infatti proprio il potere di intervento equitativo del giudice che ci fornisce la risposta, in ragione della situazione specifica dei diversi contraenti<sup>69</sup>.

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.<sup>70</sup>: quel che vale infatti per

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> Cfr. ad es. di S. RODOTÀ, *op. cit.*, 115, 143, *passim*.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 1710.

<sup>69</sup> Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 36 e segg.

<sup>70</sup> 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'altro<sup>71</sup> 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»<sup>72</sup>, soluzione che vale per l'interpretazione della legge in generale e del codice civile in particolare<sup>73</sup>.

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 tendenze<sup>74</sup>, come se si trattasse di una “delega in bianco”<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> 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».

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> Su questo dubbio e sulle critiche v. M. LIBERTINI, cit., 349 ss.

Contrattare, ovviamente ed a legislatore attuale silente<sup>76</sup>, 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 equa<sup>77</sup>.

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"<sup>78</sup>.

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 contrattuali<sup>79</sup>: insomma "una giustizia non già estranea al diritto, ma indipendente dalla lettera della legge"<sup>80</sup>, 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 convincere<sup>81</sup>, 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 pretendono<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> L. MENGONI, cit., 10; M. BARCELONA, cit., p. 32 ss.

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

<sup>80</sup> R. SACCO, cit., 1398.

<sup>81</sup> 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.

<sup>82</sup> 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'accordo<sup>83</sup> 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'iniquità<sup>84</sup>, 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 specifico<sup>85</sup>, 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 contraenti<sup>86</sup>.

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

---

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> Cfr. F. GAZZONI, cit., 36 ss.

di giustizia il trattamento uguale di situazioni tra loro opposte, così com'era per la regola del gigante Procuste<sup>87</sup>.

Se si conviene sulla premessa che manca una disposizione di dettaglio ma non difetta un meccanismo che il giudice possa utilizzare in concreto<sup>88</sup> –l'equità come fonte integrativa *ex post* del contratto appunto – allora l'attenzione si sposta solo sul suo utilizzo adeguato<sup>89</sup> che però, come ovvio in presenza di una clausola generale<sup>90</sup> – 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 abituati<sup>91</sup>, 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»<sup>92</sup>.

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”<sup>93</sup>, posizione assunta in testuale contrapposizione a “valutazioni sociali nell'attuazione del contratto”<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> “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.

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

<sup>89</sup> “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.

<sup>90</sup> 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.

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

<sup>92</sup> M. BARCELLONA, cit., 38.

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

<sup>94</sup> 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 astratta<sup>95</sup>: se il legislatore non vuole un certo contenuto del contratto lo vieta, ma non chiede al giudice di valutarne l'equità<sup>96</sup>.

Tuttavia nemmeno il richiamo ad astratte valutazioni sociali è criterio idoneo, perché queste non esistono<sup>97</sup>: 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 prestazioni<sup>98</sup>.

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 divisibile<sup>99</sup>, 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*

---

<sup>95</sup> Lo ha evidenziato F. GAZZONI, cit., 317, n. 56.

<sup>96</sup> Cfr. S. RODOTÀ, cit., 225.

<sup>97</sup> 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.

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

<sup>99</sup> 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 possibilità<sup>100</sup>.

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.

---

<sup>100</sup> 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 una 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.

## Gli spazi dell'equità nel contesto dell'emergenza Covid-19

SOMMARIO: L'art. 91 del d. l. n. 18 del 2020. – 2. Valutazione dei comportamenti dei contraenti e strumenti di integrazione. – 3. Le misure di contenimento dell'emergenza COVID-19 come causa di forza maggiore. – 4. La ricerca del “contratto giusto”. – 5. Sopravvenienze e riequilibrio sinallagmatico. – 6. Obbligo di rinegoziazione ed intervento giudiziale. – 7. Le perplessità sul contenuto dell'equità ex art. 1374 c.c. – 8. Il cattivo utilizzo giurisprudenziale dell'equità integrativa. – 9. L'equità come criterio primario per il riequilibrio del contratto.

### 1. L'art. 91 del d. l. n. 18 del 2020

È noto che il legislatore dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, già con il comma 6-*bis* inserito nell'art. 3 del d. l. n. 6 del 2020 dall'art. 91 del d. l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 13/2020, ha sentito l'esigenza di dettare una norma secondo cui “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”.

Appare evidente che questa disposizione abbia così limitato la propria attenzione all'incidenza che può rivelare l'osservanza delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica al momento dell'attuazione del rapporto obbligatorio, e cioè sulla responsabilità per l'inadempimento del debito. La prestazione attesa dal creditore rimane, perciò, comunque “dovuta” dal debitore; tuttavia, il rispetto delle misure emergenziali, a leggere l'art 91 del decreto c.d. Cura Italia, va valutato dal giudice come possibile condizione di impossibilità sopravveniente che esonera il debitore da responsabilità, perché provocata da causa a lui non imputabile, ed anche come fattore che può interrompere il nesso eziologico fra il mancato adempimento e la vanificazione dell'aspettativa di soddisfazione del creditore, e così negare altresì la pretesa di quest'ultimo volta ad ottenere l'equivalente economico delle utilità ricavabili dall'esecuzione del contratto rimasto inattuato.

## 2. Valutazione dei comportamenti dei contraenti e strumenti di integrazione

In ogni modo, il dibattito dei commentatori e le soluzioni della giurisprudenza di merito hanno presto soffermato l'attenzione, più che sul «come» del comportamento del debitore (da valutare ai fini della imputabilità della responsabilità contrattuale alla luce degli impedimenti correlati ai divieti legislativi o amministrativi), sul comportamento del creditore, nel senso di valutare la legittimità della pretesa di quest'ultimo diretta ad ottenere comunque la prestazione, seppure il rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia costi un eccessivo sforzo per l'obbligato. A tale scopo si presta in particolare la buona fede, la quale, ad un tempo, è fonte di obblighi, criterio di valutazione delle condotte e regola di interpretazione, ma non si dimostra capace di correggere, in funzione riequilibratrice, il contenuto del contratto, assicurandone la «giustizia, non essendo la stessa buona fede causa di un effetto legale di integrazione del contratto, a differenza dell'equità in base all'art. 1374 c.c.

Tale differenza tra criteri di valutazione dei comportamenti contrattuali e strumenti di integrazione del programma negoziale non è stata sempre tenuta a mente nei primi commenti sull'art. 91 del d. l. n. 18 del 2020, tant'è che in questa norma si è ravvisata l'intenzione legislativa di attribuire al giudice un «potere equitativo», che gli consenta di valutare in termini diversi il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta, per il rispetto delle misure di contenimento, particolarmente onerosa. In sostanza, la responsabilità del debitore ed il correlato obbligo risarcitorio sarebbero esclusi non solo per una impossibilità assoluta ed oggettiva della prestazione attesa, ma anche in presenza dell'esecuzione di una prestazione geneticamente modificata al fine di rispettare le misure di contenimento del Covid-19 (così, ad esempio, M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020).

Questi tentativi ricostruttivi sono stati svolti soprattutto per argomentare una plausibile impossibilità da Covid-19 per i conduttori di immobili adibiti ad attività industriali, commerciali, artigianali o professionali, il cui esercizio sia stato temporaneamente impedito, o gravemente limitato, nel periodo dell'emergenza epidemiologica. Alla resistenza di coloro che affermano che le misure di contenimento dell'epidemia non hanno reso impossibile né la prestazione del locatore, come delineata dall'art. 1575 c.c., né tanto meno quella del conduttore di pagare il canone, potrebbe replicarsi che, in particolare nelle locazioni di immobili ad uso commerciale o professionale, il locatore deve garantire anche durante il rapporto il godimento della cosa locata che serve all'uso convenuto. Se, al fine di determinare la portata dell'obbligo di far godere, incumbente sul locatore, «il principio da affermare per ogni problema che insorga in merito al godimento della cosa locata si è che questo non è un godimento generico,

astratto e indeterminato, ma quello pattuito, espressamente o non” (A. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXV, Milano, 1972, 361), ove le misure legislative o amministrative di contenimento dell’epidemia abbiano impedito l’utilizzabilità dell’immobile, ciò che è divenuto impossibile per *factum principis* è proprio la prestazione del locatore, con la conseguenza che quest’ultimo non può poi chiedere (integralmente o in parte: artt. 1463 e 1464 c.c.) la relativa controprestazione per i canoni, né può agire con l’azione di risoluzione allegando l’inadempimento del conduttore (si vedano indicativamente Cass. 9 marzo 2012, n. 3726; Cass. 19 luglio 2008, n. 20067; Cass. 28 marzo 2006, n. 7081).

### 3. Le misure di contenimento dell’emergenza COVID-19 come causa di forza maggiore

Tornando al “nostro” art. 91 del d.l. Cura Italia, non può, allora, non condividersi l’osservazione secondo cui a tale disposizione è estranea una funzione integrativa, o addirittura modificativa, del contenuto del rapporto obbligatorio, così come in origine delineato dalla volontà dei contraenti (C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corriere giur.*, 2020, 5, 581 ss.). La norma tipizza, piuttosto, il rispetto delle misure di contenimento dell’emergenza COVID-19 quale evento imprevedibile e straordinario non riferibile alla sfera organizzativa del debitore, consentendo di definirlo come causa di forza maggiore, approdo cui si sarebbe comunque potuti pervenire già attraverso le norme contenute nel codice civile (così, ad esempio, A. PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell’esecuzione dei contratti*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 3, 1192 ss.).

Soltanto in modo settoriale, ovvero in particolare per i rapporti di concessione di impianti sportivi pubblici, in ragione dapprima della sospensione e poi delle misure e dei limiti imposti alle attività sportive, si è accordata ai concessionari la facoltà di richiedere la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite (art. 216, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77).

### 4. La ricerca del “contratto giusto”

A fronte dello sconvolgimento del rapporto contrattuale riferibile al sopravvenire dell’emergenza epidemiologica, i teorici ed i pratici si stanno così interrogando sulle potenzialità che può rivelare il ricorso all’integrazione secondo equità del regolamento pattizio, ai sensi dell’art. 1374 c.c.

Beninteso, qui non si tratta di riequilibrare, secondo le logiche seguite da una linea di tendenza legislativa di protezione ormai sufficientemente univoca, lo *status* di inferiorità economico-sociale di una determinata categoria di “contraenti deboli”, con l’obiettivo di contenere, sul piano degli accordi negoziali, gli effetti delle posizioni dominanti. Le limitazioni delle attività imprenditoriali e dei traffici commerciali imposte dalla pandemia Covid-19 giustificherebbero un intervento giudiziale sul regolamento contrattuale non in una logica sanzionatoria di antagonismo rispetto all’autonomia privata, quanto secondo una logica ad essa solidale, applicando le soluzioni suggerite da una riconsiderazione del complesso dei fattori e degli elementi concreti alla luce della nuova situazione creata dall'emergenza sanitaria. Avendo il legislatore, con l’art. 91 cit., provveduto a dettare unicamente una norma sul «come» del comportamento del debitore, il perseguimento di obiettivi di rilievo macroeconomico e microeconomico potrebbe essere affidato alla clausola generale dell’equità ex art. 1374 c.c., mediante la quale il giudice svolgerebbe con riguardo alla singola operazione contrattuale un ruolo di controllo e di promozione, tenuto conto del generalizzato mutamento delle condizioni socio-economiche causato dall’epidemia. L’equità ex art. 1374 c.c. affiderebbe così al giudice una verifica quantitativa dell’accordo e un ampio potere di tipo determinativo-integrativo, alla ricerca del “contratto giusto”.

Si è opportunamente rimarcato come l'emergenza Covid dimostri che il contratto che non abbia previsto le sopravvenienze può risultare iniquo in ragione di circostanze concrete attinenti all’economia delle parti che, pur subendo tali sopravvenienze, non vogliono la risoluzione (G. SICCHIERO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, in *Giur. it.*, 2020, 11, 2433 ss.). Sarebbe, così, proprio il potere di intervento correttivo equitativo del giudice, fondato sull’art. 1374 c.c., a fornire la risposta più adeguata all’eccezionalità dell’evento. Viceversa, la soluzione di imporre alle parti una rinegoziazione dell’accordo originario, quale conseguenza dell’obbligo di buona fede nell’esecuzione, allo scopo di riequilibrare la corrispettività alterata dalle sopravvenienze inattese, confiderebbe unicamente in una regola di conformazione dei comportamenti dei contraenti, ma lascerebbe comunque il giudice sprovvisto di uno strumento modificativo del contenuto del programma obbligatorio.

## **5. Sopravvenienze e riequilibrio sinallagmatico**

Insomma, l'emergenza epidemiologica COVID-19 ha riaperto il dibattito sempre attuale sulla tutela della rispettiva condizione di parità delle parti nello svolgimento del rapporto obbligatorio, a fronte di mutamenti impreveduti sopravve-

nienti al di fuori della sfera patrimoniale dell'una o dell'altra. Questa tutela contro gli eventi delusivi esige una congrua correzione delle condizioni contrattuali, che sia tale da evitare la risoluzione del rapporto (come avviene, ad esempio, negli artt. 1468, 1584, 1623, 1635, 1636, 1664 c.c.). Si tratta di sperimentare quale sia il rimedio correttivo più adeguato allorché la sopravvenienza, non rientrando "nell'alea normale" propria di ogni assetto contrattuale (essendo il rischio ineliminabile in ogni obbligazione a prestazione differita), cagioni per una parte un sacrificio patrimoniale che non poteva assolutamente essere tenuto in conto al momento della conclusione dell'accordo. Il rimedio modificativo, in un'ottica di cooperazione solidaristica, deve garantire, quale alternativa alla risoluzione, un coerente riequilibrio con la valutazione comparativa del costo e del rendimento delle prestazione operata da creditore e debitore in sede di stipula (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano 1953, 191 ss.).

Tale auspicio asseconda la tendenza sempre più diffusa ad escogitare strumenti correttivi duttili, che siano applicazione dei sovraordinati principi di proporzionalità ed adeguatezza ed assicurino al giudice la possibilità di ristabilire l'equilibrio sinallagmatico, pur vulnerato, così da favorire, piuttosto che la risoluzione, la conservazione della complessiva operazione economica e la prosecuzione del rapporto obbligatorio, esiti presumibilmente più idonei a mantenere la ricchezza acquisita dai contraenti con lo scambio ed a garantire la concorrenzialità del mercato.

Come già si accennava, la legislazione italiana di derivazione comunitaria degli ultimi decenni, ispirata dal proposito di riequilibrare lo *status* di inferiorità economica di alcuni contraenti (consumatori, clienti, utenti), ha sconfitto il *Moloch* della intangibilità del contratto, radicato sull'art. 1372 c.c.

L'obiettivo di contenere, sul piano degli accordi contrattuali, gli effetti delle posizioni dominanti nella vita economico-sociale, limitando le asimmetrie della disciplina pattizia imposte dal soggetto più forte, ha, peraltro, ritrovato un proprio sicuro fondamento costituzionale nell'art. 41, comma 2, Cost., che guarda all'utilità sociale come limite dell'iniziativa economica privata. Tuttavia, la categoria unitaria del "contraente debole", intesa quale parte costretta, per la sua inferiore forza negoziale, a subire l'unilaterale volontà del contraente forte, è talmente eterogenea, da far balenare il rischio di apriorismi di tutela, affrettate generalizzazioni o ossequio a tradizioni di labile contenuto. Lo status dell'astratto contraente debole può rivelarsi, dunque, un bias cognitivo, così come del *favor debitoris* si è detto fosse suggerito da un'«immagine dickensiana» della società (P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (Nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, 176).

Se, del resto, il contratto rimane il mezzo preferito dall'attività imprenditoriale per il suo sviluppo, le esigenze di sempre maggiore celerità dei traffici commer-

ciali spingono per uno snellimento della fase costitutiva ed una maggiore attenzione per la fase esecutiva, quella, cioè, dell'adempimento e della responsabilità. I problemi funzionali del rapporto obbligatorio sono, tuttavia, risolti non necessariamente con la rottura traumatica dello stesso, ma, ove possibile, ripristinandone la "stabilità", sia pur riequilibrata, mediante la riconduzione del contratto a condizioni conformi alla legge, oppure mediante riduzione di una prestazione, principale o accessoria, o di una penale, o mediante l'eliminazione, e l'eventuale sostituzione di diritto, di una singola clausola. Si favoriscono, perciò, le modifiche dell'accordo contrattuale apportate dal giudice in sede di decisione, in forza di un potere di tipo determinativo-integrativo del contenuto negoziale orientato dall'apprezzamento delle circostanze concrete e finalizzato all'obiettivo del "contratto giusto", nonché del mantenimento delle relazioni commerciali, nello stile delle *rules of construction*. Anche di fronte ad un serio pericolo di inadempimento, al giudice potrebbe, in questa prospettiva, chiedersi una "regola di costruzione" contrattuale che dia risposta all'aspettativa di prestazione del creditore e ristabilisca il nesso di utilità tra parti e rapporto obbligatorio.

È quello che in alcuni ordinamenti (ad esempio, quello francese) o nelle transazioni internazionali si fa, altrimenti, mediante l'inserzione nel documento negoziale di clausole di c.d. rivedibilità (o *hardship clause*), le quali servono a regolare l'evento perturbativo dell'originario equilibrio tra le obbligazioni delle parti, affidando, però, la rinegoziazione alla comune volontà di entrambe le parti e non al giudice.

## 6. Obbligo di rinegoziazione ed intervento giudiziale

L'emergenza COVID-19 ha dunque portato in modo mai così impellente i pratici, oltre che i teorici, ad interrogarsi sulla configurabilità di un generale rimedio di carattere conservativo del rapporto contrattuale su cui possa radicarsi un obbligo per le parti di rinegoziare il contenuto dell'accordo colpito da sopravvenienze tipiche (quali quelle rientranti nell'ambito dell'art. 1467 c.c.) o anche atipiche, e che comunque non diano luogo ad una vera e propria impossibilità sopravvenuta della prestazione, che renda di per sé inattuabile una riattivazione della relazione contrattuale. Soprattutto per le sopravvenienze atipiche, quando, cioè, l'obbligo di rinegoziazione non potrebbe tradursi nell'applicabilità della *reductio ad aequitatem* ex art. 1467, comma 3, c.c., esso si ricaverebbe o dall'art. 1375 c.c., in quanto implicato dall'esecuzione secondo buona fede, o dall'art. 1374 c.c., e cioè come effetto legale di integrazione in base all'equità. Siffatto obbligo di rinegoziazione, ove inadempito, sarebbe altresì presidiato dall'eseguibilità in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

L'idea, insomma (resistita sempre da perplessità e diffidenze), è quella di allestire, in qualche modo, un intervento giudiziale che possa perequare il contenuto del contratto alla luce delle sopravvenute circostanze fattuali, non potendosi lasciare alla sola parte avvantaggiata il diritto potestativo di offrire la riconduzione ad equità del contratto per paralizzare la domanda di risoluzione.

Vengono sollecitate le “capacità del giudice di ‘calarsi’ nel regolamento d’interessi privato e, di conseguenza, di coadiuvare le parti nella prosecuzione del rapporto contrattuale, mediante un assetto d’interessi modificato (anche soltanto temporaneamente, secondo le circostanze)” (indicativamente, F. MACARIO, *COVID-19 e sopravvenienze contrattuali: un’occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova Giur. Civ.* 2020, 3 – Supplemento, 80).

Viceversa, pur riconosciute le utilità della individuazione di un generale obbligo di rinegoziazione, nelle specie riferito alle condizioni contrattuali relative ai periodi di sospensione imposti dalla legislazione dell'emergenza, si contestano in dottrina da altri autori i correttivi equitativi o giudiziali, che comporterebbero più incertezze e costi di quante soluzioni realisticamente non offrano (G. TRIMARCHI, *Il COVID-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle “clausole generali”*, in *Contratti*, 2020, 4, 433 ss.).

L'argomento storico è inconfutabilmente dalla parte degli scettici: nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, n. 656, dopo aver premesso che “l'equilibrio tra le prestazioni delle parti o l'equità del vantaggio conseguito da una di esse costituisce l'ideale di una sana circolazione dei beni, di una feconda cooperazione delle economie e delle attività individuali; rappresenta la giustificazione e il presupposto della tutela data dal diritto all'autonomia; costituisce la condanna e la sanzione dello spirito egoistico che possa eventualmente penetrare nei rapporti in violazione del dovere di solidarietà che deve dominare il comportamento delle parti”, si osservò non di meno come “una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la sproporzione delle condizioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle trattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato”.

Si diceva già che non pare essere la buona fede ex artt. 1366 e 1375 c. c. il miglior fondamento per gli obblighi di rinegoziazione: un intervento correttivo-additivo sul contratto non è, evidentemente, il frutto di un'operazione di interpretazione, né può praticarsi in sede di valutazione delle condotte esecutive dei contraenti. L'individuazione di una regola di disciplina del contratto, cui il



giudice proceda sulla scorta del particolare caso concreto, suppone, piuttosto, un'attività di integrazione secondo equità in forza dell'art. 1374 c.c., la quale, però, secondo la nostra civilistica tradizionale, può funzionare sussidiariamente solo quando manchi al riguardo una apposita volontà delle parti e quando non debba comunque applicarsi una norma di legge. Né, stando alle più diffuse obiezioni, a fronte di sopravvenienze atipiche soverrebbe l'«equa modifica» delle condizioni del contratto stabilita dall'art. 1467, comma 3, c.c., atteso che essa è sinonimo non di giustizia del caso singolo, quanto, più modestamente, di ristabilimento di un giusto rapporto di scambio, avendo di mira l'equilibrio del sinallagma esistente al momento della stipulazione (così, ad esempio, A. CINQUE, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 4, 1691 ss.).

## **7. Le perplessità sul contenuto dell'equità ex art. 1374 c.c.**

Se non appaia banale espressione di una sorta di concezione provvidenzialistica della storia, può pensarsi che dalla tragedia della pandemia COVID-19 si tragga per il futuro un rinnovato impegno a ricercare proprio nell'equità integrativa di cui all'art. 1374 c.c. un utile strumento per governare simili emergenze e risolvere i conflitti che possono portare alla rottura dei rapporti contrattuali (cfr. E. NAVARRETTA, *COVID-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova Giur. Civ.* 2020, 3 – Supplemento, 87).

Facevo cenno a tante perplessità e diffidenze da superare. Esse traggono origine addirittura dalla spiegazione aristotelica dell'equità come «giustizia del caso concreto», che renderebbe il sillogismo decisorio del giudice una sorta di entimema, ellittico della premessa maggiore costituita dalla legge: dunque, una giustizia secondo criteri non giuridici, un “non diritto”.

Stando alle più autorevoli opinioni, integrare un contratto secondo equità significherebbe completare o correggere la volontà contrattuale delle parti alla stregua dei valori di mercato (F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*. Artt. 1372-1405, Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1993, 93). L'equità integrativa ex art. 1374 c.c. sarebbe, quindi, non un veicolo per creare nuovi limiti all'autonomia privata, oltre quelli sanciti dall'art. 1343 c.c., facendovi transitare regole di opinione ispirate da esigenze collettive di programmazione economica, quanto un criterio di recupero e di evidenziazione dei fattori più contingenti e soggettivi, che operano al livello dei dettagli del regolamento contrattuale, in modo che questo rimanga aderente al mercato (R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 1993, 413 ss.).

D'altro canto, si sostiene altresì che, pur volendo determinare il contenuto dell'equità (come delle altre clausole generali) in base ai principi costituzionali, sottraendola alla arbitraria valutazione del singolo giudice, ovvero a generici criteri desumibili dalla coscienza o dal costume sociale, ciò deve avvenire sempre nel rispetto della logica dell'autonomia privata, la quale preclude sia alla legge che al giudice di partecipare alla costruzione del contratto (S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1970, passim). Le clausole generali sarebbero, insomma, strutturalmente inidonee a far valere finalità di giustizia o riequilibrio sociale, attribuendo, in particolare, al principio di solidarietà ex art. 2 Cost. un ruolo di sintesi dei fondamenti etici e sociali di tutto l'ordinamento, con l'approdo ultimo di trasferire al giudice il potere di determinare il contenuto del rapporto contrattuale (C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna 2015, 95 ss.).

Mostra, in verità, contorni sfuggenti la ricostruzione giurisprudenziale che guarda alle clausole generali in materia contrattuale, di volta in volta, come tramite per il controllo sulla ragionevolezza interna degli atti di autonomia, o come presidio per l'esercizio dei poteri discrezionali ad opera dei contraenti, o come criterio determinativo delle prestazioni, il quale impone il compimento di quanto utile e necessario alla salvaguardia degli interessi della controparte (Cass. 13 luglio 2016, n. 14322; Cass. 12 maggio 2016, n. 9757; Cass. 20 agosto 2015, n. 16990).

Ancor più evanescente è la configurazione delle clausole generali quali moduli normativi generici, che il legislatore adopera allo scopo di lasciar adeguare le leggi alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo, e che richiederebbero una specificazione in sede interpretativa, consistente nella valorizzazione di fattori esterni relativi alla coscienza sociale, o di principi che la stessa norma tacitamente richiami (Cass. 22 agosto 2002, n. 12414; Cass. 29 aprile 2004, n. 8254).

## 8. Il cattivo utilizzo giurisprudenziale dell'equità integrativa

L'auspicio di trovare nell'equità integrativa ex art. 1374 c.c. un rimedio di generale praticabilità che consenta al giudice di riequilibrare le condizioni del contratto alterate da sopravvenienze atipiche passa, allora, per un più consapevole utilizzo da parte della giurisprudenza delle notevoli potenzialità di tale strumento.

Innanzitutto, non appare per nulla opportuna una tipizzazione giurisprudenziale degli effetti integrativi o correttivi discendenti dall'equità contrattuale, similmente a quanto avviene per gli obblighi correlati alla buona fede esecutiva, giacché, trascinando l'equità al di fuori della concreta economia della singola

vicenda negoziale, per farne un principio generale dell'intero diritto privato, essa finisce per meritare l'accusa di vaghezza circa i suoi effettivi contenuti e gli scopi perseguiti. Rispetto alle altre fonti di integrazione del contratto richiamate dall'art. 1374 c.c., l'equità si caratterizza proprio per il suo essere non norma generale ed astratta, quanto regola del caso concreto.

Identicamente, non rivela alcuna utilità fare ricorso all'equità per assicurare il perfezionamento del programma obbligatorio, semmai creando autonomi doveri coerenti con i valori costituzionali, in quanto spetta all'autonomia privata ed alla legge, e quindi eventualmente alla buona fede oggettiva, dettare l'assetto economico ed il regolamento normativo del sinallagma.

L'invocazione dell'equità integrativa nelle sentenze è assai spesso accompagnata da evitabili stereotipi ed ingannevoli sovrapposizioni concettuali, come quando la si riduce a mero sinonimo della buona fede prevista dall'art. 1375 c.c., o della correttezza di cui all'art. 1175 c.c. (Cass. 1° luglio 2004, n. 12105; Cass. 5 gennaio 1993, n. 24), o addirittura alla connotazione di uno stato psicologico dei contraenti. Sterile, dunque, è il richiamo all'equità allorché la stessa viene adoperata come criterio di valutazione del comportamento osservato dalle parti nel dare attuazione al rapporto, o come parametro deontologico su cui raffrontare l'adempimento da parte dei contraenti. All'equità ex art. 1374 c.c. non può attribuirsi una valenza di tipo soggettivo, intrinseco, dissolta nel rinvio alle nozioni di lealtà o di schiettezza contrattuale; identica sensazione di commistione tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo provoca il richiamo dell'equità come cardine per la tutela dell'affidamento imputabile al principio di autoresponsabilità. Questa è equità intesa non come fonte di integrazione, ma come stato della coscienza. La sovrapposizione operativa fra buona fede ed equità è criticata convincentemente da coloro che riconoscono soltanto alla prima, e negano alla seconda, la natura di clausola generale: la buona fede ha una sua autonoma portata precettiva e fornisce regole di decisione, senza tuttavia avere capacità di modificare il regolamento, mentre l'equità è criterio di giudizio rapportato al caso concreto (M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 89 ss.).

Il paventato pleonasma è altrettanto manifesto allorché la declamata regola di equità viene confinata entro un ruolo meramente interpretativo e suppletivo o completivo, nel senso che essa sarebbe unicamente volta a colmare le lacune non coperte dalla legge o dagli usi, e comunque destinata ad operare esclusivamente in relazione a quegli effetti del contratto in ordine ai quali le parti non abbiano espresso la loro volontà o l'abbiano espressa in modo ambiguo, restando perciò impedita l'integrazione secondo equità ogni qual volta le parti abbiano compiutamente ed univocamente regolato gli effetti del contratto ed il contenuto delle loro prestazioni (Cass. 22 luglio 1966, n. 1995; Cass. 8 gennaio 1979, n. 90;

Cass. 8 luglio 1983, n. 4626; Cass. 17 giugno 1994, n. 5862; Cass. 14 giugno 2002, n. 8577). L'equità non può tendere alla ricostruzione della volontà negoziale, ma ad integrare gli effetti di quella volontà (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1986, 230).

Nemmeno l'equità assurge ad elemento integrativo del regolamento pattizio allorché viene minimizzata a sostenere, sempre con funzione sussidiaria, l'inevitabile vincolatività di una clausola contrattuale di cui si escluda la nullità. È quel che si constata allorché, a fronte di una espressione della volontà dei contraenti che si dimostra comunque completa ed inequivoca, viene affermato che non possa mai farsi questione di integrazione secondo equità, ma solo di invalidità totale o parziale del contratto (Cass. 21 marzo 2014, n. 6747). L'equità è concetto del tutto estraneo alle patologie del rapporto contrattuale, in quanto è nozione che si muove sul profilo meramente quantitativo delle reciproche prestazioni.

Così altrettanto riduttiva è la definizione dell'equità integrativa come criterio ontologicamente inidoneo a “modificare” il contratto, con l'aggiunta ad esso di qualcosa, dovendo le ulteriori conseguenze che si vogliono ricondurre al contratto pur sempre corrispondere all'intento pratico perseguito dalle parti ed agli elementi essenziali concordati mediante una valida manifestazione di volontà negoziale (Cass. sez. un. 27 novembre 1963, n. 3044; Cass. 14 ottobre 1972, n. 3065). L'equità avrebbe in tal modo una sua portata applicativa nettamente svalutata, giacché operante unicamente ove permeata dei contenuti espansivi delle clausole contrattuali, attribuendosi, per converso, al regolamento pattizio una attitudine all'auto-completamento simile a quella propria dell'ordinamento giuridico (M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino 2006, 66 ss.).

## 9. L'equità come criterio primario per il riequilibrio del contratto

L'integrazione del contratto secondo equità esula dall'ambito dell'adempimento del programma d'obbligazione, e cioè di quanto va risolto esclusivamente in termini di responsabilità, e mira, piuttosto, a salvaguardare l'equilibrio del rapporto, sul piano della giusta proporzione delle rispettive prestazioni, oltre la specifica posizione contrattuale. La lettera dell'art. 1374 c.c. rende le parti obbligate “non solo” a quanto sia espresso nel contratto, “ma anche” a tutte le conseguenze che, se non siano già stabilite dalla legge o dagli usi, sono imposte dall'equità, criterio che è, perciò, non sussidiario, ma egualmente primario ove né il regolamento negoziale, né la legge, né gli usi, consentano, nel caso concreto, di preservare, semmai a fronte di atipiche sopravvenienze, l'equilibrio tra le obbligazioni contratte. In tal senso, è un'integrazione che interviene non secondo contenuti

extragiuridici, ma utilizzando corretti criteri di logica giuridica (Cass. 11 giugno 1965, n. 1189). Se il codice civile chiama l'equità ad integrare il contratto, e non necessariamente a seguito di intervento correttivo giudiziale, occorre avere consapevolezza che l'integrazione postula altresì il completamento del regolamento pattizio, attraverso l'aggiunta di contenuti non previsti dalle parti, oltre che il contenimento degli effetti invece voluti. L'espressione "in mancanza" inserita nel vigente art. 1374 c.c. (pur comportando una inversione letterale dell'ordine delle fonti integrative rispetto a quanto era stabilito nell'art. 1124 del codice civile del 1865, secondo il quale "*i contratti devono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano*"), non attribuisce all'equità un ruolo antagonista al contratto ed alla legge, come se l'una dovesse intervenire "contro" gli altri o "al posto" degli stessi. Nel contratto inteso come regolamento, non ha alcuna utilità distinguere tra contenuto pattizio ed effetto derivante da integrazione, non trattandosi, appunto, di ipotesi di "integrazione cogente" che cada la base negoziale.

Proprio il tema delle sopravvenienze atipiche che, come la pandemia da COVID-19, arrivano a sconvolgere l'assetto economico dei contratti può, allora, finalmente dare diritto di cittadinanza ad un apolide, quale l'equità integrativa ex art. 1374 c.c., intendendosi da essa derivante *in primis* un obbligo di rinegoziazione per le parti e poi eventualmente la legittimazione ad adire il giudice al fine di ottenere per sentenza l'adeguamento del contratto alle mutate circostanze.

Come nel Libro V dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele, il contratto conforme a legge ed il contratto conforme ad equità diverrebbero così la stessa cosa, risolvendo l'aporia che vede il giusto e l'equo come concetti diversi e smentendo la più recente invettiva secondo cui il diritto è stata la più bella invenzione fatta dagli uomini contro l'equità.

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

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

### 1. Una breve premessa storica

Tra le tante novità giuridiche, che la tragedia della pandemia da Covid-19 ha costretto a introdurre nell'ordinamento italiano, non pare che abbia precedenti nella Storia l'intervento diretto e profondo sulle norme che regolano i rapporti contrattuali e, in particolare, l'adempimento delle obbligazioni. Le pandemie – per quanto se ne fosse perduta la memoria – hanno colpito, infatti, le società moderne anche nel corso degli ultimi due secoli, seminando lutti in Europa e nel Mondo. Le pandemie di colera<sup>1</sup>, in particolare, giunsero in Europa e in Italia, funestando molti Stati preunitari negli anni '30 del XIX secolo (Giacomo Leopardi ne fu, a Napoli, una delle vittime illustri) e nel 1848-49, in concomitanza con la prima guerra di indipendenza. Del problema della diffusione del colera presero coscienza i Governi di buona parte del mondo, al punto che fu organizzata la prima Conferenza sanitaria internazionale, che si svolse a Parigi nel 1851. Anche in seguito all'unità d'Italia, il colera colpì ripetutamente il nostro Paese, in particolare negli anni 1884-87 e, meno gravemente, tra il 1893 e il 1897. Proprio in occasione dell'epidemia di colera del 1884, fu emanata la legge 15 gennaio 1885 n. 2892 (*Pel risanamento della città di Napoli*) che – nota ai giuristi soprattutto per le modifiche introdotte in punto di calcolo dell'indennità di espropriazione<sup>2</sup> –

---

<sup>1</sup> E. TOGNOTTI, *Il mostro asiatico. Storia del colera in Italia*, Bari, 2000.

<sup>2</sup> A differenza della legge 25 giugno 1865, n. 2359, che stabiliva il criterio del valore venale del

ha rappresentato il modello poi esteso a numerosi successivi interventi legislativi speciali<sup>3</sup> ed è stata abrogata soltanto con l’emanazione del vigente Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità<sup>4</sup>.

Ebbene, non consta che i (pur rari) interventi legislativi speciali, stimolati da epidemie o altre calamità naturali, abbiano mai derogato a istituti generali del diritto privato, rispetto ai quali gli eventi di questa natura sono stati fatti genericamente rientrare nelle nozioni di caso fortuito o di forza maggiore (e, dunque, nelle ipotesi di esclusione di responsabilità per inadempimento dell’obbligazione, ai sensi dell’art. 1226, c.c. 1865, e dell’art. 1218 c.c.)<sup>5</sup>.

Il legislatore del passato è intervenuto, invece, sulle norme di diritto privato in caso di guerra. Deve rammentarsi, a tal proposito, il Decreto Legislativo 27 maggio 1915 n. 739, il quale, all’indomani dello scoppio della prima guerra mondiale, stabilì che *“a tutti gli effetti dell’articolo 1226 c.c.<sup>6</sup>, la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la rende eccessivamente onerosa, purché l’obbligazione sia stata assunta prima del decreto di mobilitazione generale”*, e, poiché l’articolo 1226 c.c. del Codice Civile del 1865 era la norma che esonerava il debitore dall’obbligo di risarcimento del danno per inadempimento in caso di forza maggiore o caso fortuito, anche quella normativa di emergenza pose agli interpreti il problema della sorte del rapporto contrattuale e della possibilità di ritenere in via interpretativa che, oltre all’esonero dall’obbligo risarcitorio, potesse inferirsi la risoluzione del contratto, almeno con riferimento ai contratti ad esecuzione istantanea. Sul punto, dottrina e giurisprudenza si espressero in senso affermativo; viceversa, per i contratti di durata, si affermò che le conseguenze della forza maggiore dovessero essere limitate alle singole prestazioni in scadenza durante il periodo di guerra, con esclusione, quindi, del diritto di ottenere la risoluzione del contratto. Peraltro, anche al legislatore del 1915 si rimproverò parzialità e

---

bene per il calcolo dell’indennità di espropriazione, la legge per il risanamento della città di Napoli consentiva alle amministrazioni di calcolare l’indennità *«sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell’ultimo decennio»* (art. 13, c. 3°).

<sup>3</sup> Per un’analitica disamina di tali leggi speciali, G. LANDI, *Espropriazione per pubblica utilità (principi)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1966, XV, 822.

<sup>4</sup> Art. 58, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

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

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

limiti dell'intervento<sup>7</sup>, osservando, in particolare, come nulla venisse previsto per i rapporti contrattuali disciplinati dal Codice del Commercio, ma la dottrina (Polacco) sostenne la tesi estensiva dell'applicazione della norma di emergenza, arrivando ad affermare – a proposito della vendita commerciale (art. 61) – che «*il genere che pure sussiste in rerum natura sarà considerato giuridicamente come mancante, se non sia dato valersene per l'esecuzione del contratto, in causa di un impedimento di indole generale, cioè inerente alla prestazione nella sua obiettività, epperò tale da renderla in quel dato momento inattuabile per quella qualsiasi azienda patrimoniale che non se ne trovi debitrice*».

## 2. Il quadro delle norme di emergenza.

Questo breve squarcio di retrospettiva storica consente di rovesciare, almeno in parte, la nota affermazione di Tacito, secondo cui *tutte le cose che ora si credono antichissime furono nuove*, e a ritenere che i problemi, con i quali si dibattono i giuristi in seguito all'emergenza Covid, non costituiscono una novità assoluta neppure nella storia del diritto occidentale dell'età dei codici. Non può sfuggire, addirittura, la lata assonanza normativa tra quanto previsto dal legislatore del 1915 e il comma 6-bis dell'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, che ha stabilito che «*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*»: in entrambi in casi, infatti, l'esito applicativo della norma consiste, in pratica, nell'esclusione dell'obbligo risarcitorio per condotte oggettivamente qualificabili come inadempimento di obbligazioni. Nell'unica norma di carattere generale, il legislatore dell'emergenza, quindi, non ha ritenuto di attribuire alla situazione pandemica la valenza di automatica causa di *impossibilità* o di *eccessiva onerosità sopravvenuta* della prestazione dovuta dal debitore, preferendo escludere le sole conseguenze risarcitorie del mancato adempimento<sup>8</sup>.

---

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

<sup>8</sup> Per un inquadramento storico del problema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione come causa di esonero del debitore da responsabilità per inadempimento ovvero come causa di estinzione dell'obbligazione, A DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (Artt. 1256-1259)*, in *Comm. Cod. Civ.*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, 43 ss.



Diversa l'impostazione accolta, invece, nell'art. 216, co. 3°, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto rilancio), convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77, che – con riferimento a un settore specifico – ha stabilito che *«La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito»*. In tale ipotesi, infatti, le norme menzionate (sia pure in maniera affastellata) impongono all'interprete di virare decisamente dall'inadempimento verso la direzione della non imputabilità della mancata esecuzione della prestazione, sebbene il richiamo alle medesime norme sia privo di qualsivoglia rilevanza concreta, tenuto conto, da un lato, dell'espressa qualificazione dei provvedimenti di sospensione delle attività sportive alla stregua di un *«fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione»* e, dall'altro, della tipizzazione quantitativa delle conseguenze di tale fattore sul rapporto sinallagmatico tra le prestazioni (*riduzione cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020*). Se il legislatore avesse voluto perseguire un obiettivo di certezza del diritto, sarebbe intervenuto anche in altri settori parimenti colpiti dalla situazione di emergenza, colmando, ad esempio, l'illogica disparità di trattamento tra le locazioni di palestre, piscine e impianti sportivi, e le altre (numerossime) ipotesi di locazioni commerciali. Non soltanto ciò non è avvenuto, ma – circostanza ancor più grave – il legislatore è rimasto del tutto inerte nonostante la recrudescenza della pandemia e l'imposizione di analoghe misure restrittive delle attività economiche a far tempo da ottobre 2020.

Per completare il frammentario e disorganico quadro normativo, occorre rammentare l'art. 88 *bis*, legge n. 27/2020, che ha espressamente qualificato come *«sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile»*, in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario e marittimo, nonché ai contratti di soggiorno e di pacchetto turistico, la condizione dei soggetti impediti alla circolazione o comunque alla fruizione del servizio a causa dell'emergenza Covid. Il richiamo diretto dell'art. 1463 c.c. presenta, allo stesso tempo, profili di interesse e di perplessità. Da un lato, infatti, il legislatore rivela una netta adesione all'interpretazione – ormai invalsa

nella giurisprudenza<sup>9</sup> – dell’«impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile» nell’estensivo significato di “*impossibilità di fruizione, per un fatto obiettivo, della prestazione dovuta dalla controparte*”. Da altro punto di vista, tuttavia, l’art. 1463 risulta richiamato in modo del tutto eccentrico, posto che, in luogo dell’estinzione del rapporto contrattuale e del conseguente obbligo di restituzione della controprestazione economica eventualmente già percepita dal soggetto tenuto all’esecuzione del servizio, l’art. 88 *bis* attribuisce al soggetto erogatore del servizio l’obbligazione alternativa tra il rimborso (*id est*, restituzione del corrispettivo già percepito) e il rilascio di un *voucher*, ovvero – per le strutture ricettive che abbiano sospeso l’attività a causa dell’emergenza – l’offerta all’acquirente di «*un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore, con restituzione della differenza di prezzo*» (co. 6°): un ventaglio di alternative con facoltà di scelta in capo al soggetto tenuto al servizio, che non ha alcun fondamento, quindi, nella previsione dell’art. 1463 c.c.

Un quadro normativo così frastagliato e, a tratti, contraddittorio non poteva che provocare sia la riflessione degli studiosi<sup>10</sup> sia la ricerca di autonome soluzioni giurisprudenziali nei variegati ambiti contrattuali non attinti, direttamente o indirettamente, dalle norme sopra descritte. In questo senso, era prevedibile che, tra i vari percorsi ermeneutici, assumessero significativa rilevanza le clausole generali e, in particolare, in ambito contrattuale, il dovere di buona fede (artt. 1375, 1366, 1460 c.c.).

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

Fino agli anni ’70, invero, la buona fede ha assunto un ruolo sostanzialmente marginale nella sistematica complessiva del rapporto contrattuale. La giurisprudenza<sup>11</sup> la considerava soprattutto un criterio di valutazione del comportamento delle parti nell’adempimento del contratto e, in generale, del rapporto obbligatorio, ma senza una specifica incidenza sul piano di effetti eventualmente risarcitori

<sup>9</sup> Cass., 24 luglio 2007 n. 16315; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958; Cass., 10 luglio 2018, n. 18047. In dottrina, sul punto, F. DELFINI, *Dell’impossibilità sopravvenuta (Artt. 1463-1466)*, in *Comm. Cod. Civ.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 45 ss.; L. CABELLA PISU, *L’impossibilità della prestazione e la “sfera” del creditore nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Contr. Imp.*, 1998, 550 ss.

<sup>10</sup> Nonostante il lasso di tempo relativamente breve, la letteratura sul tema dell’influenza dell’emergenza Covid sui rapporti contrattuali può dirsi amplissima, se non sterminata.

<sup>11</sup> Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; *id.*, 23 marzo 1979, n. 1690; *id.*, 18 ottobre 1980, n. 5610 e prima *id.*, 16 febbraio 1963, n. 357

o addirittura estintivi. Questa tiepida considerazione del ruolo della buona fede era diffusa anche nella più autorevole dottrina tradizionale e trovava il proprio fondamento nel timore di eccessi di discrezionalità giudiziale. Autori come Rubino parlarono di “*Stato ficcanaso*” con riferimento alla formulazione dell’attuale art. 1366 c.c. e non può ritenersi, peraltro, che il predetto timore fosse ingenuo o eccessivo in coloro che ricordavano come il principio di buona fede avesse indotto la giurisprudenza tedesca ad ammettere la risoluzione della locazione stipulata con un conduttore ebreo.

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

- a) secondo una prima tesi (RODOTÀ), la buona fede oggettiva doveva assumere una funzione *integrativa* degli obblighi *del creditore e del debitore*, nel senso che, nell’ambito di ciascun rapporto obbligatorio, il debitore ed il creditore sarebbero obbligati non soltanto a tutte quelle condotte specifiche attinenti al particolare rapporto obbligatorio, ma ad una serie indeterminata di condotte accessorie dettate appunto dal dovere di correttezza (ad esempio, la buona fede potrebbe imporre al creditore di informare il debitore di essere impedito a ricevere l’adempimento, ecc.);
- b) secondo una tesi minoritaria (NATOLI), invece, la buona fede nel rapporto obbligatorio costituirebbe una sorta di *parametro di valutazione del comportamento del creditore*, volto a prevenire e impedire che il creditore, pur mantenendosi formalmente nell’ambito delle sue facoltà, abusi del suo diritto: gli autori che sostengono questa teoria negano che valga il brocardo romano, secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit* ed affermano, al contrario, la possibilità che anche il c.d. abuso del diritto faccia sorgere una responsabilità in capo al titolare del diritto stesso.

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

Negli anni successivi, si può dire che entrambe le suddette ricostruzioni siano state accolte nella giurisprudenza che, da un lato, ha valorizzato la “bilateralità” della buona fede e, dall’altro, ha riconosciuto la figura dell’abuso del diritto. La buona fede è assurta, così, a criterio oggettivo affidato al giudice per verificare nel caso concreto se *debitore e creditore si siano comportati lealmente cooperando reciprocamente l’uno per soddisfare l’interesse dell’altro*. Un appiglio sistematico alla c.d. bilateralità dell’obbligo di buona fede è presente nella Relazione al Re, ove si legge che il principio di correttezza e di buona fede «*richiama nella*

*sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore»* (ivi, § 558). La concezione “bilaterale” della buona fede ha consentito, quindi, di stabilire un legame di diretta emanazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. dal principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost.<sup>12</sup>

Nella sua accezione di fonte di integrazione degli obblighi contrattuali, la buona fede ha indotto all'affermazione in giurisprudenza di obblighi accessori di informazione o di collaborazione con la controparte contrattuale, come, ad es., l'obbligo dell'impresa esercente servizi di telefonia di comunicare tempestivamente al proprio cliente l'impossibilità di eseguire la prestazione e di adottare gli opportuni provvedimenti al fine del contenimento dei danni<sup>13</sup>, oppure l'obbligo del fornitore di consegnare la documentazione relativa al bene oggetto del contratto di leasing<sup>14</sup>. Intesa, invece, come *parametro per la valutazione del comportamento del creditore*, la giurisprudenza ha configurato ipotesi di abuso del diritto nel frazionamento ingiustificato della pretesa creditoria<sup>15</sup> e nel recesso *ad nutum* inopinato nei contratti di durata<sup>16</sup>.

Non mancano casi, invero, nei quali il richiamo al principio di buona fede, come limite all'operatività di una regola contestualmente affermata, appare alla stregua di un cedimento retorico o di stile, come è dimostrato dalla totale assenza di applicazioni giurisprudenziali di eccezioni alla regola, che soltanto la buona fede, secondo la proclamazione teorica, potrebbe giustificare. Si pensi, ad esempio, all'interpretazione dell'art. 1277 c.c. accolta dalle Sezioni Unite nel 2007<sup>17</sup> e all'affermazione per cui – a fronte dell'affermata “regola” dell'ammisibilità dell'estinzione dei debiti pecuniari mediante versamento della somma in denaro contante oppure con la consegna di assegno circolare – il rifiuto di quest'ultima modalità di pagamento potrebbe essere ritenuto legittimo «*solo per*

---

<sup>12</sup> La Suprema Corte ha affermato che *la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico* (Cass., 30 luglio 2004, n. 14605).

<sup>13</sup> Cass. 10 giugno 2016 n. 11914.

<sup>14</sup> Cass. 30 luglio 2004 n. 14605.

<sup>15</sup> Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726.

<sup>16</sup> Cass., 18 settembre 2009 n. 20106.

<sup>17</sup> Cass., S.U., 18 dicembre 2007 n. 26617.

*giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva*»: non consta, infatti – com’era del tutto prevedibile – una sola pronuncia giurisprudenziale, nella quale si rinvenga la legittimità del rifiuto di un assegno circolare per una asserita conformità del rifiuto stesso al parametro di buona fede. Si pensi, altresì, all’eventualità – parimenti adombrata dalle Sezioni Unite in una nota pronuncia in tema di c.d. “usurarietà sopravvenuta” – che la pretesa di interessi superiori al tasso soglia, sebbene legittima stante la non usurarietà del tasso pattuito al momento della stipulazione del contratto, possa risultare «*in presenza di particolari modalità o circostanze ... scorretta ai sensi dell’art. 1375 c.c.*»: anche in tal caso, la fantasia si affatica invano nella ricerca di ipotesi in cui l’esercizio di tale pretesa, fondata sulla validità della pattuizione contrattuale, possa risultare in concreto lesiva dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede.

La giurisprudenza si è spinta, poi, talvolta, fino a sanzionare con la nullità determinate pattuizioni, il cui contenuto risultasse in contrasto col principio di buona fede. Si è realizzata, così, talvolta, quella trasformazione delle *regole di condotta* in *regole di validità*, che le Sezioni Unite<sup>18</sup>, in materia di responsabilità precontrattuale dell’intermediario finanziario, avevano affermato, invece, di voler tenere nettamente distinte. Sennonché – oltre al noto “caso Fiuggi”<sup>19</sup> – in alcuni specifici ambiti, la stessa Suprema Corte ha qualificato come “nulle” alcune clausole contrattuali ritenute in contrasto con il principio di buona fede. Si pensi, ad esempio, alle operazioni di *leasing*, con riguardo alle quali un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>20</sup> ha dichiarato la contrarietà a buona fede – e, quindi, la nullità – delle clausole che sancivano l’esonero del concedente

---

<sup>18</sup> Cass., S.U., 19 dicembre 2007 n. 26724.

<sup>19</sup> Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, che sancì la nullità per contrarietà a buona fede della clausola, inserita nei contratti per l’esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale e per la locazione degli stabilimenti termali conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che attribuivano al concessionario “la piena libertà” di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, commisurando ad esso il canone pagato al Comune. Avvalendosi di tale clausola, infatti, l’Ente Fiuggi aveva conseguito il vantaggio di corrispondere al Comune un canone basso perché proporzionato al prezzo di vendita delle bottiglie ad altra società partecipata, la quale vendeva, invece, sul mercato a prezzo decuplicato, riversando poi un tale sproporzionato vantaggio in favore della società concessionaria. La S.C. affermò che una tale clausola è «contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la “regula iuris” del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l’interpretazione e l’esecuzione».

<sup>20</sup> Cass. 2 novembre 1998, n. 10926; Cass. 6 giugno 2002 n. 8222; Cass. 29 aprile 2004 n. 8218; Cass. 25 maggio 2004 n. 10032; Cass. 5 luglio 2004 n. 12279; Cass. 8 marzo 2005 n. 5003; Cass. 27 luglio /2006, n. 17145; Cass. 20 luglio 2007 n. 16158; Cass. 12 ottobre 2007 n. 20592.

da ogni responsabilità per la mancata consegna o per i vizi del bene fornito: orientamento, poi, confermato dalle Sezioni Unite<sup>21</sup>, secondo le quali, in caso di mancata consegna del bene, il principio di buona fede impone rispettivamente all'utilizzatore il dovere di immediata informazione nei riguardi del concedente e, al concedente, l'obbligo di solidarietà e di protezione dell'utilizzatore, che si estrinseca nella sospensione del pagamento del corrispettivo dovuto al fornitore.

A fronte, dunque, di un orientamento che spinge la buona fede verso l'area della validità delle pattuizioni contrattuali al di là delle ipotesi espressamente previste dal legislatore e pretende, quindi, di far discendere la nullità dalla violazione di un principio generale, si assiste, tuttavia, all'affermazione del medesimo principio in funzione limitativa degli effetti della nullità derivante dalla mancanza o illiceità dei tradizionali elementi essenziali del contratto. È ciò che è avvenuto con riguardo alle conseguenze della c.d. nullità "selettiva" di alcuni ordini di investimento, derivante dalla nullità per difetto di forma del contratto quadro di investimento. Secondo le Sezioni Unite<sup>22</sup>, infatti, a fronte della domanda dell'investitore diretta a ottenere la declaratoria di nullità soltanto di alcuni ordini di acquisto, l'intermediario può opporre l'eccezione di buona fede, consistente, in concreto, nella possibilità di "compensare" il danno lamentato dall'investitore con i vantaggi dal medesimo conseguiti dall'esecuzione dei diversi ordini che, sebbene eseguiti in attuazione dello stesso contratto quadro, abbiano generato utili e non siano stati, pertanto, oggetto di alcuna domanda di nullità derivata: *«può accertarsi – affermano i Supremi Giudici – che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluente nel petitum. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non*

<sup>21</sup> Cass., S.U., 5 ottobre 2015, n. 19785.

<sup>22</sup> Cass., S.U., 4 novembre 2019, n. 28314. Tra i commenti alla pronuncia, M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur civ. comm.*, 2020, II, p. 154 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur civ. comm.*, 2020, II, p. 176 ss.; S. MONTICELLI, *Le nullità selettive secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, *ivi*, 2020, II, p. 163 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, *ivi*, 2020, II, p. 169 ss.; *Id.*, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente debole?*, in *Persona e mercato*, 2019, p. 123 ss.

*contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede». In definitiva, si attribuisce alla buona fede il ruolo di eccezione limitativa degli effetti economici della declaratoria di nullità, con un'originale operazione ermeneutica, i cui esiti applicativi si sarebbero probabilmente conseguiti anche ricorrendo alla mera regola della *compensatio lucri cum damno*<sup>23</sup>.*

Dall'evoluzione giurisprudenziale appena sinteticamente illustrata si desume l'impressione di un uso talvolta incontrollato del principio di buona fede, affidato al giudice come strumento apparentemente normativo, ma in concreto extragiuridico, per determinare, di volta in volta, alla luce di un indeterminato parametro di valori appartenenti alla c.d. “coscienza sociale”, la validità, il contenuto e gli effetti delle pattuizioni contrattuali, con il rischio di preoccupanti arretramenti sul terreno della certezza del diritto. Una tale sussunzione della coscienza sociale al ruolo di parametro normativo è stata addirittura teorizzata e tradotta in una recente massima della Suprema Corte<sup>24</sup>, secondo la quale – espressamente – *«la correttezza (art. 1175 c.c.) e l'obbligo di fedeltà, lealtà e buona fede (art. 1375 c.c.) costituiscono disposizioni caratterizzate dalla presenza di elementi “normativi” e di clausole generali (Generalklauseln), il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la “spirale ermeneutica” (tra fatto e diritto), di essere integrato, colmato, sia sul piano della quaestio facti che della quaestio iuris, attraverso il contributo dell'interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall'ordinamento giuridico o da regole proprie di determinate cerchie sociali o di particolari discipline o arti o professioni, alla cui stregua poter adeguatamente individuare e delibare, altresì, le circostanze più concludenti e più pertinenti rispetto a quelle regole, a quelle valutazioni, a quei giudizi di valore, e tali non solo da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della tota res (realtà fattuale e regulae iuris), ma da consentire inoltre al giudice di pervenire, sulla scorta di detta complessa realtà, alla soluzione più conforme al diritto, oltre che più ragionevole e consona. Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura di norma giuridica, la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e me-*

---

<sup>23</sup> Sulla quale è intervenuta recentemente un'attenta e analitica rivisitazione da parte delle stesse Sezioni Unite: Cass., S.U., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567.

<sup>24</sup> Cass. 25 giugno 2020, n. 12714, in una vicenda nella quale era stato domandato l'accertamento della illegittimità del recesso, per assenza di giusta causa, da un contratto di produzione discografica.

*ramente contrappositiva, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli “standards” conformi ai valori dell’ordinamento esistenti nella realtà sociale».*

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

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

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

Tale caratteristica generale ed economicamente dirompente dell’emergenza pandemica ha comprensibilmente indotto il legislatore ad attribuire rilevanza



allo “squilibrio dell’assetto di interessi”, oggetto dell’originaria pattuizione dei contraenti. Occorre rammentare, infatti, che, nel nostro ordinamento, non vige un principio di necessaria proporzionalità oggettiva delle corrispettive prestazioni contrattuali e, proprio l’assenza di tale principio comporta, del resto, che il Codice Civile abbia limitato le previsioni di rescissione o risoluzione alle sole ipotesi di lesione *ultra dimidium* (art. 1448 c.c.) o di eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), senza attribuire, invece, alcuna rilevanza a sproporzioni che non assurgano al divario indicato da dette norme. Al contrario, per i contratti commutativi vale il principio generale, secondo cui, entro i limiti rientranti nell’alea normale del contratto, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi imprevedibili che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni<sup>25</sup>. Ciò comporta, ad esempio, la validità di compravendite, nelle quali il prezzo risulti oggettivamente sproporzionato all’effettivo valore del bene acquistato.

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

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

---

<sup>25</sup> *Ex plurimis*, Cass. 23 novembre 1999 n. 12989.

che soltanto un'acrobazia interpretativa potrebbe tentare di qualificare in termini di "impossibilità". In altri termini, lo squilibrio dell'assetto di interessi assume rilevanza anche a prescindere dalla specifica capacità economica della singola parte del rapporto contrattuale, che sia in grado di far fronte, dal punto di vista strettamente economico, all'adempimento della prestazione.

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

Esclusa, almeno nella generalità dei casi, per le ragioni dette, la possibilità di fare ricorso agli istituti dell'impossibilità (artt. 1463-1464 c.c.) o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1468 c.c.), appare opportuno il riferimento a un'azione generale di riduzione – *rectius*, di rimodulazione – delle reciproche prestazioni, fondata sull'*inesigibilità sopravvenuta* della prestazione nei tempi o nel contenuto pattuiti al momento della stipulazione del contratto. Ed è proprio con riguardo a tale inesigibilità che assume rilevanza il principio di buona fede, non potendo il contraente creditore esercitare legittimamente la pretesa di una prestazione, il cui adempimento, nella dinamica degli interessi economici delle parti, risulti privato di quella proporzionalità che le parti si erano ragionevolmente prospettate all'atto della stipulazione. La stessa Corte di Cassazione, del resto, ha già affermato che «*la buona fede oggettiva o correttezza la quale, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio*»<sup>26</sup>. Ecco, dunque, che la buona fede torna ad assumere il ruolo di criterio di valutazione del comportamento del creditore, in grado di attribuire natura abusiva alla pretesa di esercitare i diritti derivanti dal contratto, nei tempi e coi contenuti a suo tempo pattuiti.

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

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

Il principio di inesigibilità è stato invocato, ad esempio, dalle Sezioni Unite<sup>27</sup> per giustificare il potere giudiziale di riduzione *ex officio* della penale manifesta-

---

<sup>26</sup> Cass., 6 maggio 2020, n. 8494.

<sup>27</sup> Cass., S.U., 13 settembre 2005 n. 18128.

mente eccessiva (art. 1384 c.c.), ma ha trova riscontro anche in talune pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali espressamente si afferma l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite superiore alle pretese creditorie<sup>28</sup>.

Secondo il Giudice delle leggi<sup>29</sup>, infatti, quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o comunque superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato.

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

Si allude all' art. 1635 c.c. (*Perdita fortuita dei frutti negli affitti pluriennali*)<sup>30</sup>, che regola, nell'ambito del contratto di affitto di fondi rustici, le conseguen-

---

<sup>28</sup> L'art. 2 del d.l. 25 settembre 1987, n. 393, convertito nella legge 25 novembre 1987, n. 478, disponeva l'esonero dall'obbligo risarcitorio di cui all'art. 1591 c.c. in favore del conduttore di immobile non abitativo nell'ipotesi di comprovata sussistenza della difficoltà di reperire altro immobile idoneo. La C. Cost. (sentenza n. 22 del 1989) aveva qualificato tale previsione come una figura di temporanea inesigibilità della prestazione restitutoria, disposta dalla legge impugnata in esito a un bilanciamento degli interessi in gioco commisurato alla “grave difficoltà per il conduttore, dipendente da circostanze estranee alla sua volontà, di trovare un altro immobile adatto alle sue necessità di lavoro”. In considerazione di tale stato di fatto e limitatamente al periodo definito dalla data fissata giudizialmente per il rilascio, infatti, la legge – secondo C. Cost. 1 aprile 1992 n. 149 – giudicava più meritevole di tutela l'interesse del conduttore – costituzionalmente rilevante ai sensi dell'art. 41 Cost. – a non interrompere l'esercizio dell'impresa per il tempo occorrente a reperire un'altra sede, rispetto all'interesse antagonistico del locatore protetto dall'art. 42 Cost.

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

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

<sup>29</sup> Cfr. anche C. Cost. 3 febbraio 1994 n. 19

<sup>30</sup> *Se, durante l'affitto convenuto per più anni, almeno la metà dei frutti di un anno non ancora separati perisce per caso fortuito, l'affittuario può domandare una riduzione del fitto, salvo che la perdita trovi compenso nei precedenti raccolti.*

*Qualora la perdita non trovi compenso nei precedenti raccolti, la riduzione è determinata alla*

ze del perimento dei frutti di un anno per caso fortuito, come ad esempio, un evento atmosferico che abbia distrutto il raccolto.

Invero, nella locazione commerciale (artt. 27 ss.. l. n. 392/78) la legge non prende in considerazione l'eventuale mancanza di utili nell'arco di uno o più esercizi di bilancio aziendale: il rischio dei risultati dell'attività imprenditoriale grava, com'è ovvio, sul solo conduttore imprenditore, né potrebbe quest'ultimo invocare una presunta inesigibilità del credito al pagamento del canone da parte del locatore in conseguenza di una congiuntura di mercato o di fattori che abbiano impedito di conseguire la prevedibile produttività dell'impresa. Tale irrilevanza dell'andamento del mercato sui diritti economici del locatore si giustifica in base alla presunzione che i risultati dell'attività imprenditoriali dipendano, in tutto o in parte, dalle abilità dell'imprenditore conduttore. Viceversa, nel caso di imprenditore agricolo, sin dall'antichità è fatto notorio che l'opera prestata nei campi può essere dissolta in un baleno dalla grandine, da un'alluvione o da una neve fuori stagione. Ecco, quindi, che il legislatore disciplina le conseguenze di quello che a ragione può essere definito come un sopravvenuto "squilibrio dell'assetto di interessi", che appare iniquo far gravare esclusivamente sulla parte affittuaria. Pertanto, l'affittuario ha diritto a una «riduzione del fitto», che tuttavia «è determinata alla fine dell'affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi [e] il giudice può dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione alla perdita sofferta, [ma] la riduzione non può mai eccedere la metà del fitto». Per quanto possa destare stupore, dall'art. 1635 c.c. potrebbero essere proficuamente desunte analogicamente le più opportune regole per risolvere molte delle controversie che, nel settore delle locazioni, affliggono i tribunali in questi tempi di pandemia<sup>31</sup>.

Volendo riassumere, si può affermare, quindi, che l'emergenza pandemica, quale *fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito*, là dove renda inesigibile l'adempimento della prestazione secondo le caratteristiche ori-

---

*fine dell'affitto, eseguito il conguaglio con i frutti raccolti in tutti gli anni decorsi. Il giudice può dispensare provvisoriamente l'affittuario dal pagamento di una parte del fitto in proporzione della perdita sofferta.*

*La riduzione non può mai eccedere la metà del fitto.*

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

*Al perimento è equiparata la mancata produzione dei frutti.*

Per una disamina della norma, E. ROMAGNOLI-A. GERMANÒ, *Affitto di fondi rustici. Affitto a coltivatore diretto*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, diretto da F. GALGANO, Bologna-Roma, 1990, 366 ss.

<sup>31</sup> La norma impone altresì al giudice di tenere conto degli indennizzi che l'affittuario abbia conseguito o possa conseguire in relazione alla perdita sofferta (art. 1635, co. 4°, c.c.)

ginarie, può fondare un’azione di riduzione del corrispettivo, ovvero – nei contratti ad esecuzione continuata o periodica – una sospensione dell’obbligo di pagamento, in applicazione analogica delle norme dettate in materia tanto dal legislatore codicistico quanto da quello dell’emergenza. Si tratta, pertanto, di un rimedio conservativo, che meglio risponde al contemperamento degli interessi delle parti e che la giurisprudenza<sup>32</sup>, sulla base di plurimi indici normativi (artt. 1464, 1492, 1584, 1668) da lungo tempo considera un rimedio di carattere generale.

Non può escludersi, peraltro, che la parte danneggiata dalla situazione di emergenza preferisca il rimedio del recesso: si pensi al promissario acquirente, che – persa la propria opportunità di trasferimento in altra città per ragioni di lavoro – intenda recedere dal contratto preliminare di compravendita immobiliare. In tal caso, può trovare applicazione il rimedio del recesso, che è ormai preferito, nell’ipotesi di mancanza sopravvenuta dell’evento presupposto (consistente, nell’esempio, nella situazione di normalità dell’economia e del mercato del lavoro), al tradizionale ricorso all’azione giudiziale di risoluzione. Con riguardo, infatti, a quel “*presupposto imprescindibile della volontà negoziale*”<sup>33</sup>, la giurisprudenza – dopo aver lungamente inquadrato l’istituto nell’ambito della risoluzione giudiziale<sup>34</sup> – ha successivamente affermato<sup>35</sup> che «*il difetto di quei*

---

<sup>32</sup> Cass., S.U., 27 febbraio 1985 n. 1720.

<sup>33</sup> Questa è una delle più sintetiche definizioni adottate in giurisprudenza (Cass., 18 settembre 2009 n. 20245). L’istituto della presupposizione risale, com’è noto, alla dottrina tedesca (sul punto, *ex plurimis*, WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850, rist. Napoli 1982, con nota di lettura di SIMSHÄUSER) e, DOPO un iniziale sfavore (P. RESCIGNO, *Condizione*, *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 788; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 194; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Giuffrè, Milano 1975, p. 144; Cass., 29 luglio 1938 n. 3088, *Foro it.* 1939, I, 83, con nota di L. FERRARA; Cass., 25 luglio 1949 n. 1976, *Foro it. Mass.* 1949; in senso favorevole, Cass., 8 giugno 1948 n. 864, *Giur. it.* 1949, I, 1, c. 174, con nota di W. BIGIAMI), fu accolto, a partire dagli anni ’60, dalla giurisprudenza (Cass. 14 giugno 1966 n. 1544, *Foro pad.* 1967, I, 790; Cass. 18 maggio 1967 n. 1051, *ivi* 1968, I, 667; Cass. 17 settembre 1970 n. 1512, *ivi* 1972, I, 266, con nota di M. BESSONE; *Giur. it.* 1972, I, 1, 211, con nota di V. ROPPO; *Foro it.* 1971, I, 3028; Cass. 6 luglio 1971 n. 2104, *Giur. it.* 1973, I, 1, 282; Cass. 3 ottobre 1972 n. 2828, *ivi* 1974, I, 1, 835; Cass. 6 ottobre 1972 n. 2878, *Foro pad.* 1973, I, 361; Cass. 19 aprile 1974 n. 1080, *Foro it.* 1975, I, 968). Per una complessiva analisi della problematica, R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013 e, più recentemente, A.M. SERAFIN, *La presupposizione*, Napoli, 2021.

<sup>34</sup> Secondo l’orientamento prevalente, infatti, il fondamento normativo della presupposizione deve essere rinvenuto nell’art. 1467 cod. civ., che sarebbe a sua volta espressione del principio generale *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che la presupposizione costituisce un’ipotesi di risoluzione giudiziale del contratto *ex tunc* (ad esempio, Cass. 29 settembre 2004 n. 19563).

<sup>35</sup> Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1134, con nota di R. PENNAZIO; *Contr.*

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

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

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

La giurisprudenza già da tempo ha utilizzato il canone di buona fede per sindacare l'esercizio di diritti di fonte contrattuale e affermarne talvolta la natura abusiva. Si pensi – oltre che alle note ipotesi del recesso *ad nutum* dai contratti di apertura di credito o di concessione di vendita – all'esercizio del diritto di risoluzione del contratto, per il quale il richiamo al concetto di *buona fede*, avuto riguardo all'art. 1455 c.c., già si legge nella Relazione al Codice Civile (p. 432): «*il principio [di importanza dell'inadempimento], nonostante il silenzio del Codice del 1865, era già ammesso dalla coscienza giuridica comune quale criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale*». Anche per l'esercizio del diritto di risoluzione automatica mediante clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) – ipotesi nella quale, com'è noto, non si applica il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento – la Suprema Corte<sup>36</sup> ha affermato che il diritto di avvalersi della clausola è necessariamente governato dal principio di buona fede, che consente di valutare l'agire dei contraenti in ogni fase del rapporto.

Posto che la conformità a buona fede della condotta contrattuale deve essere valutata nel caso concreto e nella dimensione storica della vicenda, può ritenersi,

---

*Impr.*, 2008, 1, p. 11, con nota di A. Riccio, *La presupposizione è, dunque, una causa di recesso dal contratto*. Per un ampio commento alla pronuncia e alle sue implicazioni sistematiche, G. F. Aiello, *L'applicabilità del rimedio risolutivo al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 305 ss.

<sup>36</sup> Cass. 23 novembre 2015 n. 23868.

quindi, che una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento non debba essere accolta ove ritenuta la sua natura abusiva, consistente nella strumentalizzazione di un mancato o inesatto adempimento di una prestazione la quale, per la situazione di emergenza, non può considerarsi esigibile.

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

- a) il recesso per caparra confirmatoria, ad esempio, nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, esercitato dal promissario acquirente, a causa del ritardo nell'esecuzione dei lavori e nonostante le difficoltà del costruttore di approvvigionarsi dei materiali o di disporre delle maestranze al completo;
- b) l'escussione della fideiussione o della garanzia autonoma, prestata per l'adempimento di obbligazioni contrattuali (ad esempio, l'obbligazione di pagamento del canone da parte del conduttore);
- c) il recesso del conduttore, che esponga il locatore a non poter stipulare un nuovo contratto a causa della situazione di emergenza.

## **7. Buona fede e rinegoziazione del contenuto del contratto**

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

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

In secondo luogo, occorre tenere presente che i vincoli legali prodromici alla stipulazione del contratto sono di carattere eccezionale. Su ciò la giurisprudenza è pacifica. Si pensi alle ripetute pronunce che, in tema di prelazione legale del conduttore ad uso non abitativo, escludono il diritto del conduttore nel caso in cui l'alienazione abbia ad oggetto soltanto una mera quota di comproprietà, piuttosto che l'intera proprietà del bene. «*Nella materia delle prelazioni* – hanno affermato le Sezioni Unite<sup>37</sup> – *il relativo*

---

<sup>37</sup> Cass., S.U., 14 giugno 2007, n. 13886.

*diritto si sovrappone all'autonomia contrattuale e la limitazione del potere dispositivo del proprietario trova giustificazione nella funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), sicché il sacrificio imposto in funzione dell'interesse superindividuale conferisce alla norma che lo prevede l'inevitabile carattere della eccezionalità». Orbene, se l'eccezionalità è affermata per un vincolo relativamente blando come quello derivante dalla prelazione, che presuppone in ogni caso una manifestazione iniziale di volontà negoziale di una delle parti del contratto, a fortiori deve ritenersi eccezionale l'obbligo a contrarre.*

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

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

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



## 8. Conclusioni

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

- a) nella qualificazione dell'emergenza pandemica e nell'individuazione dei rimedi occorre, come sempre, prendere le mosse dal dato normativo, che, sul punto, propone, nel Codice Civile, la trascurata norma dell'art. 1635 c.c. e, nella legislazione dell'emergenza, le tre norme illustrate nel § 2, tra le quali si segnala, in particolare, l'art. 216, co. 3°, *decreto rilancio*, che fornisce la definizione della sospensione di alcune attività economiche come *fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito*;
- b) pertanto – ponendo un'eccezione alla regola dell'irrelevanza dello squilibrio sinallagmatico delle prestazioni – il legislatore dell'emergenza ha ritenuto tale fattore idoneo a fondare l'inesigibilità (totale o parziale) della prestazione e a giustificare la proposizione di “rimedi”, conseguenti al mutamento delle circostanze di fatto poste alla base dell'originaria stipulazione;
- c) tali rimedi consistono, da un lato – nell'ipotesi in cui la parte danneggiata perda ogni interesse all'esecuzione del contratto – nel “recesso per presupposizione”, e, dall'altro, nell'azione di riduzione del corrispettivo, qualora il contraente prediliga la conservazione del rapporto contrattuale, con l'ulteriore possibilità di avvalersi, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, del rimedio cautelare della sospensione dell'obbligo di adempimento (in applicazione analogica dell'art. 1635 c.c.);
- d) l'esercizio dei diritti della parte contrattuale creditrice (es. diritto di risoluzione; escussione di garanzie, etc.) può essere paralizzato (anche in via cautelare), ove si rinvenga un abuso del diritto;
- e) i rimedi dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile (artt. 1463-1464 c.c.) o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1468 c.c.) non risultano idonei in via generale, ma possono trovare applicazione soltanto in ipotesi specifiche;
- f) l'obbligo di rinegoziazione non può essere imposto alle parti contrattuali, in difetto di una norma fonte dell'obbligo e in ossequio al principio fondamentale di libertà negoziale.

## PARTE IV



## Inadempimento del contratto e tutela risarcitoria nel quadro della legislazione dell'emergenza sanitaria

SOMMARIO: 1. La responsabilità da inadempimento delle obbligazioni e il perimetro della tutela risarcitoria (cenni introduttivi). – 2. L'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. – 3. Il comma 6-bis tra esclusione e riduzione del risarcimento. – 4. Le obbligazioni pecuniarie.

### 1. La responsabilità da inadempimento delle obbligazioni e il perimetro della tutela risarcitoria (cenni introduttivi)

La responsabilità contrattuale, come noto, sorge per effetto della discrepanza tra la condotta tenuta dal debitore e quella cui lo stesso si sarebbe dovuto attenere in esecuzione di uno specifico *vinculum iuris* preesistente (non necessariamente di fonte contrattuale), preordinato al soddisfacimento dell'interesse del creditore. Di fronte all'inadempimento (o all'inesatto adempimento), la tutela risarcitoria mira, anzitutto, ad assicurare al creditore le utilità che avrebbe tratto se il rapporto obbligatorio avesse avuto (completa ed) esatta realizzazione. Da questo punto di vista, il risarcimento è – in certo senso – “mezzo succedaneo per ristabilir[e] la forza effettuale” dell'obbligazione, nel senso “che in caso di inadempimento [l'obbligazione] ha modo di riaffermare la sua caratteristica essenza di vincolo, perpetuantesi nella prestazione risarcitoria, ove non sia possibile procedere addirittura alla sua realizzazione in forma specifica (esecuzione forzata)”<sup>1</sup>. La corresponsione del valore della prestazione ineseguita si pone, quindi, quale effetto automatico della violazione del “programma obbligatorio”. Questa prima frontiera risarcitoria viene generalmente ricondotta al concetto di danno emergente, benché abbia come termine di riferimento oggettivo beni (o utilità) non facenti parte del patrimonio del creditore danneggiato<sup>2</sup>. Volendo istituire un

---

<sup>1</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, ora in *Scritti giuridici*, 1996, Padova, I, rispettivamente 378 e 377.

<sup>2</sup> V. C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 261; A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 254.

parallelo con la fattispecie della responsabilità extracontrattuale, si può dire che il pregiudizio di cui si sta discutendo assume il ruolo che, in quella, è svolto dal c.d. danno-evento<sup>3</sup> (inteso come “modo di essere della realtà che contrasta con un interesse giuridicamente tutelato e che è idoneo a impedire il soddisfacimento di questo”<sup>4</sup>), esprimendo una sorta di “ingiustizia *in re ipsa*”<sup>5</sup>.

Al di là del “danno emergente” sta, poi, il lucro cessante, sintagma mediante il quale, nel campo della responsabilità contrattuale, è possibile designare due distinte componenti di danno (sovente definite, rispettivamente, lucro cessante “intrinseco” ed “estrinseco”): da un lato, quello corrispondente all’aspettativa di profitto, per così dire, “incorporata” nel valore della prestazione<sup>6</sup> (che rappresenta pur sempre un diretto contraltare dell’inadempimento, siccome corrispondente al risultato economico che il creditore avrebbe ottenuto mediante la corretta esecuzione dell’obbligazione dedotta in contratto, e al quale, in ultima analisi, si rapporta la controprestazione<sup>7</sup>); dall’altro, il pregiudizio correlato a eventi ulteriori e distinti rispetto all’inadempimento in sé considerato. Se per il danno “intrinseco”, la delimitazione del pregiudizio risarcibile è affidata alla regola dell’art. 1225 c.c. (che lo riconnette al complesso degli interessi contemplati dal contratto), la risarcibilità del danno “estrinseco” è governata dalla regola della causalità adeguata di cui all’art. 1223 c.c., secondo una traiettoria coincidente con la re-

---

L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 174 ss., addirittura ascrive la tutela in discorso alla categoria dei rimedi (non già risarcitori, bensì) “specifici”, equiparandola a quella apprestata dagli artt. 948 o 2037 c.c.. L’Autore parla di “spiccata torsione in senso satisfattivo della misura compensativa, allorché essa venga programmaticamente asservita alla tutela di una specifica situazione di vantaggio: e ciò perché, nell’ipotesi in esame, l’obiettivo fondamentale del risarcimento del danno è quello di procurare al creditore, sia pure per equivalente, la stessa utilità che gli sarebbe pervenuta per il tramite della prestazione originaria” (p. 175).

<sup>3</sup> G. GRISI, *Delle obbligazioni*, a cura di V. CUFFARO, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, sub art. 1218 c.c., 32 s.

<sup>4</sup> L. CORSARO, voce *Responsabilità civile*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1987, 3.

<sup>5</sup> L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 174. Nello stesso senso A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, cit., 255.

<sup>6</sup> Osserva A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 234, che l’aspettativa del creditore non ha ad oggetto la sola prestazione, ma anche l’uso e il conseguimento, per mezzo di essa, di un profitto.

<sup>7</sup> Si veda A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 19 ss., che evidenzia come, in quest’ottica, la prestazione (al cui controvalore dev’essere commisurato il risarcimento) viene presa in considerazione dal punto di vista (non solo del valore di scambio, ma anche) del valore d’uso. Secondo D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 491, da tale angolo visuale danno emergente e lucro cessante “si semplificano e si concentrano in una sola dimensione”.

sponsabilità aquiliana<sup>8</sup>. Pertanto, se l'obbligazione aveva ad oggetto, per esempio, la consegna di un bene (fungibile), la corresponsione del relativo valore di mercato (o l'attribuzione di analogo bene) varrà a rifondere il creditore delle utilità originariamente connesse alla prestazione, oltre alle quali saranno risarcibili anche gli ulteriori guadagni che, secondo una successione causale "adeguata", il creditore avrebbe conseguito impiegando il bene in un'attività produttiva (o rivendendolo)<sup>9</sup>.

Nella prospettiva dell'art. 1225 c.c., a venire in gioco è la possibilità per il debitore di rappresentarsi la destinazione che, sulla base dell'interesse perseguito, il creditore intendesse dare alla prestazione dovutagli, sicché qui il concetto di prevedibilità incide sulla stessa esistenza del danno<sup>10</sup>. Dal punto di vista dell'art. 1223 c.c., invece, a venire in questione è la propagazione delle conseguenze pregiudizievoli da risarcire lungo una catena causale che si colloca all'esterno del perimetro delineato dall'interesse alla prestazione. La valutazione di prevedibilità, pertanto, è condotta, nel primo caso, al momento del sorgere dell'obbligazione e secondo un criterio soggettivo; nel secondo, al momento del verificarsi dell'inadempimento e secondo un criterio oggettivo di causalità, quale concatenazione di eventi alla stregua delle leggi statistico-scientifiche di riferimento<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Siamo al cospetto, in tale ultimo caso, di "danni ulteriori derivanti dall'inadempimento secondo il normale svolgersi del nesso di causalità", secondo l'espressione utilizzata da G. GRISI, *Delle obbligazioni*, cit., 172. "Rispetto a questa tipologia di pregiudizi" – osserva L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, cit., 183 – , "il giudizio di responsabilità riacquista, almeno in parte, la ragion d'essere sua propria".

<sup>9</sup> Afferma A. DI MAJO, *Una new age per le tutele contrattuali?*, in MAZZAMUTO (CUR.), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, 6, che il danno patrimoniale rappresenta, in primo luogo, una "forma di tutela della «aspettativa insoddisfatta» della prestazione mancata e/o difettosa (*expectations-interest*), e si traduce nell'ammacco patrimoniale da essa determinato (*id quod interest*). Vi sono, poi, i danni ulteriori, che sono conseguenza dell'inadempimento secondo un criterio di regolarità causale riconducibile all'art. 1223 c.c.".

<sup>10</sup> M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Tratt. Visintini*, Vol. III, Padova, 2009, 48. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. Roppo*, vol. V, tomo 2, Milano, 2006, 929, fa l'esempio della mancata consegna di "casce da imballo di poco valore", che il creditore (senza averne avvisato il debitore) intendeva utilizzare come arredi di un bar alla moda, la cui inaugurazione viene quindi rimandata a causa del ritardo nell'adempimento). In giurisprudenza, Cass. 18 settembre 2012, n. 15639, ha escluso la risarcibilità del danno lamentato dal promittente venditore per l'inadempimento, da parte del promissario acquirente, dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo di compravendita di un immobile altrui; danno che, in quanto fatto consistere dall'attore nella necessità di ritrasferire il bene al proprietario, doveva ritenersi esorbitante dalla sfera di prevedibilità delineata dall'art. 1225 c.c. (che pertiene, invece, al pregiudizio legato a una ricollocazione sul mercato del bene a condizioni più svantaggiose per il contraente non inadempiente).

<sup>11</sup> La giurisprudenza tende, per vero, (quantomeno nelle formule verbali utilizzate) a sovrapporre i due concetti, "con l'esito di dissolvere la prevedibilità stessa nel concetto di regolarità causale" (M.R.

## 2. L'art. 3, comma 6-bis, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6

Nel quadro delle norme dettate per fronteggiare le conseguenze della pandemia da Covid-19, particolare rilievo assume il comma 6-bis dell'art. 3 del d. l. 23 febbraio 2020, n. 6 (aggiunto dall'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27), il quale dispone che "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutat[o] 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". Nonostante la norma faccia espresso riferimento alle sole misure "di cui al presente decreto", è ragionevole ipotizzare che essa si applichi, in via generale, a tutte le misure di contenimento via via adottate dall'autorità<sup>12</sup>. Né pare potersi limitare la sua portata ai contratti pubblici, come pure potrebbe far pensare la rubrica dell'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020<sup>13</sup>. L'interpretazione estensiva prevale, infine, anche dal punto di vista oggettivo e soggettivo dell'obbligazione, nel senso di ritenere la norma invocabile da qualsivoglia debitore nei confronti di qualsiasi creditore (indipendentemente dalla natura di persona fisica o ente collettivo, nonché dagli scopi per cui le parti siano addivenute alla contrattazione<sup>14</sup>) e con riguardo a qualsiasi tipo di obbligazione<sup>15</sup>.

Il comma 6-bis discorre – letteralmente – di esclusione della responsabilità del debitore, con espressione che sembrerebbe circoscriverne l'applicazione alla sola tutela risarcitoria<sup>16</sup>. Non è mancato, peraltro, chi, riferendo tale espressione

---

MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 49; in giurisprudenza, si vedano, per esempio, Cass. 31 luglio 2014, n. 17460 e Cass. 29 luglio 2011, n. 16763.

<sup>12</sup> In tal senso, R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *www.giustiziacivile.com*, approfondimento del 6 maggio 2020.

<sup>13</sup> Che recita "Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici".

<sup>14</sup> Ancora G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità*, in *Leggi civ. comm.*, 2020, 571, che sottolinea la diversità d'impostazione del diritto tedesco, il cui novellato art. 240 dell'EGBGB si applica soltanto ai consumatori o alle c.d. microimprese.

<sup>15</sup> Ancora DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento*, cit.

<sup>16</sup> Ben diversa, invece, è la formulazione dell'art. 216, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, secondo cui la "sospensione delle attività sportive (...) è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile (...), quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati". In questo caso, è evidente l'afferenza della disposizione al piano degli obblighi primari di prestazione, con il quale è coerente la misura della riduzione del canone locatizio per cinque mensilità (da marzo a luglio 2020).

all'inadempimento in sé considerato, ne ha ampliato il raggio d'azione fino a farvi rientrare l'accertamento dell'impossibilità della prestazione ai sensi dell'art. 1256 c.c. Alla stregua di tale interpretazione, la necessità di rispettare le misure di contenimento renderebbe, a monte, temporaneamente impossibile la prestazione<sup>17</sup>, con conseguente sospensione del diritto del creditore di pretendere l'adempimento<sup>18</sup>. L'inadempimento, in definitiva, rileverebbe "solo come mero fatto, essendo privo di illiceità per l'operare della causa di giustificazione di cui al comma 6-bis"<sup>19</sup>, sicché sarebbe inidoneo a fondare non solo la responsabilità risarcitoria, ma anzitutto i rimedi primari *ex art.* 1463 e 1464 c.c.

In questa sede, si concentrerà l'attenzione sulle sole conseguenze risarcitorie, in uno scenario che ipotizza, dunque, l'esclusione dell'obbligo risarcitorio in capo al debitore nonostante la prestazione non sia divenuta oggettivamente impossibile a causa delle misure contenitive, sul presupposto che tali misure abbiano "creato per il debitore ostacoli e impedimenti (astrattamente superabili con uno sforzo non esorbitante i limiti della diligenza cui il debitore è tenuto *ex art.* 1176 c.c., ma) a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli"<sup>20</sup>. Saremmo di fronte a una speciale causa di esonero dalla responsabilità contrattuale, che non incide sul requisito della possibilità/impossibilità della prestazione, ma opera – a valle – sul solo versante della responsabilità.

Comune a entrambe le opzioni, in ogni caso, è la necessità di accertare la sussistenza di un nesso causale tra gli effetti delle misure contenitive normativamente previste e l'inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore. La formulazione letterale del comma 6-bis non sembra introdurre significative modificazioni in ordine al regime dell'onere probatorio (pur sempre incombente sul debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c.<sup>21</sup>), ma sottolinea (mediante l'avverbio "sempre") l'imprevedibilità della valutazione giudiziale della necessità di rispettare

---

<sup>17</sup> Salvo a identificare l'impossibilità secondo un criterio rigidamente oggettivo, ovvero anche in termini di inesigibilità soggettiva della prestazione: in tale ultimo senso S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*, in *Corr. giur.*, 2020, 1098.

<sup>18</sup> In tal senso T.V. RUSSO, *L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 156.

<sup>19</sup> COSÌ A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *www.giustiziacivile.com*, editoriale del 3 aprile 2020.

<sup>20</sup> G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità*, cit.

<sup>21</sup> C. MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, in *Contr.*, 2020, 454.



le misure di contenimento (rilevanti alla stregua di fatto notorio). Si verifica, dunque, una sorta di agevolazione probatoria per il debitore, il quale, ferma restando la (notoria) valenza delle misure anti-contagio, dovrebbe limitarsi a dimostrare il nesso di derivazione causale dell'inadempimento rispetto alla necessità di uniformarsi<sup>22</sup>. Un'altra opinione sembra istituire, invece, un automatismo tra rispetto delle misure contenitive del virus e assenza di responsabilità del debitore, nel senso che "ove le misure siano state rispettate il debitore non sarà mai responsabile"<sup>23</sup>.

### 3. Il comma 6-bis tra esclusione e riduzione del risarcimento

L'ipotesi di lavoro, come già anticipato, è che, pur al cospetto di un inadempimento imputabile (derivante dal fatto che la necessità di ottemperare alle misure di contenimento del virus non ha reso, in concreto, impossibile la prestazione), il giudice possa escludere (in tutto in parte) l'obbligo risarcitorio cui quest'ultimo sarebbe tenuto *ex art. 1218 c.c.*. La rubrica dell'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020 discorre, infatti, di "ritardi o inadempimenti contrattuali", ciò che ben si concilia con una ricostruzione secondo la quale i presupposti oggettivi dell'inadempimento imputabile al debitore debbano pur sempre sussistere<sup>24</sup>.

Il peculiare atteggiarsi del caso concreto potrebbe far emergere ipotesi in cui le misure contenitive abbiano reso l'esecuzione della prestazione (o l'apprestamento dei mezzi a tal fine occorrenti) significativamente più difficile, imponendo al debitore sforzi onerosi. Si pensi, per esempio, al caso in cui, nonostante un termine sufficientemente ampio per l'adempimento, nell'azienda del debitore si

---

<sup>22</sup> R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *www.giustiziacivile.com*, approfondimento del 27 aprile 2020, 12 s.. Sostiene N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown sui contratti*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 653, che la disposizione in discorso "pare destinata a incidere essenzialmente sul regime probatorio dell'inadempimento, fissando un giudizio legale sulla potenziale idoneità del necessario rispetto delle misure di contenimento a produrre ipotesi di impossibilità della prestazione". Sulla stessa scia S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*, cit., 1098 s..

<sup>23</sup> M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *www.giustiziacivile.com*, editoriale del 21 aprile 2020, 6, il quale peraltro, nel ricercare il senso del richiamo all'art. 1223 c.c., contenuto nel comma 6-bis, evoca l'ipotesi in cui, per il rispetto delle misure di contenimento, la prestazione sia divenuta non già impossibile, ma solo "particolarmente onerosa": scenario, questo, in cui la responsabilità del debitore sembrerebbe coesistere con il rispetto delle misure.

<sup>24</sup> Così, lapidariamente, Trib. Milano 24 luglio 2020, in *Banca borsa.*, 2020, II, 759.

sia verificato un elevato numero di contagi tra i dipendenti (e comunque non sia possibile mantenere la produzione a pieno regime per la necessità di uniformarsi ai protocolli del distanziamento sociale tra i lavoratori); o a quello in cui, benché il contratto sia stato stipulato dopo l'insorgenza della pandemia (e la conseguente emanazione delle misure di contenimento), un imprevisto mutamento della legislazione di un Paese straniero abbia impedito al fornitore estero di trasportare la materia prima o i semilavorati su cui il debitore faceva affidamento. In frangenti di questo tipo il debitore resterebbe pur sempre inadempiente, ma la norma, "in via del tutto eccezionale, esclud[erebbe] l'insorgenza della pretesa risarcitoria della quale il creditore dovrebbe a rigore divenire titolare ex art. 1218 c.c."<sup>25</sup>. A essere valorizzato sarebbe dunque il contegno soggettivo del debitore, le cui difficoltà nel predisporre l'adempimento, a causa della necessità di rispettare le prescrizioni dettate dall'Autorità a tutela della salute pubblica, potrebbero esporlo, al più, a un rimprovero di "colpa lieve", di cui il giudice potrebbe tener conto in sede di determinazione del danno risarcibile.

Di là dall'ipotesi di una esclusione *tout court* del risarcimento, ci si deve chiedere se il richiamo all'art. 1223 c.c., contenuto nel comma 6-bis, rappresenti nient'altro che il secondo corno di un'endiadi, che lo accosta all'art. 1218 c.c., ovvero se nello stesso sia possibile individuare la spia di un'ulteriore frontiera applicativa della norma.

Secondo alcuni, si tratterebbe di un riferimento, sostanzialmente pleonastico, alle regole generali in tema di causalità giuridica<sup>26</sup>. Altri ha fatto notare che la formulazione letterale della norma (che parla unicamente di "esclusione" della responsabilità del debitore) sembrerebbe non ammettere alternativa al diniego radicale del risarcimento, sicché ipotizzare che il giudice possa ridurre nel

---

<sup>25</sup> COSÌ G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità*, cit. Secondo T. DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contratti*, 2020, 356, "si tratta di attingere dal motivo del *factum principis*, per declinare però quell'argomento sul piano della diligenza del debitore in relazione alla tempestività dell'adempire".

<sup>26</sup> R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, cit., sostiene che la menzione dell'art. 1223 c.c. svolgerebbe "la limitata funzione di avvertire che l'ottemperanza alle misure di contenimento può, rispetto alla situazione di normalità in cui tali misure sono assenti, in certi casi ridurre l'entità del danno (se, per esempio, il debitore sia responsabile per non avere consegnato merce che, comunque, il creditore della prestazione non avrebbe potuto utilizzare, in quanto la sua attività era in quel momento completamente bloccata) e in altri casi aumentarla (si pensi alla mancata consegna di dispositivi di protezione individuale), anche se l'applicazione dell'art. 1223 c.c. e i conseguenti oneri di prova a carico del danneggiato escludono già di per sé la liquidazione di somme non corrispondenti all'entità del danno effettivamente subito e provato".

*quantum* il risarcimento dovuto al creditore aprirebbe il campo a una “eccessiva discrezionalità valutativa dell'autorità giudiziaria”, poco compatibile con la natura eccezionale della disposizione, che ne precluderebbe un'interpretazione estensiva mediante il ricorso alla disciplina generale del contratto<sup>27</sup>.

In realtà, il riferimento all'art. 1223 c.c., a volerlo leggere autonomamente<sup>28</sup> (e non come orpello accessorio rispetto all'art. 1218 c.c.), può essere valorizzato nel senso di consentire al giudice, sul piano delle conseguenze ulteriori dell'inadempimento, di escludere solo in parte l'obbligo risarcitorio, valutando “equitativamente” tipologia e misura dei pregiudizi che non sia opportuno porre a carico del debitore, siccome cagionati – in ultima analisi – dalla situazione emergenziale legata alla pandemia, e non già dal suo inadempimento<sup>29</sup>. Il comma 6-*bis* funzionerebbe, quindi, “come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un'applicazione limitata al periodo emergenziale, a quelle di cui all'art. 1227 c.c.”<sup>30</sup>. Il giudice potrebbe, allora, sceverare “dai pregiudizi, per lo meno in parte, l'entità dell'aggravamento prodottosi durante il periodo di tempo scandito dalla sospensione o dalle limitazioni delle attività economiche, tenuto conto della difficoltà per il debitore di correggere il proprio iniziale inadempimento ovvero di procedere all'adempimento sanante”<sup>31</sup>. Si assisterebbe, in definitiva, a una parziale decurtazione dell'onere risarcitorio, suscettibile di esprimere, sul piano della liquidazione, un'eccezionale incidenza concausale delle misure contenitive rispetto a pregiudizi pur sempre riconducibili, dal punto di vista eziologico, al fatto del debitore.

---

<sup>27</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità*, cit.

<sup>28</sup> In questo modo, nota F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contr.*, 2020, 506 s., “l'art. 1223 c.c. è restituito alla sua vera funzione che, inforcando le lenti della dogmatica, appare risiedere nella selezione dei pregiudizi rilevanti in sede di risarcimento. E per di più non di tutti i pregiudizi, ma soltanto di quelli definiti come consequenziali o estrinseci. La rilevanza del danno primario, o intrinseco, si ricava, invece, dall'art. 1218 c.c., giacché esso coincide con il risultato dovuto mediante la prestazione soltanto con il segno negativo. In altri termini, il danno primario o intrinseco consiste nel valore economico dell'utilità finale che l'obbligazione è preordinata a procurare al creditore e rispetto a tale pregiudizio non sorgono questioni causali né è necessario compiere quel giudizio social-tipico, ancorato alla frequenza dell'accadimento – il risalente *id quod plerumque accidit* – cui allude l'art. 1223 c.c. con la formula infelice delle «conseguenze immediate e dirette»”.

<sup>29</sup> C. MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, cit., 454 s..

<sup>30</sup> A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit..

<sup>31</sup> F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., 507.

Il richiamo all'art. 1223 c.c. potrebbe, inoltre, operare anche sul terreno della prevedibilità *ex art. 1225 c.c.*, in funzione “mitigante” della liquidazione di pregiudizi che – per quanto, in certa misura, prevedibili – si mostrino obiettivamente “eccessivi”, come tali non meritevoli di essere posti (quantomeno integralmente) a carico del debitore<sup>32</sup>. Si pensi a un contratto per la fornitura di presidi sanitari contro il virus, concluso nel periodo iniziale del dilagare della pandemia: ebbene, si potrebbe anche immaginare che il profitto che il creditore avrebbe potuto realizzare, rivendendo le mascherine a prezzo sensibilmente rincarato, fosse prevedibile da parte del debitore inadempiente all'obbligazione di consegna; tuttavia, la meritevolezza del contegno di quest'ultimo (che, pur adoperatosi con l'ordinaria diligenza per l'adempimento, non sia riuscito a portare a termine la consegna, a causa della necessità di rispettare le misure contenitive) potrebbe essere valorizzata dal giudice per escludere, dai danni risarcibili, quella porzione di profitto corrispondente al *surplus* di rincaro registratosi sul mercato nel periodo successivo alla scadenza del termine originariamente fissato per l'adempimento.

Una funzione peculiare del richiamo dell'art. 1223 c.c. potrebbe essere, infine, “quella di operare sulla determinazione, in senso contenitivo, dei danni prodotti da inadempimenti precedenti all'entrata in vigore delle norme emergenziali”<sup>33</sup>. Si pensi all'obbligo dell'appaltatore di consegnare l'opera, il cui termine sia scaduto prima dello scoppiare dell'emergenza e della conseguente emanazione delle disposizioni restrittive: l'appaltatore che, dopo l'avvento delle misure – e a causa di queste (per esempio, per le difficoltà nell'approvvigionamento delle materie prime o di lavoratori destinata a sostituire quella costretta a casa per ragioni sanitarie) –, protragga il ritardo, potrebbe essere esonerato (almeno in parte) dal danno patito dal creditore per non aver potuto rispettare, a sua volta, il termine essenziale fissato per la stipula del contratto (definitivo) di compravendita del bene oggetto dell'appalto.

Con tutti i distinguo del caso, si potrebbe allora istituire un parallelismo con la disposizione di cui all'art. 7, comma 3, l. 8 marzo 2017, n. 24, secondo cui, nella determinazione del risarcimento dovuto dall'esercente la prestazione sanitaria, il giudice tiene conto della sua condotta “ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”<sup>34</sup>. In entrambe le fattispecie, siamo di fronte a una deroga

---

<sup>32</sup> Per un accenno in tal senso, si veda R. FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1681.

<sup>33</sup> Ancora PIRAINO, *La normativa emergenziale*, cit., 507.

<sup>34</sup> Il riferimento è al caso in cui, non involgendo la prestazione “problemi tecnici di speciale difficoltà” (art. 2236 c.c.), il medico si sia attenuto alle linee-guida correttamente selezionate rispetto al caso in questione, incorrendo ciononostante in un errore di lieve entità *in executivis*.

– da considerarsi pienamente legittima – al principio di integrale riparazione del danno<sup>35</sup>, che, nel caso del comma 6-bis, si farebbe veicolo di istanze equitative particolarmente pregnanti, suscettibili di condurre financo all'azzeramento del risarcimento. Così, laddove, al momento dell'entrata in vigore delle misure di contenimento, il debitore fosse già in mora, pur non potendosi evitare l'effetto di traslazione del rischio di cui all'art. 1221 c.c., il giudice potrà non tener conto, nella quantificazione del danno, del periodo intercorrente tra l'adozione della misura e la cessazione della relativa efficacia. D'altro canto, in un rapporto a esecuzione continuata, alla prosecuzione del quale le parti si mostrino comunque interessate, il giudice potrebbe valorizzare la possibilità per il debitore di "recuperare" l'adempimento delle singole prestazioni omesse al termine del periodo di emergenza (ovvero la possibilità di effettuarle in tempi maggiormente dilatati rispetto alle scadenze pattuite). Ancora, nell'ipotesi in cui fosse stata prevista una clausola penale, potrebbe ipotizzarsi un più penetrante potere riduttivo officioso *ex art. 1384 c.c.*, avuto riguardo, questa volta, non già all'interesse del creditore, ma al contegno soggettivo del debitore.

Un'ulteriore, possibile estrinsecazione del potere "riequilibrante" del giudice viene prospettata da chi ritiene che questi, nell'ipotesi in cui la prestazione rimanga possibile (e, dunque, si configuri l'inadempimento del debitore che non l'abbia esattamente eseguita), possa escludere la responsabilità in considerazione del rispetto delle misure di contenimento, contestualmente operando una revisione del contenuto del contratto in via equitativa<sup>36</sup>. Si verificherebbe, in tal modo, un effetto non dissimile alla rinegoziazione<sup>37</sup>, senza passare attraverso la preventiva configurazione del corrispondente obbligo in capo alle parti (e del conseguente rifiuto del creditore di addivenirvi). In questa prospettiva il giudice,

---

<sup>35</sup> Principio che esprime la necessità che il risarcimento corrisponda all'intera gamma dei pregiudizi occorsi alla vittima in conseguenza del fatto illecito, e che non riveste valenza costituzionale (si veda G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (cur.), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67), potendo essere derogato vuoi dalla regolamentazione pattizia (art. 1229 c.c.), vuoi da disposizioni di legge.

<sup>36</sup> M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, cit., 7.

<sup>37</sup> Sulla quale si possono sinteticamente richiamare F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus civile*, 2020, 465, nonché, anche per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, M. DE PAMPHILIS, *Rinegoziazione e default rule – Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, Bononia university press, 2020.

pur formalmente operando nella dimensione risarcitoria, finirebbe per incidere, nella posizione di un sostanziale arbitratore *ex art.* 1349 c.c.<sup>38</sup>, sul rapporto primario dell'obbligazione, in una logica che potrebbe *lato sensu* accostarsi a quella del risarcimento in forma specifica.

#### 4. Le obbligazioni pecuniarie

Una volta circoscritto il campo d'indagine al risarcimento del danno, è possibile verificare l'impatto del comma 6-*bis* sull'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie (per le quali, come noto, l'impossibilità della prestazione è tendenzialmente da escludersi). Nelle ipotesi in cui il pagamento esporrebbe il debitore alla compromissione di propri interessi fondamentali ovvero al disastro economico<sup>39</sup>, si ritiene che il giudice, pur al cospetto di un'obbligazione rimasta possibile, possa escludere – alla stregua di una valutazione improntata al principio di buona fede – il risarcimento del danno da ritardo<sup>40</sup>. Pertanto, nel caso in cui il termine di adempimento, al momento dell'intervento delle misure contenitive, non fosse ancora scaduto, non dovrà farsi luogo all'applicazione dell'art. 1224 c.c., con la conseguenza che il creditore, per tutto il periodo di efficacia delle misure, non potrà pretendere gli interessi (legali – eventualmente *ex art.* 5 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – o convenzionali), né il maggior danno di cui al secondo comma della disposizione citata. La scadenza delle misure di contenimento determinerà il prodursi della mora *ex re* ai sensi dell'art. 1219, n. 3, c.c. Nel caso in cui, invece, la mora del debitore si fosse realizzata precedentemente, gli interessi moratori non saranno dovuti a partire dal momento in cui le misure abbiano impedito l'adempimento<sup>41</sup> (anche in questo caso, naturalmente, fino alla

---

<sup>38</sup> DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 808.

<sup>39</sup> Entrambe le situazioni sono ben illustrate in F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., 500 s. Si veda anche G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità*, cit..

<sup>40</sup> Si potrebbe fare l'esempio di una fornitura il cui pagamento sia stato fissato a un certo termine (per esempio, a 60 gg.), in ragione del fatto che il destinatario, promittente venditore alla stregua di un contratto preliminare precedentemente concluso con un terzo, faccia conto di procurarsi la provvista necessaria al pagamento, a seguito della stipula del contratto definitivo, fissata 30 giorni prima della scadenza. Nel caso in cui, per ragioni legate al rispetto delle misure di contenimento, la stipula del contratto definitivo fosse stata rinviata su richiesta del promissario acquirente, il ritardo nel pagamento del corrispettivo della fornitura da parte del promittente venditore potrebbe essere ritenuto "scusabile", sulla scorta di una complessiva valutazione improntata alla buona fede.

<sup>41</sup> Contrario, con riferimento all'ipotesi in cui il debitore fosse stato costituito in mora anteriormente

scadenza di queste ultime). La prestazione oggetto dell'obbligazione pecuniaria non cessa, peraltro, di essere dovuta<sup>42</sup>, sicché, nei contratti aventi ad oggetto prestazioni periodiche, i canoni venuti a scadenza nel periodo di vigenza delle misure contenitive torneranno ad essere esigibili al termine dello stesso, non essendo previsto uno slittamento in avanti dei termini contrattuali, per un periodo corrispondente a quello di vigenza delle misure di contenimento. Resta dubbio, peraltro, se la non debenza degli interessi moratori impedisca al creditore di esigere gli interessi corrispettivi *ex art. 1284 c.c.*<sup>43</sup>.

---

all'emanazione delle misure, R. FURNASARI, *Soppravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, cit., 1679 s, il quale peraltro sembra ragionare comunque in termini di possibilità/impossibilità della prestazione.

<sup>42</sup> Mostrandosi eccentrico rispetto al sistema ipotizzare che il giudice possa discrezionalmente incidere sul *quantum* della prestazione dedotta in obbligazione. Dinanzi a un'obbligazione pecuniaria, egli potrà, pertanto, escludere la corresponsione degli interessi moratori, ma non stabilire la liberazione *tout court* del debitore (ipotesi, quest'ultima, avanzata invece da A. A. DOLMETTA, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020), in *Banca borsa*, 2020, 151, il quale ritiene che all'avvenuta liberazione seguirebbe l'applicazione delle regole di cui agli artt. 1453 e 1464 c.c.).

<sup>43</sup> G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità*, cit., nt. 15, dà conto del fatto che questa è la soluzione adottata dal legislatore austriaco.

## La rinegoziazione: attualità e prospettive

SOMMARIO: 1. Una premessa contro i ‘negazionisti’ – 2. La rinegoziazione dei contratti nel sistema e il problema della gestione delle sopravvenienze nel sistema tra disciplina generale e singoli contratti – 3. L’approccio dell’ordinamento francese e tedesco nel confronto con il diritto italiano – 4. Il contratto come programma funzionale a un risultato da realizzare – 5. (*segue*) Attività d’impresa e contratto come suo strumento – 6. Spunti da alcune recenti esperienze di ‘ricodificazione’ del diritto dei contratti con soluzioni innovative in tema di sopravvenienze – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. Una premessa contro i ‘negazionisti’

Sembra opportuna una premessa, di tipo metodologico, indotta dall’atteggiamento ‘negazionista’, per così dire, – riguarda alcuni giuristi: esponenti tanto della dottrina, quanto della giurisprudenza –, secondo cui la rinegoziazione e, ancor più, la figura dell’obbligo di rinegoziare non potrebbero, allo stato, trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

Posto che discorrere di rinegoziazione significa, senza dubbio, riferirsi non già a una categoria giuridica della tradizione civilistica, ovvero a un istituto del diritto dei contratti (ancorché, in dottrina, se ne parli da oltre un ventennio), si è detto, nella prospettiva che si è voluta definire ‘negazionista’ (in quanto intesa alla svalutazione della stessa rilevanza del tema) che, in fondo, si tratta di prendere atto della rilevanza meramente empirica di un fatto (ossia il rinegoziare). I tratti meramente empirici della figura giustificerebbero, in questo senso, lo scetticismo del civilista<sup>1</sup> e, in coerenza con l’impostazione rigorosamente gius-forma-

---

<sup>1</sup> Quale concetto giuridico, la rinegoziazione incontrerebbe un duplice ostacolo: il primo «nella fluida varietà delle sue specie e quindi nella disomogeneità delle sue caratteristiche distintive»; il secondo, nella circostanza che le espressioni rappresentano «piuttosto delle semplici fattispecie che un istituto». Le espressioni testuali sono tratte da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 668, il quale nega, coerentemente con l’impostazione di fondo, la possibilità di individuare «un complessivo e unitario istituto del diritto privato, dalla fattispecie determinata e dagli effetti costanti; e comunque», prosegue l’autore, «non è utile farlo, non potendosi per tal via giungere ad alcun risultato pratico» (*ivi*, 669).



lista della riflessione cui s'è fatto cenno, si afferma così che l'idea di un gruppo di regole specifiche e costanti relative al fenomeno della rinegoziazione sarebbe «pura illusione ottica»<sup>2</sup>.

Questo atteggiamento dottrinale potrebbe essere, naturalmente, condiviso da una parte della giurisprudenza, configurandosi, in questo modo – se proprio si volesse nobilitare, in un certo senso, il rifiuto di considerare la problematica come una delle frontiere del diritto dei contratti e del diritto privato più in generale –, una questione di metodo o, più semplicemente, di sensibilità da parte del giurista rispetto alle novità, ossia alle problematiche che non possano vantare una storia lunga e radicata nel pensiero giuridico, ovvero, in alternativa, una previsione normativa formale esplicita, dunque sufficientemente tipizzata dal legislatore.

È evidente che non esiste, allo stato nel nostro ordinamento, una siffatta previsione, con la veste di norma generale, sulla rinegoziazione quale tecnica di gestione delle sopravvenienze, che comprenda anche obblighi a carico dei contraenti. Ma si dimentica di considerare, da parte dei 'negazionisti', che una disposizione del genere non soltanto ben avrebbe potuto esserci, se non altro come norma dell'emergenza – così come sono state introdotte diverse nuove disposizioni con valenza civilistica generale, nel frangente della pandemia –, ma, soprattutto, la stessa potrebbe figurare persino nel codice civile e, anticipando il risultato della breve riflessione che segue, ritengo che ciò sarebbe del tutto razionale, sicché davvero non si comprende la ragione che impedirebbe al giurista – in sede tanto dottrinale, come del resto è avvenuto, si diceva da oltre un ventennio, non soltanto nel nostro ordinamento – di rinvenire, nelle norme e nei principi del diritto dei contratti, tutele che operino in modo coerente con l'ordinamento ed efficace, rispetto agli interessi in gioco, anche in assenza di un'esplicita previsione legislativa.

La soggezione del giudice alla legge non dovrebbe infatti impedire di individuare soluzioni nuove, in quanto non espressamente previste, purché le stesse siano sistematicamente coerenti e, s'è detto, funzionali alla tutela degli interessi in questione. Ciò non significa, naturalmente, che l'intervento del legislatore – come si potrà osservare meglio nelle considerazioni conclusive – non sia

---

<sup>2</sup> In quanto «per lo più si tratta semplicemente dell'ovvia applicazione alla negoziazione circa la modifica di un contratto già concluso, dei consueti principi di ogni trattativa», rimanendo travolta anche la fattispecie dell'obbligo di rinegoziare, poiché, «quando realmente il diritto legittima la revisione giudiziale, è dubbio che questa sia esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare e non invece integrazione equitativa del patto, alternativa e non attuativa della rinegoziazione» (così sempre GENTILI, *op. cit.*, 670).

auspicabile. Operando in questo modo, non ci si porrebbe certamente in una prospettiva – come è stato detto, dal punto di vista processuale civile – di “paternalismo giudiziario”, posto che in gioco è soltanto lo svolgimento della funzione giurisdizionale, nel tentativo di saldare le norme formali e i principi che ne costituiscono il fondamento con la realtà dei rapporti economico-sociali e con gli interessi concretamente in gioco.

## 2. La rinegoziazione dei contratti nel sistema e il problema della gestione delle sopravvenienze nel sistema tra disciplina generale e singoli contratti

Lo scenario più recente, in cui si colloca la problematica della rinegoziazione dei contratti, vede, da un lato la riflessione approfondita da parte della Suprema Corte, con un prezioso studio dell'Ufficio Massimario, dall'altro la proposta di revisione del codice civile, abbozzata in un disegno di legge delega, allo stato apparentemente messo da parte, il DDL Senato 1151 del 2019, ove si prevede la “integrazione” del codice sul punto, alla stregua della rubrica dell'art. 1. Alla lett. D) è stabilito che il legislatore dell'ipotizzata riforma preveda e disciplini: *“il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti”*. Si dovrebbe, pertanto, intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 c.c., applicabili come norme “generalì” a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

È noto che il tema delle sopravvenienze – se si volesse adoperare una variante espressiva più moderna, si potrebbe dire delle “disfunzioni sopravvenute” del contratto –, al pari delle diverse problematiche che caratterizzano la parte generale del contratto, suscita molteplici interrogativi, tanto di tipo tecnico-applicativo per così dire, quanto – si direbbe, preliminarmente – di indole autenticamente metodologica<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Occorre concentrarsi in primo luogo su questi ultimi, poiché l'eventuale redazione di nuove disposizioni (o la modifica di quelle già esistenti), ove mai dovesse maturare la volontà politica di porre mano alla riforma (sulla scia di quanto peraltro già avvenuto, di recente, in diversi ordinamenti vicini e affini al nostro), non potrà che avvenire all'interno di un nuovo (in ogni caso, fortemente innovato) sistema normativo del “contratto in generale”, caratterizzato da alcuni principi ispiratori, alla cui razionalità le disposizioni specifiche dovranno corrispondere, affinché possa es-

In tal senso, la prima problematica di metodo da affrontare, in sede di riformulazione delle norme codicistiche, attiene al rapporto tra parte generale e parte speciale<sup>4</sup>, nella consapevolezza che, allo stato, i problemi dell'esecuzione del contratto trovano, del tutto comprensibilmente, nella seconda la loro prevalente disciplina (alludendosi tanto ai singoli contratti tipizzati e perciò presenti nel codice, quanto agli specifici settori, disciplinati al di fuori del codice civile, secondo logiche di contesto lontane dalla visione del legislatore del 1942).

È decisivo il tema del rapporto tra le parte generale e quella 'speciale' del diritto dei contratti, che merita un'attenta riconsiderazione, nel senso che anche la disciplina dei "tipi" (ossia dei "singoli contratti") è idonea a esprimere principi ordinanti della materia, soprattutto per quel concerne i contratti più tipicamente "commerciali". È evidente, infatti, che la parte generale è stata edificata sul modello del contratto di scambio, quale fatto negoziale episodico e tendenzialmente istantaneo, mentre nel novero dei "singoli contratti" figurano numerosi tipi che rappresentano una determinata attività economico-imprenditoriale e, per tale ragione, la loro disciplina deroga alle norme e agli stessi principi della "parte generale". Sufficientemente esemplare è, in questo senso, la disciplina dell'appalto, che proprio in tema di sopravvenienze, offre soluzioni normative molto diverse, sostanzialmente antitetiche, rispetto alla disciplina generale, che affida alla risoluzione del contratto la tutela della parte onerata<sup>5</sup>.

È peraltro inevitabile muovere dalla disciplina delle disfunzioni sopravvenute contenuta nella parte generale del contratto nel codice civile, caratterizzato

---

sere garantita la coerenza e, in ultima analisi, la concreta praticabilità delle soluzioni proposte dal legislatore della riforma.

<sup>4</sup> In argomento, non si può prescindere dalle riflessioni compiute, ancorché oltre un ventennio addietro, da G. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 218 (si veda già, dello stesso A., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impresa*, 1988, 333 e in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Venezia, 1989, 321) e P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ibid.*, 445.

<sup>5</sup> Al giurista che intenda ragionare sulla riformulazione delle norme della parte generale del contratto si presentano pertanto, in questo senso, delicati interrogativi su compatibilità e coerenza tra le due parti, acuiti dal fatto che gli indici normativi da considerare non sono – anche in questo caso, da tempo – soltanto nel tessuto (di per sé non sempre così lineare e armonico) del codice civile, ma possono avere provenienza e matrice diverse, rendendo più complessa l'opera di razionalizzazione del sistema. Al contempo, proprio l'articolazione del quadro di riferimento, che il legislatore della riforma dovrebbe considerare con particolare attenzione, consente (e, si direbbe, impone) un significativo ripensamento della parte generale del contratto, finalizzato a recepire principi e tendenze che si esprimono attraverso nuove disposizioni normative, ma anche e soprattutto le più recenti evoluzioni della cultura giuridica civilistica.

dall'opzione del legislatore del 1942 – all'epoca decisamente originale e comunque innovativa, rispetto alle altre grandi codificazioni europee e, in ogni caso, alla civilistica più tradizionale<sup>6</sup> – di distinguere con sufficiente nettezza le norme sulle disfunzioni determinanti (ovvero qualificabili in termini di) impossibilità (appunto, sopravvenuta), dalle disposizioni relative agli eventi pregiudizievoli (rispetto all'equilibrio tra le prestazioni) comportanti (non già l'impossibilità, ma) l'eccessiva onerosità delle prestazioni a carico di una parte, nel senso della loro 'inesigibilità' in ragione di un incremento dei costi<sup>7</sup>.

Il comune denominatore tra le due discipline era costituito dall'istituto (sempre di carattere generale) all'interno del quale esse compaiono – articolandosi lo stesso, s'è detto, nelle due varianti dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità – ossia la risoluzione del contratto. Una risoluzione provocata dallo squilibrio, oggettivamente determinatosi (diversamente da quanto accade con l'inadempimento) tra le prestazioni, che giunge al punto da rendere irrazionale lo scambio, minando (in vario modo, nelle due figure, ma sempre in modo intollerabile per l'ordinamento) la sinallagmaticità del contratto.

### 3. L'approccio dell'ordinamento francese e tedesco nel II confronto con il diritto italiano

Se poi ci si dovesse interrogare sul rapporto tra sopravvenienze e ordinamento, con riferimento al diritto contrattuale, si scoprirebbe che le risposte mutano, anche significativamente, in relazione al contesto culturale e temporale, nei diversi ordinamenti.

In altri termini, posto che le norme generali dovrebbero fornire, in primo luogo, la risposta al preliminare interrogativo sul rapporto tra le sopravvenienze e l'ordinamento giuridico, con particolare riferimento al diritto dei contratti, si nota come la rilevanza giuridica delle sopravvenienze e dunque la loro incidenza sul rapporto preesistente sia strettamente legata alle tendenze e alle scelte dell'ordinamento in un determinato contesto, storicamente definito. Tendenze e opzioni determinate, in modo diverso (se non talvolta divergente), dai diversi formanti

<sup>6</sup> Si vedano le considerazioni di N. HORN, *Vertragsdauer. Die Vertragsdauer als Schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 551).

<sup>7</sup> Ci si permette di rinviare, per una sintetica trattazione della materia nella prospettiva indicata, al lavoro del sottoscritto, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006, 590 ss.

dello stesso ordinamento, fatalmente destinati a intrecciarsi nella loro concreta operatività<sup>8</sup>.

Muovendo dalla posizione più rigida, per così dire, è ben nota la ferma, apparentemente incrollabile, resistenza del legislatore francese, con il convinto avallo della dottrina tradizionale, a dare un qualsivoglia rilievo all'*imprévision*, se non altro nel diritto contrattuale dei rapporti fra privati, mentre un'apertura verso la rilevanza della modificazione delle circostanze era ammessa nei contratti pubblici, in considerazione dell'interesse in tal senso dell'amministrazione. È stata tuttavia la dottrina dell'ultimo ventennio o poco più – ormai convinta, evidentemente, dell'opportunità di superare la rigidità della posizione ottocentesca, conseguenza necessitata dell'idea (ovvero dal dogma, se si preferisce) dell'intangibilità del contratto, a schiudere prospettive nuove, intese a dar voce all'esigenza di revisione del regolamento contrattuale, con l'avallo, graduale ma ugualmente convinto, di una parte non insignificante della giurisprudenza, anche di legittimità.

Non ci si può pertanto meravigliare se il legislatore sia giunto a “codificare”, con la recente riforma della disciplina generale dei contratti, persino l'obbligo di rinegoziare, in presenza di determinati presupposti (ma sul punto occorrerà ritornare con maggiore puntualità). In tal modo, il legislatore francese potrebbe apparire oggi, quasi paradossalmente – stando all'immagine che avrebbe dato di sé, in chiave comparativa, anche soltanto un paio di decenni addietro –, il più moderno, o almeno il più coraggioso. Sui risultati raggiunti in sede legislativa occorrerà tuttavia ritornare, ragionando sulle possibili formulazioni legislative in sede di riforma (*infra*, n. 4).

Molto diversa la vicenda che ha caratterizzato il diritto tedesco, decisamente condizionato – nella pressoché inevitabile assenza di disposizioni normative specifiche all'interno del BGB, ancorché frutto maturo, si potrebbe dire, della complessa e profonda elaborazione teorica ottocentesca – dalla teoria della presupposizione, elaborata dalla dottrina più autorevole della seconda metà del secolo XIX<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Il terreno si è rivelato particolarmente fertile per le analisi degli studiosi comparatisti, i quali hanno saputo mettere in luce i diversi contesti normativi con l'intreccio dei formanti, concentrandosi soprattutto sul confronto tra gli ordinamenti francese, tedesco e italiano (senza dimenticare di esaminare le esperienze in ambito di *common law*), muovendo dal minimo comune denominatore costituito dalla presenza del codice civile. Un confronto assai stimolante, che permette di comprendere l'ampiezza del ventaglio di possibili soluzioni ai problemi genericamente riconducibili alla tematica delle sopravvenienze in ambito contrattuale.

<sup>9</sup> Si tratta, com'è noto, dell'esponente di maggiore spicco della scuola pandettistica, ossia Bernhard Windscheid, mentre la dottrina viene poi sviluppata dalla civilistica novecentesca, senza soluzione

La storia, che non mette conto in questa sede anche soltanto sintetizzare, essendo assai nota – se non altro in quanto un po' da tutti gli studiosi della materia più o meno puntualmente ripercorsa –, risulta ancora oggi particolarmente significativa, per la quantità di spunti di riflessione che l'intreccio tra il formante dottrinale e quello giudiziale può suscitare. È convinto e continuativo, infatti, l'avallo della giurisprudenza alla dottrina, grazie all'originale e radicata valorizzazione del precetto generale di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e contrattuale: un unico dato normativo, IL § 242 BGB concretamente utilizzabile (e in effetti utilizzato) da parte del giurista tedesco – tanto in dottrina, quanto in sede giurisprudenziale –, capace tuttavia di sprigionare in quell'ordinamento un'effettività così marcata, al punto da permettere al precipitato dell'orientamento giurisprudenziale inteso a riconoscere la modificabilità del contratto attraverso il suo adeguamento (c.d. *Vertragsanapssung*) di diventare, a sua volta, disposizione normativa codicistica, in sede di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, ossia la ben nota riforma del 2002 recante la significativa *Modernisierung des Schuldrechts*, con il nuovo § 313 BGB<sup>10</sup>.

La disposizione è dedicata proprio all'adeguamento del contratto, senza esplicitare – e di qui il dibattito ancora aperto, sul quale di recente ha preso posizione la Corte suprema tedesca del BGH<sup>11</sup> – l'esistenza di un obbligo di rinegoziare nel

---

di continuità, attraverso la più sofisticata dottrina del fondamento negoziale e le numerose elaborazioni teoriche della “*Lehre der Geschäftsgrundlage*, in particolare del suo venir meno (“*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”), come evento destabilizzante del vincolo obbligatorio e contrattuale.

<sup>10</sup> Il § 313 BGB, intitolato “*Störung der Geschäftsgrundlage*” e inserito nel nuovo *Untertitel 3* (sottotitolo o sezione), “*Anpassung und Beendigung von Verträgen*” (Adeguamento e cessazione dei contratti), prevede, nel testo tradotto che si legge nel contributo di P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* (Atti del Convegno di Padova, 7-8 marzo 2003) a cura di G. Cian, Padova, 2004, 10: «(1) Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono con grave incidenza (*schwerwiegend*) modificate dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o l'avrebbero concluso con un diverso contenuto se avesse previsto tali mutamenti, può richiedersi l'adeguamento del contratto qualora non possa pretendersi (*unzumutbar*) che la parte resti vincolata al contratto immutato, avuto riguardo a tutte le circostanze del singolo caso, ed in particolare alla distribuzione contrattuale o legale del rischio. (2) Ad una modifica delle circostanze è da parificare il caso in cui rappresentazioni sostanziali, divenute fondamento del contratto, si rivelino false. (3) Se un adeguamento del contratto non è possibile o non può più pretendersi da una parte, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. In luogo del diritto di recesso, per il rapporto di durata spetta il diritto di disdetta (*Kündigung*). Sulla *ratio* della novella, *Regierungsbegründung BT-Drucks*, 14/6040, 175.

<sup>11</sup> Nel senso che i contraenti hanno l'obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all'adeguamento del contratto, cfr. BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), in *NJW*, 2012, 373.

procedimento che conduce all'adeguamento del contratto (la c. d. "*Vertragsanpassung*"), sino a quel momento affidata alle potenzialità operative della clausola generale di buona fede di cui al § 242 BGB.

Nel confronto con le due esperienze appena ricordate – si ricorda, nessuna delle quali vedeva la codificazione di norme in tema di sopravvenienze, anche se dottrina e giurisprudenza reagivano in modo sostanzialmente opposto, con la chiusura netta in Francia e la massima apertura offerta dalla clausola generale di buona fede in Germania –, il diritto italiano si presenta con una veste decisamente originale, costituita dalla presenza di una normativa *ad hoc* nel codice civile, non a caso introdotta soltanto con la codificazione del 1942, all'interno (e in chiusura) della disciplina del contratto in generale, che dà spazio alle esigenze del contraente onerato dagli effetti economici degli eventi sopravvenuti, seppure attraverso una disciplina che, ammettendo una forma di risoluzione certamente anomala – s'intende, dal punto di vista della teoria del contratto di stampo tradizionale e, perciò, della dogmatica sedimentata nella cultura civilistica –, circonda di una serie di cautele (con una serie, dunque, di presupposti integrativi della fattispecie risolutoria) l'esercizio del diritto di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità.

In sintesi, si può negare per principio la rilevanza dell'imprevisione/imprevedibilità nei rapporti obbligatori tra privati, in quanto questi ultimi devono essere "certi" e sicuri, se non altro in funzione del fatto che "il contratto ha forza di legge tra le parti" (alla stregua dell'enfatica espressione ereditata dal legislatore francese del *Code Napoleon*), sicché non possono intervenire – *rectius*, rilevare nella disciplina dell'esecuzione del contratto e dell'adempimento delle obbligazioni – elementi perturbativi dell'assetto d'interessi consacrato nell'autoregolamento.

Vi è, tuttavia, chi – ragionando con maggiore realismo e consapevolezza dell'esigenza concreta di una risposta dell'ordinamento alle "perturbazioni" dell'equilibrio negoziale – riconosce e ammette l'esigenza di gestione dello squilibrio sopravvenuto a tutela (non già del contratto in se stesso considerato, nella sua intangibilità e immodificabilità di principio, bensì) dei contraenti; sulla base di tale assunto, si demanda, invero superando preconcetti e remore di principio sulla funzione giurisdizionale in ambito di autonomia contrattuale, per un verso alla giurisprudenza delle corti, per altro verso (recuperando la valenza del referente normativo in senso formale) all'effettività della clausola generale di buona fede (supportata, va comunque ricordato, da un'attenta, complessa e ininterrotta analisi dottrinale) il compito di determinare, di volta in volta, la 'correzione' del regolamento contrattuale, divenuto inidoneo a rappresentare gli interessi delle parti.

Può darsi, infine, l'ipotesi in cui – per limitare il discorso e il confronto agli ordinamenti maggiormente noti alla civilistica – una dose forse ancora più con-

sistente di sano realismo e, soprattutto, attenzione rispetto ai risvolti prettamente economici dell'impegno contrattuale concretamente assunto (in un tempo anteriore a quello della sua esecuzione, sia pure con talune varianti in ordine alla rilevanza del fattore temporale, come si evince dall'*incipit* dell'art. 1467 c.c.), finisce per indurre il legislatore a intaccare la purezza delle linee dogmatiche tradizionali, per codificare, in termini generali e in modo, s'è detto, senza dubbio originale per il tempo, l'inesigibilità della prestazione in ragione dell'aumento dei relativi costi, mediante una normativa *ad hoc*, che recepisce l'esigenza di tutela del contraente eccessivamente onerato.

La risposta del nostro legislatore del 1942 comporta, pertanto, che il problema (della gestione) del "rischio contrattuale" vada affrontato, nella prospettiva dell'eventuale riforma della disciplina generale dei contratti, muovendo da una situazione molto diversa rispetto a quella in cui si sono trovati i nostri 'vicini di casa' tedeschi e francesi (alla quale s'è fatto appena cenno). La gestione del rischio contrattuale è dunque affidata alla soluzione: (a) convenzionale, (b) legislativa (nel nostro ordinamento, in primo luogo mediante le disposizioni generali in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, cui s'è fatto cenno), e infine (c) giudiziale, anche e in primo luogo per risolvere il conflitto e, in ogni caso, il concorso tra la disciplina pattizia – consegnata spesso a clausole di gestione del rischio, più o meno sofisticate, formulate dalle parti nel tentativo di neutralizzare i rischi prevedibili – e quella legale<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132, con nota adesiva di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*. L'impossibilità di superare, mediante pattuizioni per l'adeguamento automatico del corrispettivo (come accade, comunemente, con le clausole d'indicizzazione), la disciplina legale dell'eccessiva onerosità, è stata con chiarezza affermata dalla giurisprudenza. Quando la Cassazione, infatti, si è trovata ad affrontare il tema del concorso tra regolamentazione convenzionale (attraverso le appena ricordate clausole di indicizzazione dell'obbligazione pecuniaria) e disciplina legale (della risoluzione per eccessiva onerosità), l'argomento decisivo, che ha caratterizzato la *ratio decidendi*, faceva leva sulla valutazione, specifica e in punto di fatto, dell'insufficienza, per così dire, dei meccanismi convenzionali, nel senso che gli effetti delle sopravvenienze non avrebbero potuto ritenersi, nel caso concreto, assorbiti dalle clausole d'indicizzazione, rimanendo salva pertanto la facoltà della parte onerata di avvalersi della tutela prevista *ex lege* dall'art. 1467 c.c. Ancorché la Cassazione non avrebbe mai potuto ragionare, all'epoca, in questi termini, è evidente e, si direbbe, quasi scontato, che elementari considerazioni, di matrice essenzialmente economica – nella letteratura giuridica, riprese e sviluppate non a caso dai cultori dell'analisi economica del diritto –, avrebbero condotto all'idea della inevitabile "razionalità limitata" dei contraenti, con riferimento a un rapporto contrattuale programmato per durare diversi decenni (esattamente come nel caso esaminato dalla Corte). In questa prospettiva e sulla scorta proprio dell'analisi economica del diritto, così come potrebbe essere applicata all'indagine su tipologie contrattuali del tipo in esame, sono stati proposti studi e approfondimenti sulla "in-



Appare, per altro verso, intuitivo che il legislatore del codice civile, ancorché mosso da spirito innovatore e consapevole dell'esigenza di disciplinare "in generale" le sopravvenienze – anche in considerazione delle novità introdotte nel titolo terzo, dedicato ai "singoli contratti", che finivano per mettere in discussione il modello del contratto in generale – non potesse andare oltre un tentativo di 'sistemare' la teorica del rischio contrattuale nel solco dell'idea, di matrice pandettistica, della "volontà presunta" dei contraenti, nel senso di una ricostruzione *ex post* di quanto, pur presupposto ed assunto a fondamento della negoziazione (quindi, effettivamente 'voluto'), non aveva poi ottenuto adeguata esplicitazione nelle condizioni o clausole contrattuali: la *Voraussetzung*, introdotta (*rectius*, importata dalla menzionata pandettistica tedesca) nel nostro ordinamento con la traduzione letterale di "presupposizione". Una costruzione giuridica, quest'ultima, che avrebbe avuto riscontro (ed anzi successo) nella giurisprudenza pratica, chiamata a conferirle effettività, mentre in dottrina si svolgeva una sapiente elaborazione, graduale ma incessante con diverse sfumature nelle diverse culture giuridiche europee, della questione generale facente capo alla gestione del rischio contrattuale.

Tale costruzione concettuale, ascrivibile al giurista più emblematico della pandettistica ottocentesca, si muove, evidentemente, all'interno del modello di contratto tradizionale, che ha permesso l'edificazione della "parte generale", rivelandosi, in tal modo, insufficiente a governare le problematiche poste dai contratti a esecuzione continuata o differita, comunque destinati a svolgersi in un lasso di tempo, più o meno ampio, in vista della realizzazione di un risultato che soltanto l'esecuzione protratta nel tempo può consentire.

#### 4. Il contratto come programma funzionale a un risultato da realizzare

Da quest'ultimo punto di vista, si rende opportuno, se non necessario, l'ampliamento della riflessione alla disciplina dei "singoli contratti" (tipizzati e non),

---

completezza" del regolamento negoziale (dunque, sul c.d. "contratto incompleto"), sviluppando l'idea di una fisiologica incompletezza del contratto, che finisce per mettere in discussione principi e assunti, di carattere dogmatico, della disciplina generale del contratto, incentrata (come s'è appena avuto modo di considerare) sul modello dello scambio istantaneo, per definizione insuscettibile di valutazioni in termini di "completezza/incompletezza". Da questo punto di vista, l'esigenza di gestire il rischio contrattuale *ex post* – anche in presenza di pattuizioni intese proprio a evitare le controversie determinate dagli effetti delle sopravvenienze – assume una valenza fisiologica, si sarebbe tentati di dire, dovendosi tuttavia confrontare con una normativa immaginata (e redatta, di conseguenza) per disciplinare vicende eccezionali (oltre che imprevedibili, nell'endiadi con cui il legislatore ha fissato i presupposti per domandare la risoluzione del contratto).

ove è possibile individuare una molteplicità di disposizioni che, operanti nei più vari contesti contrattuali, paiono evidenziare una sorta di comune denominatore, come se fossero accomunate da quella che è stata opportunamente definita in termini di “macro-ratio”<sup>13</sup>, rispondente all’esigenza dell’ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell’atto di autonomia privata all’origine del regolamento<sup>14</sup>. Le norme dei singoli contratti, cui potrebbero aggiungersi ulteriori riferimenti, offrono argomenti sufficienti per ravvisare, nel diritto privato italiano, l’esistenza di un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti e che consentirebbe la “revisione” in corso di esecuzione (un principio, quest’ultimo, che, secondo alcune ricostruzioni, opererebbe anche oltre questo specifico settore dell’ordinamento).

È evidente che, se si accettano alcune premesse di indole *lato sensu* metodologica, la disciplina generale delle sopravvenienze nei termini in cui è stata consegnata agli artt. 1467 ss. sembrerebbe destinata a rimanere in un certo senso sullo sfondo del discorso. Essa troverà, di fatto, applicazione in casi residuali, svelando in tal modo la nettezza della frattura tra le appena ricordate disposizio-

---

<sup>13</sup> L’espressione è di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1044.

<sup>14</sup> Esse potrebbero collocarsi idealmente in due gruppi: (a) quelle espresse nelle disposizioni che predispongono un’alternativa giuridica alla vanificazione degli effetti del contratto, vuoi incidendo positivamente sull’aspetto che potrebbe definirsi strutturale (ad esempio, mediante la disciplina della determinazione del prezzo nella vendita e nell’appalto ex artt. 1474 e 1657 ovvero dell’entità della somministrazione ex art. 1560, disposizioni che dovrebbero precludere qualsiasi utilizzazione strumentale della sanzione di nullità del contratto per indeterminatezza e indeterminabilità dell’oggetto), vuoi operando in una prospettiva funzionale (ad esempio, grazie alla scelta attribuita al compratore di chiedere la riduzione del prezzo invece della risoluzione del contratto di vendita ex art. 1492); (b) quelle che fissano, invece, presupposti e modalità della modificazione delle condizioni contrattuali prestabilite al fine di consentire una corretta (prosecuzione della) esecuzione del rapporto contrattuale, talvolta con indicazioni di natura quantitativa (si pensi, ad esempio, alla disciplina delle variazioni del progetto nell’appalto e, in particolare, alle variazioni ordinate dal committente ex art. 1661, così come all’onerosità o difficoltà dell’esecuzione dell’opera appaltata ex art. 1664), altre volte con l’inevitabile rinvio a criteri generali di giustizia sostanziale, quali la proporzionalità e/o l’equità della determinazione, quest’ultima affidata evidentemente al giudice in mancanza di accordo fra le parti: ad esempio, artt. 1660 e 1664, 2° comma in materia di appalto, ma anche art. 1623 in materia di affitto, l’art. 1710, 2° comma in materia di mandato, nonché l’art. 3, 5° comma, l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura, disposizione quest’ultima particolarmente interessante per la novità della formulazione adottata dal legislatore). Un tentativo di collegare varie fattispecie in un contesto omogeneo, che successivamente si è arricchito ulteriormente, si trova nel lavoro di chi scrive *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., secondo capitolo (dedicato alla ricostruzione sistematica del principio di adeguamento).

ni codicistiche, dichiaratamente “generali”, e la realtà normativa della contrattazione commerciale ovvero d’impresa<sup>15</sup>, riconducibile a sistema con riferimento ad altri (e non pochi) indici legislativi, dai quali è dato desumere l’esistenza di un principio di adeguamento del contratto, in considerazione dello svolgersi del rapporto nel tempo, che trova espressione in regole specifiche, alcune delle quali appena ricordate, caratterizzanti i numerosi tipi contrattuali disciplinati dal codice<sup>16</sup>.

Sembrerebbe così che, in modo apparentemente paradossale, si profili una sorta di sfida – o, almeno, un’alternativa piuttosto netta – fra la disciplina generale, da un lato, la quale finisce per rimanere marginalizzata, e la prassi negoziale, dall’altro, mimata in un certo senso dalle regole – pur sempre di natura suppletiva, per lo più – “speciali” dettate in tema di “singoli contratti” (s’è fatto l’esempio emblematico dell’appalto), che disattendono o superano, se si preferisce, le regole “generali”, ponendo le premesse per rivedere la concezione della parte generale. Non ci si riesce a sottrarre così all’interrogativo cruciale sulla natura monolitica del contratto assunto a modello della disciplina generale, anche in materia di sopravvenienze e gestione del rischio contrattuale.

Riprendendo uno spunto proveniente dalla cultura giuridica statunitense, si comprende come la dottrina più moderna – e, va detto, anche più coraggiosa – si sia spinta a ricercare una sorta di saldatura fra il principio e le teorie di origine, rispettivamente, sociologica (quella dei c.d. *relational contracts*, maturata in area nordamericana negli anni Sessanta) ed economica (alludendosi alla ricostruzione in termini di “incompletezza” dei contratti, come sottolineano appunto gli economisti), per cercare di inquadrare in un diverso contesto rapporti contrattuali molto diversi e comunque distanti dallo scambio occasionale e istantaneo – c.d. *discrete transaction*, nel gergo giuridico statunitense – e così esaminare le possi-

---

<sup>15</sup> È noto che la dottrina italiana più autorevole ha avvertito l’espressione contratti d’impresa come una “categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione” (così G. OPPER, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629, dove si scorge, fra l’altro, il nesso con i contributi resi in epoca ben più risalente dall’A., nello studio di rapporti contrattuali caratterizzati da uno strettissimo collegamento con l’organizzazione dell’attività economica imprenditoriale: G. OPPER, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 146 e 277, nonché *id.*, 1944, I, 17 e, dopo l’unificazione dei codici, il tema veniva ripreso da A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, 3 ed., Padova, 1962, 94 ss.).

<sup>16</sup> Ci si permette di rinviare, per l’articolazione del ragionamento, ancora al richiamato contributo monografico, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., spec. 71-168; la riflessione è successivamente ripresa, condividendone l’impostazione di fondo, da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1041 ss.; sempre nella trattatistica sul contratto, per analoghe considerazioni, in relazione alla questione della “revisione” del contratto, cfr. SACCO, in R. SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, II, Torino, 2004, 722 s.

bili soluzioni giuridiche soltanto dopo aver messo correttamente a fuoco la realtà socio-economica in cui il contratto deve operare.

Con un approccio metodologico di questo tipo, il contratto non è più (soltanto) lo strumento negoziale per il trasferimento della proprietà (uno dei modi di acquisto della proprietà), né unicamente la “fonte” (principale, anche nell’elencazione del codice civile all’art. 1173 c.c.) delle obbligazioni, ma si presenta piuttosto come un programma, un “piano” da realizzare, secondo la volontà dei contraenti di perseguire un determinato risultato. In questo modo, si evidenziano – molto di più che in occasione dello scambio istantaneo ed episodico, evidentemente – le regole di condotta e dunque i doveri di correttezza e buona fede, funzionali alla realizzazione del risultato divisato dai contraenti e per il quale il contratto è stato concluso.

## 5. Attività d’impresa e contratto come suo strumento

L’idea del contratto come programma da realizzare, in vista di un determinato risultato, raggiungibile anche attraverso l’attività dei contraenti disciplinata, oltre che dalle specifiche pattuizioni del regolamento convenuto tra i contraenti, dalle clausole generali (con l’obbligo di comportamento corretto e secondo buona fede in primo piano), consente (e forse impone, in un certo senso) il raccordo con la realtà dell’impresa – se si preferisce, dell’attività economica – rispetto alla quale il contratto prende concretamente forma.

Nella variegata tipologia dei contratti di durata, ovvero caratterizzati dall’esecuzione prolungata nel tempo e, in ogni caso, dall’obiettivo (*rectius*, interesse) dei contraenti di realizzare un determinato programma, si realizza infatti, solitamente, l’attività d’impresa – prima ancora, essa viene ‘programmata’ –, confidando che la ‘programmazione’ contrattuale sia sufficiente ad assicurare (anche) la gestione delle problematiche determinate dalle modifiche delle circostanze rilevanti (e incidenti sull’equilibrio economico tra le prestazioni), attraverso pattuizioni, che prevedano idonei meccanismi di soluzione delle controversie.

Quel che sembra difficile negare è, considerando la sistematica del diritto dei contratti disciplinato nel codice, lo scollamento di tale tipologia negoziale, in cui il contratto rivela la sua natura di strumento dell’attività d’impresa – in ogni sua fase: iniziale, funzionale e attuativa degli obiettivi commerciali, estintiva ovvero di crisi, da gestire nella prospettiva della liquidazione ovvero della continuità aziendale, secondo le regole delle procedure per la gestione della crisi e dell’insolvenza – rispetto al modello codicistico del contratto come modo di acquisto della proprietà o, comunque, quale mezzo tecnico per il trasferimento volontario dei diritti.

Sembra altresì incontrovertibile la constatazione secondo la quale la disciplina generale si rivela costruita interamente su quest'ultimo modello, mentre la realtà dell'impresa e, di conseguenza, del contratto quale strumento per l'esercizio dell'attività economica aziendale, rimarrebbe nelle pieghe della normativa dettata con riferimento ai "singoli contratti". Per altro verso, appare ugualmente innegabile che, nella prospettiva intesa a valorizzare l'attività d'impresa, il programma finisca per incrociare i requisiti tradizionali e generali della causa e dell'oggetto, connotando il contratto funzionalmente (ossia dal punto di vista della sua causa), ma anche oggettivamente, nel senso del risultato avuto di mira dai contraenti e dunque del loro interesse.

## **6. Spunti da alcune recenti esperienze di 'ricodificazione' del diritto dei contratti con soluzioni innovative in tema di sopravvenienze**

Alla luce delle considerazioni appena svolte, ma soprattutto se si accolgono le premesse di tipo metodologico sin qui esposte – sia pure in modo sommario e riduttivo rispetto alla loro rilevanza appunto metodologica – il legislatore dovrebbe interrogarsi, in primo luogo, sulla possibilità e opportunità di novellare la disciplina generale del contratto, facendo tesoro degli spunti ricostruttivi forniti dalla normativa in tema di singoli contratti interna al tessuto del codice civile, nonché dalla legislazione 'settoriale', che ha contribuito a innovare in modo decisivo il sistema negli ultimi decenni.

Nella materia delle sopravvenienze e dei relativi 'rimedi', ossia delle diverse tecniche idonee a gestire il rischio contrattuale, la risposta positiva al quesito generale sembrerebbe scontata, ma gli approfondimenti dottrinali che, da diversi punti di vista, hanno contribuito a far luce sul tema offrono la necessaria conferma alla ragionevolezza della proposta modificativa e/o integrativa prevista dal disegno di legge delega, incentrata sulla figura della "rinegoziazione" del contratto.

Prima di impegnarsi nel tentativo di formulare una proposta modificativa della disposizione di cui all'art. 1467 c.c., evidentemente sulla base del disposto di cui al detto disegno di legge delega, occorre evidenziare, sempre in forma sintetica, il fondamento sistematico della rinegoziazione e dell'obbligo di rinegoziare, attraverso il quale si potrebbe modernizzare la normativa, superando una disciplina – quella della risoluzione per eccessiva onerosità attualmente vigente – non del tutto soddisfacente e, soprattutto, non idonea a rispondere alle esigenze della contrattazione d'impresa e alle dinamiche dei contratti aventi ad oggetto un'attività economica destinata a svolgersi nel tempo, per la realizzazione di un determinato risultato, in funzione del quale il contratto stesso è stato concluso.

Non è, da ultimo, irrilevante che, in questa verifica, il giurista dei nostri giorni può anche avvalersi – utilmente, ad avviso di chi scrive – di alcune recenti esperienze di ri-codificazione del diritto generale dei contratti (nel codice civile riformato), dalle quali risulta confermata la sensazione che i tempi sono maturi per rivedere, anche in modo profondo, alcune tra le più consolidate costruzioni teoriche e sistematiche del diritto civile, con o senza l'intervento specifico del legislatore, ossia anche mediante l'opera della giurisprudenza.

Possono segnalarsi, in particolare, due esperienze recenti, già ampiamente esaminate dalla nostra dottrina, che hanno dato rilievo alla problematica in esame, aderendo alle più moderne tendenze culturali (da ultimo evidenziate con riferimento alle esperienze di *soft law*, consegnate ai *Principles*) e alle indagini della dottrina più sensibile alle esigenze di “modernizzazione” della disciplina in materia.

In primo luogo il legislatore francese, di cui si faceva menzione in apertura, che ha inserito nella “sezione” dedicata a “*Les effets du contrat entre les parties*”, sotto-sezione intitolata a “*Force obligatoire*” – dopo le disposizioni, dalla lunghissima tradizione civilistica di cui agli artt. 1193 (*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*) e 1194 (*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi*) – la nuova, o se si preferisce ‘nuovissima’ disposizione dell’art. 1195<sup>17</sup>.

Si è detto, nella dottrina francese, che l'intervento del legislatore potrebbe intendersi come una sorta di “*consécration de l'imprévision*”, ma è interessante notare, al di là degli slogan, come il legislatore francese abbia avuto il coraggio di voltare pagina, in modo davvero radicale, rispetto alla tradizionale irrilevanza delle sopravvenienze nei rapporti patrimoniali fra privati, muovendosi nella direzione dei rimedi “manutentivi” del contratto e affidandosi, alla fine, alla valutazione del giudice che potrà “revisionare” o “mettere fine” al contratto.

<sup>17</sup> Testualmente, la nuova disposizione del *Code civil*:

[comma 1] *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

[comma 2] *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe”.*

La seconda esperienza, in sostanza contemporanea, è quella del rifacimento (integrale, con la fusione del codice civile e di commercio, così come avveniva da noi nel 1942) del codice argentino, nel quale compare una norma davvero innovativa, rispetto alla tradizione codicistica, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare (e così letteralmente intitolare) ai “*Contratos de larga duración*”, ponendola all’interno (più precisamente, in chiusura) del “*Capítulo 5*”, relativo alla materia dell’ “*Objeto*” (del contratto, in generale)<sup>18</sup>.

Il confronto con le nuove norme, mediante le quali i legislatori francese e argentino hanno innovato il diritto contrattuale del codice civile, aiuta a comprendere i limiti del meccanismo conservativo previsto dalla norma italiana – il già ricordato art. 1467 c.c., in tema s’è detto di risoluzione per eccessiva onerosità –, affidato all’iniziativa della parte avvantaggiata, ossia quella contro la quale è richiesta la risoluzione, che ha la possibilità di evitare la risoluzione mediante l’offerta di un’equa modificazione delle condizioni del contratto – soluzione, si noti, ripresa pressoché alla lettera da altre recenti operazioni di “ri-codificazione”, come nel caso del nuovo codice brasiliano del 2002, all’art. 479 – e che non sembra sufficiente a dare una risposta efficiente, in linea con le esigenze e le dinamiche della contrattazione commerciale *de larga duración*.

L’esplicitazione dell’obbligo di rinegoziare rappresenta, dunque, una scelta piuttosto coraggiosa da parte del legislatore riformatore, pienamente da condividere, tuttavia, in quanto impone all’interprete di operare all’interno della dinamica del contratto di lunga durata, avvalendosi del diritto di “*demandar une renégotiation du contrat à son cocontractant*” – per riportare l’espressione del legislatore francese, e ancora: “*En cas de refus ou d’échec de la renégotiation, les*

---

<sup>18</sup> Testualmente: “*En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*”.

Segnala il carattere decisamente innovativo della norma anche R.L. LORENZETTI, *Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica Argentina*, cit., 402, al quale si deve l’approfondimento sul tema in *Tratado de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, 2004, 74, ove si confronta il modello del “*contrato instantáneo y de larga duración*”, evidenziando la diversa “*reciprocidad estática y dinámica*”, nel senso che nei contratti in esame “*el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas*”, determinandosi quella dinamicità nel rapporto, secondo l’A., “*típicamente relational*” (p. 76); cfr. altresì, sempre dell’A. citato, *Tratado de los contratos*, Tomo I, 2 ed., Buenos Aires, 2004, 113 ss., ove si esaminano più diffusamente i diversi aspetti della tipologia contrattuale in esame, prima che approdasse, con la riforma, alla regola ora codificata.

*parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat*” – mentre la “modernizzazione” tedesca del BGB non era giunta a esprimere la sussistenza dell’obbligo, suscitando tuttavia un acceso dibattito sul punto.

In primo piano si colloca il ruolo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l’adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha inciso anche sulla cultura giuridica argentina).

Strettamente connesso al ruolo del giudice è, infine, il rilievo oramai definitivamente acquisito dalle clausole generali, *in primis* la buona fede e la correttezza – va ricordato, in tal senso, il duplice riferimento a “*la oportunidad razonable de renegociar de buena fe*” nel codice argentino e al rischio di incorrere nell’ “*ejercicio abusivo de los derechos*” –, ma va ricordata anche l’equità (non so se possa discorrersi correttamente di una clausola generale in senso proprio, ma si tratta certamente di un criterio di valutazione del risultato ad alto grado di discrezionalità, così come accade nella valutazione della correttezza).

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di ‘intervenire’ nelle dinamiche del contratto, per consentirne la prosecuzione attraverso la modificazione delle sue condizioni, non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali e superficiali affermazioni che fanno capo alla c.d. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d’interessi concordato tra le parti. Correzione o manutenzione del contratto, quali soluzioni preferite dall’ordinamento, impongono peraltro una particolare considerazione dell’intervento giudiziale che, lungi da ‘rifare’ il contratto al posto delle parti – espressione quest’ultima che, di tanto in tanto, si legge ma che, a ben vedere, o si risolve in un inutile slogan o risulta riduttiva, al punto da precludere qualsiasi serio dibattito scientifico su un tema centrale della cultura giuridica attuale –, è chiamato a dirimere controversie facendo uso di criteri elastici che, pur sempre fissati dal legislatore *ex ante*, talvolta con le formulazioni più ampie che possono fare capo ad esempio alla buona fede e all’equità, mentre altre volte tali concetti di fondo vengono maggiormente circostanziati con riferimento alle vicende del mercato in cui il contratto si colloca – si pensi, ad esempio, al divieto di abuso di dipendenza economica, in tema di subfornitura – potrebbero dare l’impressione di trovarci al cospetto di un contratto ‘assistito’ (non soltanto dal legislatore, ma anche) dall’autorità giudiziaria.

Se le esperienze maturate in tempi recenti in altri ordinamenti, che hanno condotto alla ri-codificazione del diritto dei contratti, sono certamente significative, va ricordato che l’interesse degli studiosi per il tema ha iniziato a manifestarsi con riferimento alle raccolte di regole maturate in sede UNIDROIT (si allude ai



“Principi dei contratti commerciali internazionali”) o di riordino della disciplina generale del contratto in ambito europeo (come è il caso del Progetto “Lando”, confluito nella stesura dei “Principles of European Contract Law”, nella formula abbreviata PECL e, da ultimo, del “Draft for a Common Frame of Reference”, DCFR), si sono fatti carico di ragionare su regole moderne, o quantomeno più efficaci rispetto a quelle esistenti (di matrice diversa: legislativa, giurisprudenziale e dottrinale), idonee a disciplinare la gestione del rischio nei contratti, in termini di (nuova) disciplina generale. Ciò implica che l’analisi di questa materia si risolva in una riflessione sul modo di pensare dei giuristi, piuttosto che in una formulazione propositiva di una o più disposizioni normative (eventualmente, da coordinare con il diritto dei contratti esistente, come sempre accade quando l’esame abbia ad oggetto le direttive comunitarie in tema di contratti e le nuove norme a tutela di determinate categorie di soggetti ritenuti più deboli), che pure può esprimere l’esito della riflessione stessa.

## 7. Considerazioni conclusive

Se, raccordandosi alla più autorevole civilistica, il diritto civile oscilla oggi (e, in ultima analisi, è destinato sempre più a realizzarsi nel confronto) “tra legge e giudizio”<sup>19</sup>, si deve riconoscere che (nella vicenda in esame, se non altro) il primo dei poli dell’ipotetica dialettica è silente, mentre se ne auspicava la voce (ferma, naturalmente, l’esistenza comunque di un dato normativo formale, rinvenibile nelle disposizioni del codice civile). Il dibattito che dovrebbe esprimere la cifra, per così dire, del diritto civile attuale sembrerebbe svolgersi, pertanto, all’interno della componente giurisdizionale, che si trova, in ogni caso, a interloquire con la dottrina.

Considerando l’esperienza recente della giurisprudenza in tema di rapporti di locazione e/o affitto incisi economicamente dalle norme per il contenimento del contagio (che hanno, di fatto, impedito lo svolgimento di determinate attività commerciali), si nota come alcune decisioni, tra quelle più significative sul piano argomentativo, siano davvero emblematiche della possibilità di sviluppare un’argomentazione, in ambito civilistico, in modo diverso e a volte sostanzialmente antitetico, pur realizzandosi il medesimo risultato di giustizia.

Di fronte a problematiche nuove – come nel caso degli effetti delle norme “anti-Covid” sui rapporti di locazione e affitto di immobili adibiti ad uso com-

---

<sup>19</sup> Si riporta il titolo del prezioso contributo di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

merciale –, che richiedono comunque una buona dose di impegno e, va detto, anche di cultura nell’opera argomentativa del giudice, la *ratio decidendi* può svilupparsi sul piano rigorosamente formale, dunque rispettoso della logica – un tempo (neanche così lontano) priva di alternative, in quanto ritenuta dai giuristi ontologicamente connessa al diritto civile, quale sistema dogmaticamente ordinato – della fattispecie legislativamente tipizzata. Ciò avviene nel primo caso deciso dal tribunale romano, risolto in applicazione delle norme in tema di impossibilità sopravvenuta (che, tuttavia, il giudice ha dovuto declinare in modo originale, ossia secondo l’ipotesi, non prevista espressamente dal legislatore, della temporanea e al tempo stesso parziale impossibilità)<sup>20</sup>. In un caso, deciso poco dopo dallo stesso Tribunale di Roma, invece, alla medesima soluzione (consistente nella riduzione giudiziale del corrispettivo, in termini percentuali e per un tempo determinato) il giudice giunge attraverso la dichiarata adesione alla logica – certamente di stampo più funzionalista e comunque dotata di sempre maggior credito nella giurisprudenza di legittimità – delle clausole generali, operanti in connessione con i principi costituzionali (a cominciare dalla solidarietà sociale, di cui all’art. 2 Cost.)<sup>21</sup>, potendo (o dovendo, in un certo senso) valorizzare, in quella prospettiva, la figura dell’obbligo di rinegoziare, peraltro ormai accolta dal legislatore in diversi ordinamenti (come dimostra, da ultimo, la riforma del codice civile francese) e per nulla estranea, del resto, anche al nostro sistema (se si considerano, per un verso il disegno di legge delega cui s’è fatto cenno, per altro verso il tenore e i contenuti della recentissima “relazione tematica” dell’Ufficio del Massimario della Suprema Corte in tema di “sopravvenienze determinate dalla pandemia”)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Per un’esemplare riflessione, condotta nella prospettiva logico-formale, si veda il contributo di A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del Coronavirus*, cit., il quale, coerentemente con le premesse metodologiche del ragionamento, nega che al conduttore-imprenditore possa essere riconosciuta qualsiasi tutela, posto che l’interruzione dell’attività – di questo si tratta, in effetti, e non dell’inidoneità dell’immobile locato – rientra nella sua sfera di rischio.

<sup>21</sup> Si veda, per tutti, G. D’AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443, anche nella preziosa raccolta di saggi, su questioni e punti di vista diversi, che ruotano intorno alla medesima problematica, Aa. Vv., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura dello stesso D’Amico, Milano, 2017, 93 ss.

<sup>22</sup> Si tratta della pregevole, in quanto ampia e documentata, “relazione tematica” n. 56 dell’8 luglio 2020 (redatta dal cons. dott. Salvatore Leuzzi). Si veda anche F. DI MARZIO, *Il diritto civile nell’emergenza*, in AA.VV., *Il diritto e l’eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi d’emergenza*, Donzelli, Roma, 2020, 84, proprio con riferimento all’obbligo di rinegoziare, in contesti e circostanze del tipo in esame, ritiene che “l’apporto del legislatore non è mai decisivo e non va sopravvalutato; nemmeno dovremmo tuttavia sottostimarli. Una regola formale formalizzata è

La contrapposizione metodologica, ben evidenziata dalla motivazione delle due decisioni, non sembra offrire argomenti a quanti paventano i rischi d'incertezza di un diritto civile affidato all'evoluzione giurisprudenziale, mentre al contrario, proprio considerando le ordinanze romane richiamate, può essere ritenuta in fin dei conti virtuosa, se si guarda all'*iter* di formazione del diritto vivente. Ciò in primo luogo per l'ampiezza e la linearità, allo stesso tempo, dello sviluppo argomentativo (di entrambe le menzionate decisioni), che trovano puntuale riscontro nel ricco dibattito dottrinale sviluppatosi prima che le questioni giuridiche giungessero innanzi ai giudici<sup>23</sup>.

Per altro verso, occorre una volta di più prendere atto dell'inevitabilità che, al di là di nostalgici rimpianti per un diritto reso "certo" (e dunque prevedibile, nel suo risvolto applicativo) dalla disposizione legislativa, il processo di formazione ed evoluzione del diritto civile dei nostri giorni richiede, più che l'intervento del legislatore (in questo caso, s'è detto, certamente auspicabile, sia pure nella 'versione ridotta' della norma emergenziale sullo specifico conflitto d'interessi), l'impegno del giurista, tanto in sede dottrinale quanto nell'esperienza giurisdizionale, nella ricostruzione del sistema, che consenta di giungere, quale che sia l'opzione di metodo, alla soluzione razionale e coerente del problema.

Con un approccio di questo tipo occorrerebbe, a mio avviso, avvicinarsi alle questioni relative alla rinegoziazione dei contratti e agli obblighi di rinegoziare, senza il timore derivante dall'assenza della disposizione normativa esplicitata, dal momento che la razionalità giuridica non ha mai, nella storia, preteso la preesistenza della formalizzazione della regola da parte del legislatore.

---

sempre della massima utilità". Ciò soprattutto quando, come nel caso specifico, la regola sull'obbligo di rinegoziare "apparterrebbe, come io credo che già ampiamente appartenga – afferma l'A. – alla logica del diritto civile".

<sup>23</sup> Si vedano, esemplificativamente, le prospettazioni, rispettivamente, di V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali*, cit. (che propende per l'introduzione in via legislativa dell'obbligo di rinegoziare l'originario accordo contrattuale) e di U. SALANITRO, *La gestione del rischio contrattuale*, cit., nonché la riflessione di E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi*, cit.

## Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata

SOMMARIO: 1. La diffusione del Corona-virus come evento di forza maggiore e come ragione di provvedimenti che costituiscono *factum principis*. – 2. La prestazione personale e la tutela dei diritti fondamentali. – 3. L'impossibilità sopravvenuta non definitiva. Sospensione dei contratti e recesso. – 4. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. – 5. I contratti aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie. – 6. Forza maggiore, *factum principis* e contratti speciali. Locazione e affitto. – 7. Segue. Appalto. – 8. La disciplina di emergenza e l'esigenza di introdurre una disposizione sulla rinegoziazione.

### 1. La diffusione del Corona-virus come evento di forza maggiore e come ragione di provvedimenti che costituiscono *factum principis*

L'epidemia da Corona-virus che si è diffusa nei mesi scorsi è stata definita una "emergenza" dal decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6<sup>1</sup> e una *pandemia* dall'Organizzazione Mondiale della Sanità; questa Organizzazione ha precisato il 20 marzo scorso che "Il comitato di emergenza per il Covid-19 ha concordato all'unanimità che l'epidemia costituisce ancora un'emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale"<sup>2</sup>, e il 4 maggio ha aggiunto che essa rimane un'emergenza di sanità pubblica di ordine planetario.<sup>3</sup> Queste dichiarazioni, formulate a livello internazionale ed espresse anche negli atti normativi interni configurano una situazione che si può certamente considerare un evento di *forza maggiore*, con i caratteri della imprevedibilità e della eccezionalità di cui non si può definire con certezza la durata.

Al di là dei primi provvedimenti adottati dal Governo, in forma di DPCM e di decreto d'urgenza, e i singoli Ministeri, in forma di decreti ministeriali, circolari e

---

<sup>1</sup> Recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, successivamente abrogato dal decreto-legge n. 19 del 2020 ad eccezione dell'art. 3, comma 6-bis, e dell'art. 4.

<sup>2</sup> Fonte: il sito web dell'OMS.

<sup>3</sup> Secondo i dati diffusi dall'OMS si contano al 20 maggio 2020 4.761.559 contagi e 317-529 decessi (Health Emergency Dashboard).

atti adottati ad hoc, al di là delle leggi di conversione che hanno necessariamente coinvolto il Parlamento, si è posto il problema se per reagire agli effetti della pandemia si dovessero introdurre una o più leggi, tra le quali anche una normativa di carattere generale riguardante i contratti in corso, oppure se le disposizioni di tenore generale e le regole di diritto speciale vigenti dovessero considerarsi sufficienti e appropriate a risolvere tutte le questioni aperte dalla tragica vicenda.

Governo e Parlamento, allo stato, hanno introdotto disposizioni specifiche, rivolte a disciplinare singoli aspetti della problematica sollevata dalla pandemia. La maggior parte degli interventi sono stati assunti, per ragioni di urgenza e indifferibilità, con decreto legge e, in attuazione dei decreti legge, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; i primi sono stati convertiti in legge; quelli più recenti stanno seguendo il loro iter parlamentare; in ogni caso gli effetti dei decreti sono fatti salvi, nel caso in cui essi non fossero convertiti in legge o fossero convertiti con modificazioni. Con regole minuziose si è prevista la chiusura di esercizi commerciali, come bar, ristoranti, alberghi, e anche lo svolgimento di attività professionali che comportino contatto con il pubblico e non si possano compiere da remoto.

Le limitazioni alla autonomia contrattuale disposte dalla legge costituiscono un *factum principis*, che esonera il debitore dall'adempimento ed esclude che si possa riconoscere nel suo inadempimento impedito dalla legge un comportamento colposo.

*Forza maggiore* e *factum principis* sono due esimenti della responsabilità del debitore che debbono essere valutati tenendo conto delle circostanze, e quindi caso per caso. Una cosa è infatti il mancato adempimento per una causa naturale esterna, altra cosa la limitazione ad eseguire la prestazione determinata da un ordine dell'autorità. Della prima occorre accertare la vastità e l'imprevedibilità, che pongono il debitore, nell'ambito del rapporto obbligatorio, o la parte colpita, nel rapporto contrattuale, nella situazione di non poter resistere all'evento (*cui resisti non potest*). Un evento naturale prevedibile, come la grandine o il gelo, non è di per sé causa esimente della responsabilità del debitore. I giuristi romani già si erano posti questo problema, e lo avevano risolto infatti tenendo conto della dimensione del fortuito e della sua imprevedibilità. Altro conto se la forza maggiore ha un impatto anormale<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Il *Code civil* francese dispone che «*Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes*» (art. 1769).

Questa regola deriva dal diritto romano. I giuristi romani si ponevano la questione in materia di affitto di fondi rustici. In particolare, se il proprietario dovesse ridurre il canone all'affittuario

Del *factum principis* occorre accertare in che limiti e con riguardo a quale situazione operi l'ordine dell'autorità.

Nel caso in cui le parti del contratto abbiano provveduto a ripartirsi i rischi derivanti da fatti imprevedibili, il *factum principis*, ancorché intervenuto, non esonera il debitore: la Corte di Cassazione, a questo proposito, con un principio enunciato sessanta anni fa, e mai più modificato, ha precisato che «l'obbligato, al fine di esimersi dalla responsabilità per inadempimento, non può invocare l'impossibilità della prestazione, anche se dovuta a *factum principis*, quando nel contratto sia stata prevista la possibilità di verificarsi di un fatto impeditivo della prestazione e l'obbligato ne abbia assunto volontariamente il rischio a proprio carico ovvero quando esso obbligato si sia volontariamente messo in condizione di soggiacere ad un eventuale provvedimento di carattere cogente».<sup>5</sup>

I giuristi si sono chiesti se nel passato vi fossero stati eventi simili alla pandemia cagionata dal Corona-virus e come avesse reagito l'ordinamento.

Se si guarda ai provvedimenti del legislatore italiano in occasione della seconda guerra mondiale, si possono mettere in evidenza gli interventi in materia di proprietà, che hanno lasciato traccia nel codice civile (ancor oggi vigente, che è stato promulgato nel 1942), come la confisca, l'ammasso e i provvedimentiannonari. Se si guarda ai provvedimenti coevi alla prima guerra mondiale del 1915-1918 si nota che era fatto ricorso ad una intensa legislazione riguardante i rapporti tra privati<sup>6</sup>, e che si era modificato, ad es., il rapporto di locazione, stabilendo per legge la proroga dei contratti e la fissità dei canoni.

In altri termini, per ragioni di utilità pubblica o per ragioni di utilità sociale si era ritenuto necessario intervenire sulla libertà contrattuale delle parti, limitandola, ma con provvedimenti ad hoc, molto circostanziati.

Il legislatore italiano ha seguito anche oggi questo modello. Sì che le specifiche disposizioni, assai contenute nel loro oggetto, introdotte in questo periodo con atti normativi a causa della pandemia escludono che si possa pensare alla valenza di

---

quando il raccolto fosse stato distrutto da una causa di forza maggiore, come il gelo, la grandine, l'alluvione. La risposta era positiva, ma solo quando la distruzione fosse dipesa da un evento naturale straordinario: Ulpiano, commento L. 15, §2 loc. cond.

<sup>5</sup> Cass. 9 novembre 1960, n. 2979.

<sup>6</sup> Per alcuni riferimenti v. P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, Torino, 1917; V. SCIALOJA, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, 1918; interessanti *Le prohusioni dei civilisti*, raccolte da P. PERLINGIERI (P.) e P. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2012, ove F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, p. 1697; F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, p. 1727; per una accurata ricostruzione di questo diritto dell'emergenza v. L. MOSCATI (L.), *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Riv.it.sc.giur.*, 2016, p. 349 ss.

esse per tutti i contratti e in tutte le circostanze; di qui l'inapplicabilità di un criterio unitario<sup>7</sup>. In questo senso si sono orientati i primi interventi dottrinali.<sup>8</sup>

Per le questioni inerenti i contratti la soluzione è rimasta perciò affidata al codice civile<sup>9</sup> salvo le precisazioni di cui si dirà più oltre.

Vi è tuttavia nell'ampio corpus di regole approvate una disposizione di carattere generale, la quale dispone che il rispetto delle misure dettate per il contenimento dell'epidemia «è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» (art. 3 d.l. 2 marzo 2020, n. 6, ora conv. in l. n. 13 del 2020).

Secondo i primi commentatori questa disposizione dovrebbe esonerare il conduttore da colpa per ritardi od omessi versamenti del canone. Ma se si applica la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, il risultato è identico a quello già previsto dal codice.<sup>10</sup> E quindi la norma non aggiunge molto al risultato a cui si può arrivare anche senza di essa.

## 2. La prestazione personale e la tutela dei diritti fondamentali

I decreti hanno fatto riferimento a modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, e in questa materia di sono raccolti gli interventi più numerosi<sup>11</sup>. L'analisi del rapporto di lavoro esorbita dai confini di questo lavoro.

È evidente tuttavia che nei contratti in corso nei quali era prevista la esecuzione di una prestazione che implicasse l'esposizione del debitore al

---

<sup>7</sup> G. SPARANO, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, in *Giust.civ.com.*, 2020. Fasc. Speciale Emergenza Covid-19.

<sup>8</sup> V. tra i primi, i saggi pubblicati su *Giust.civ.com*, e, tra quelli di carattere generale, A. GENTILI, *Un proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*; Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*; A. M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, ivi.

<sup>9</sup> V. II d.l. n. 18 del 2020 recante misure a sostegno del lavoro, sui contratti di patrocinio legale (Titolo V Ulteriori misure – art. 83 ss. sospensione delle udienze/procedimenti), su contratti di soggiorno e di acquisto di titoli di accesso a spettacoli di qualsiasi natura (art. 88) e su alcuni contratti di appalto pubblico (art. 91 che ha aggiunto il comma 6-bis all'art. 3 d.l. n. 6 del 2020, conv., con modificazioni, in l. n. 13 del 2020).

<sup>10</sup> Per i primi rilievi v. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, Fascicolo speciale, cit.

<sup>11</sup> V. ancora il fascicolo speciale sopra cit.

rischio del virus, sia con riguardo ai contatti con altre persone, sia per lo stato dei luoghi di lavoro o le condizioni stesse del lavoro, sia per gli spostamenti con mezzi di trasporto pubblico, la prestazione non può essere pretesa dal creditore. La sua esecuzione metterebbe a repentaglio la vita o la salute del prestatore, sì che la tutela dei diritti fondamentali alla vita e alla salute esime il prestatore dall'obbligo di eseguire la prestazione: la prestazione è inesigibile secondo il principio di buona fede (art. 1175,1375 cod.civ.<sup>1</sup>); e ciò quantomeno per tutto il periodo in cui dura il fenomeno epidemico, o fino al momento in cui sopravvengano disposizioni che autorizzino la ripresa delle attività in condizioni di sicurezza.<sup>2</sup> Proprio al fine di evitare la risoluzione del rapporto è stata prevista la conservazione del contratto, e la collocazione del lavoratore in cassa integrazione guadagni. Il contratto diretto ad esigere prestazioni lavorative che mettono a repentaglio la vita o la salute del lavoratore è contrario a norme imperative e all'ordine pubblico, e quindi deve considerarsi nullo, per illiceità dell'oggetto e della causa del contratto. Ma anche in questo caso occorre tener conto delle circostanze: se si tratta di una compressione ridotta del diritto, la parte contraente esposta al rischio è legittimata a chiedere il risarcimento del danno<sup>3</sup>.

### 3. L'impossibilità sopravvenuta non definitiva. Sospensione dei contratti e recesso

Perché possano ritenersi sussistenti i presupposti previsti dal codice civile per accertare che l'inadempimento del debitore non comporti la soddisfazione del diritto del creditore è necessario che (i) la prestazione sia divenuta oggettivamente impossibile e che (ii) non vi sia colpa del debitore. A questo risultato si giunge coordinando gli artt. 1218 e 1256, a mente dei quali:

«art. 1218. The debtor who does not exactly render due performance is liable for damages unless he proves that the non-performance or delay was due to impossibility or performance for a cause not imputable to him»;

---

<sup>1</sup> Art. 1175 *Italian Civil Code: Fair behaviour. The debtor and the creditor shall behave according to rules of fairness.* Art. 1375: *Performance according to good faith. The contract shall be performed according to good faith.*

<sup>2</sup> Un nuovo contratto che avesse ad oggetto prestazioni lesive dei diritti fondamentali – anche con il consenso dell'interessato – sarebbe nullo per violazione della dignità e dell'ordine pubblico: Marella, *Il fondamento della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto dei contratti*, in *Riv.crit.dir:prov.* 2007, p. 67 ss.

<sup>3</sup> Come accade nel caso di lavoro effettuato nel giorno festivo: Cass. 2001, n. 2009.



«art. 1256. Definitive impossibility and temporary impossibility. An obligation is extinguished when its performance becomes impossible for a cause not imputable to the debtor.

If the impossibility is only temporary the debtor is not liable for delay in performance as long as it continues to exist. However, the obligation is extinguished if the impossibility continues until, depending on the source of the obligation or the nature of its subject matter, the debtor can no longer be held bound to perform the obligation or the creditor is no longer interested in the performance».

La Corte di Cassazione ha precisato a questo proposito che:

«La liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della prestazione può verificarsi, secondo la previsione degli artt. 1218 e 1256 c.c., solo se ed in quanto concorrano l'elemento obiettivo della impossibilità di eseguire la prestazione medesima, in sè considerata, e quello soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione».<sup>4</sup>

Accertata l'impossibilità e la imputabilità, occorre verificare dunque se la impossibilità sia definitiva o solo temporanea.

Come si diceva in apertura, l'emergenza della pandemia non ha ancora una definizione temporale precisa, sì che i provvedimenti normativi liberatori – con i quali si sono parzialmente superate le restrizioni alle libertà personali assunte per ragioni di incolumità pubblica – dovranno essere valutati caso per caso con riferimento alle specifiche circostanze.

Nel caso in cui il debitore non adempia – legittimamente – per le ragioni indicate, il creditore a sua volta può rifiutarsi di adempiere. Si è precisato infatti che «l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 cod. civ.<sup>5</sup>, che trova applicazione anche in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di disuguaglianza rispetto alla controparte medesima; sicché, detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore».<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Cass. 8 giugno 2018, n. 14915.

<sup>5</sup> È l'*exceptio inadimpleti contractus*. Art. *Defence based upon non-performance. In contracts providing for mutual counterperformances, each party can refuse to perform his obligation if the other party does not perform or offer to perform his own at the same time, unless different times for performance has been established by the parties or appear from the nature of the contract.*

<sup>6</sup> Cass. 19 ottobre 2007, n. 21973.

Se si è in presenza di un contratto di durata, in cui le prestazioni sono ripartite, frazionate, oggetto di consegne separate, le prestazioni già eseguite sono salve e il creditore deve corrisponderne il prezzo: «La disposizione dell'art. 1458, primo comma, cod. civ., per la quale, nei contratti di durata, l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite, non significa che abbia diritto alla controprestazione la parte inadempiente, atteso che l'irretroattività della risoluzione concerne le prestazioni "eseguite", non quelle "ineseguite", non venendo meno l'esigenza di rispetto del sinallagma neppure nella disciplina della risoluzione».<sup>7</sup>

Nel caso di impossibilità temporanea spetta al creditore dimostrare di non avere interesse a tenere in vita il contratto, i cui effetti sono sospesi, e in questo caso il creditore può recedere legittimamente, ex artt. 1256 c.2 e 1464 cod.civ. La disciplina di codice bilancia gli interessi delle parti, sempre da un punto di vista oggettivo, nell'interesse della certezza dei rapporti e della loro funzionalità alle regole di mercato.

Ciò implica che il rapporto contrattuale deve essere conservato, <sup>8</sup>perché il rapporto in sé è un valore, in quanto le parti hanno sostenuto costi e impiegato tempo per poterlo costituire, ed hanno altresì fatto programmi per goderne gli effetti. Inoltre perché la prestazione nel futuro potrebbe essere ancora effettuata dal debitore. E poi, se essa fosse tardiva, potrebbe comunque sempre convenire al creditore.

Il calcolo della convenienza non è lasciato all'arbitrio del creditore: il suo interesse a non proseguire il rapporto deve essere apprezzabile, è cioè soggetto alla valutazione del giudice, che tiene conto della natura della prestazione e delle circostanze del caso per sindacare la scelta della parte che sia receduta dal contratto.

Si devono osservare dunque questi principi per poter disciplinare la sospensione del contratto, la quale non deve avvantaggiare una parte a danno dell'altra.

#### 4. L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione

Ci si è chiesti se la situazione di configuri, per i contratti in corso, una onerosità della prestazione tale da consentire l'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto proposta dalla parte onerata e l'eventuale offerta di riduzione

---

<sup>7</sup> Cass. 2012 n. 22202.

<sup>8</sup> *In the interpretation of contracts art. 1367 provides that the contract or its clauses shall be interpreted in a way in which it could have some effects instead another one according to which it could have none.*

ad equità proposta dalla controparte, ex art. 1467. Si tratterebbe in questo caso di un effetto riflesso, pur sempre riconducibile alla pandemia, che implica uno squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni.

About excessive onerousness, the Italian Civil Code provides that:

«Art. 1467. Contract for mutual counterperformances. In contracts for continuous or periodic performance or for deferred performance, if extraordinary or unforeseeable events make the performance of one of the parties excessively onerous, the party who owes such performance can demand dissolution of the contract, with the effects set forth art. 1458.

Dissolution cannot be demanded if the supervening onerousness is part of the normal risk of the contract.

A party against whom dissolution is demanded can avoid it offering to modify equitably the conditions of the contract».

Innanzitutto si deve accertare se il contratto concluso dalle parti sia ad esecuzione continuata o periodica, e quindi sia un contratto di durata. Poi, che l'evento abbia cagionato non tanto un aumento o una diminuzione notevoli del valore di ciascuna prestazione in sé considerata, rispetto a quello iniziale, ma piuttosto uno squilibrio nel rapporto tra le prestazioni, cioè una variazione del valore apprezzata con riferimento al rapporto sinallagmatico.

Si dubita però che si possa invocare la disciplina della eccessiva onerosità in queste fattispecie connesse alla pandemia. Ciò perché il corrispettivo non si è svalutato né si è rivalutato, ma è rimasto fermo; ciò che è cambiato è il valore della controprestazione per il debitore; ma la sua capacità di organizzare il pagamento, o di provvedere al pagamento non si possono far gravare sul creditore<sup>9</sup>.

L'onerosità non implica automaticamente la difficoltà di pagamento per il debitore; implica soltanto un rapporto sinallagmatico anormale, cioè un'alea non normale. Non si può far carico alla controparte di assumersi il rischio (o una parte di esso) per il solo fatto che sia diventato più difficile per il debitore eseguire la prestazione. Nel nostro caso, a livello generale, non si è neppure verificata una svalutazione monetaria<sup>10</sup> e le quotazioni di borsa, che per l'impatto della pandemia sono inizialmente scese considerevolmente, hanno iniziato dopo alcune settimane, a risalire.

Perché si possa applicare la disciplina della eccessiva onerosità l'impatto deve essere di notevole entità, perché la semplice oscillazione dei prezzi è pro-

---

<sup>9</sup> Gentili, *op.cit.*; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del corona virus*, in Giust.civ.com, Fascicolo speciale cit.; R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice civile*, *ivi*.

<sup>10</sup> Cass. 24 giugno 1995 n. 369.

pria della normale alea contrattuale, di cui non si può giovare il debitore:

«L'alea normale di un contratto, che, a norma del secondo comma dell'art. 1467 cod. civ., non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originarie dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato.»<sup>11</sup>

Si tratta quindi di una valutazione complessa, perché, come sottolinea la Corte di Cassazione:

«La questione dell'applicabilità ad un determinato contratto dell'intera disciplina dell'art. 1467 cod. civ. sulla onerosità sopravvenuta deve essere risolta dal giudice con specifico riferimento al caso concreto ed all'azione effettivamente proposta, dovendosi, a tal fine, considerare non solo la natura e la struttura (dal punto di vista meramente classificatorio) del contratto sulla cui risoluzione si controverte, ma anche le modalità ed i tempi di adempimento delle reciproche prestazioni connesse al contratto stesso».

Si deve perciò «considerare non solo la natura e la struttura (dal punto di vista meramente classificatorio) del contratto sulla cui risoluzione si controverte, ma anche le modalità ed i tempi di adempimento delle reciproche prestazioni connesse al contratto stesso».<sup>12</sup>

Quanto poi alla offerta di riduzione ad equità che il creditore può fare, sempre la Suprema Corte ha precisato che:

«L'art. 1467 cod. civ. non impone al convenuto che voglia evitare la pronuncia di risoluzione del contratto, di offrire una modifica delle condizioni contrattuali tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della stipulazione, atteso che dalla combinazione logica dei tre commi dell'articolo in riesame si evince che la sopravvenuta onerosità della prestazione considerata dà diritto alla risoluzione soltanto se è eccessiva (1 comma) e non rientra nell'alea normale del contratto (2 comma), con la conseguenza che l'offerta di modifica è da considerare equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione<sup>13</sup>».

La modifica delle condizioni economiche può essere domandata solo dalla parte convenuta in giudizio<sup>14</sup>. E siccome nei contratti a cui si applica l'eccessiva onerosità si tratta di parti entrambe creditrici e debitorie, spetta a chi è convenuto, cioè alla parte che riveste la qualità di convenuto, di offrire la riduzione

---

<sup>11</sup> Cass. 17 luglio 2003, n. 11200.

<sup>12</sup> Cass. 8 agosto 2003, n. 11947.

<sup>13</sup> Cass. 11 gennaio 1992, n. 247.

<sup>14</sup> Cass. 25 febbraio 2000, n. 46.

ad equità, mentre la parte onerata non può chiederla, può solo domandare la risoluzione del contratto se ne sussistano i presupposti.

## 5. I contratti aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie

Come si diceva, non si possono dettare regole univoche per tutti i tipi contrattuali e in tutte le circostanze. Di seguito si faranno alcuni esempi sintomatici.

È certamente corretto ritenere che l'adempimento delle obbligazioni di dare una somma di danaro o una cosa fungibile sia sempre possibile e che non implichi mai eccessiva onerosità: *genus numquam perit*; in più, pagare il corrispettivo in moneta avente corso legale in Italia non è mai eccessivamente oneroso.

Ed è corretto ritenere che l'applicazione del principio di solidarietà sociale<sup>15</sup> e il principio di buona fede non possano costituire il fondamento per una riduzione del corrispettivo o per la sospensione dei pagamenti: se la prestazione è possibile, se non vi sono oscillazioni del prezzo ritenute eccessive, pretendere l'adempimento è legittimo e il debitore non può chiedere la risoluzione del contratto<sup>16</sup>.

Si deve perciò valutare tipo per tipo e tenuto conto delle circostanze come stanno le cose. Per specifici rapporti di durata il legislatore ha soppesato vantaggi e svantaggi, profitti e perdite risentite dalle parti, e ha introdotto correttivi che servono a conservare il contratto a condizioni eque. Ma si tratta di correttivi relativi a specifici rapporti, non estensibili a tutti, unitariamente e meccanicamente.

## 6. Forza maggiore, factum principis e contratti speciali. Locazione e affitto

Particolare attenzione ha avuto la locazione. Per la locazione ad uso abitativo ci si è chiesti – con riguardo alle misure interdittive volte a contenere la pandemia – se il divieto di transito da una Regione ad un'altra, e, per i primi due mesi di clausura, il divieto di transito tout court, abbia potuto influire sulle locazioni in corso delle case utilizzate dall'inquilino per le sue vacanze. Il fatto di non poter raggiungere la seconda casa è del tutto estraneo al rapporto contrattuale, perché il bene è sempre a disposizione del conduttore e il proprietario non può utilizzarlo liberamente in assenza del conduttore. A maggior ragione quando l'a-

---

<sup>15</sup> *Provided by Italian Constitution by art 2, concerning the principle of social solidarity, which may be applied by the judge, as ruled by Constitutional Court, ord. 2013, n. 248 and 2014, n. 77.*

<sup>16</sup> Gentili, *op.cit.* §§ 3 e ss. Sul rischio v. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; G. ALPA, M. BESSONE, V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; G. ALPA, *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano 1999, 1144 ss.

bitazione è colma di arredi e cose di proprietà dell'inquilino: essa è indisponibile da parte del proprietario e quindi non è ammissibile la risoluzione del contratto. Né si può pretendere di applicare analogicamente la disciplina che prevede la riduzione del corrispettivo per le riparazioni della cosa che ne impediscono il godimento da parte del locatore (art. 1583). Qui la cosa non presenta vizi né esigenze di riparazione.

In più, c'è *factum principis*, ma il divieto non riguarda l'utilizzazione di case per vacanza, bensì il trasferimento delle persone dalla città al luogo di vacanza.

Si potrebbe sostenere che il *factum principis* (oltre che il trasferimento da un luogo ad un altro) colpisce le persone non residenti, ai quali le ordinanze dei sindaci hanno vietato di abitare nel periodo della pandemia in abitazioni comprese nel comune. In questo caso le regole del codice non aiutano a risolvere il problema.

Più complesso il caso di immobile locato ad uso commerciale.

Ci si può chiedere se la situazione cambi quando locazione implichi accesso del pubblico, e il pubblico non possa accedervi a causa delle limitazioni di locazione stabilite dall'autorità, oppure vi sia stata interdizione all'apertura: in entrambi i casi il conduttore non è in grado di sfruttare i locali che ha preso in locazione, in quanto essa gli serve non per farne un magazzino (avendo egli collocato in quei locali arredi, scorte, etc.) ma per svolgere una attività che richiede necessariamente il contatto con il pubblico.

È il caso degli alberghi per i quali è previsto un vincolo di destinazione apposito. La chiusura dell'esercizio riguarda l'attività, ma per i mesi di inattività la struttura serve solo per il deposito di arredi e attrezzature; l'attività può essere esercitata altrove, ovviamente, ma non in quella sede; la conseguenza è che il rischio ricade sull'albergatore. Se la chiusura riguarda l'immobile, il rischio riguarda il proprietario.

In entrambi i casi i rimedi offerti dal codice civile e dalla legislazione speciale non sono sufficienti a ripartire il rischio in modo equo. Né si può dire se sia preferibile che il rischio cada sul proprietario piuttosto che non sull'imprenditore, perché entrambi gli interessi sono meritevoli di tutela; di più, il proprietario potrebbe essere a sua volta imprenditore, potrebbe far affidamento sul pagamento del canone del suo inquilino per pagare a sua volta altri canoni o rate di un mutuo o tranches di un finanziamento da rimborsare.

Si è proposta una distinzione: se il *factum principis* cade sull'attività, il rischio grava sull'esercente (imprenditore o professionista); se cade sull'immobile, perché ne è stata disposta la chiusura, allora il rischio ricade sul locatore<sup>17</sup>. Ma anche

---

<sup>17</sup> U. SALANITRO, *op.cit.*

questa soluzione non è del tutto soddisfacente: se non si può fare commercio, il divieto colpisce sì l'imprenditore, ma il proprietario deve garantire il godimento dell'uso commerciale; cosa che non può fare, perché le attività commerciali sono inibite ai suoi inquilini; è vero che in questo caso non si tratta di difetti dell'immobile (come avverrebbe se l'immobile fosse privo del certificato di agibilità) e quindi l'inibizione non è connessa all'immobile, ma è anche vero che agli inquilini è inibito di fare commercio per una causa esterna a loro non imputabile.

Il contatto con il pubblico, la conoscenza da parte del pubblico della sede dell'impresa, lo svolgimento in quella sede dell'attività commerciale, l'esibizione della ditta, sono tutti elementi che concorrono a consolidare l'avviamento. Se il *factum principis* impedisce lo svolgimento dell'attività, il conduttore ha comunque diritto all'indennità in caso di scioglimento del rapporto (indennità che si raddoppia in caso di locazione adibita all'esercizio di una attività simile a quella già svolta). In altri termini, lo svolgimento dell'attività commerciale è un valore che privilegia il conduttore. Ma essa può convenire anche al proprietario, che ne trae profitto quando loca l'immobile perché i canoni sono a parità di condizioni più alti rispetto a quelli di una abitazione e quando riloca l'immobile che essendo avviato dà luogo ad una locazione fruttuosa.

Tuttavia è giusto che il rischio ricada sul professionista o sull'imprenditore (che siano conduttori) quando essi possano comunque svolgere la loro attività anche se in condizioni peggiori di quanto accada regolarmente: possono ricorrere al lavoro a distanza, che comunque viene organizzato nella sede locata oppure svolgerlo con modalità di contatto con il pubblico che consentono la vendita del prodotto o del servizio, come accade per i ristoranti, le pizzerie, i bar che preparino alimenti e bevande da asporto.

Si trovano in questa situazione i professionisti, che possono svolgere la loro attività da remoto. Diverso è il caso di quei professionisti, come il medico, il dentista, la clinica privata, che hanno necessità di contatto con il paziente per poter svolgere la loro professione.

Queste indicazioni lasciano intendere che il rischio deve essere amministrato congiuntamente, e che la scelta che il rischio cada su una parte o sull'altra non risponde a ragioni di equità. Per questo si è parlato di solidarietà dettata dalle circostanze eccezionali<sup>18</sup>.

Ma l'interpretazione può non essere sufficiente; si dovrebbe perciò introdurre un correttivo normativo perché le parti affrontino il rischio ripartendosi in modo equo. L'uso del criterio della buona fede non può ritenersi esaustivo, senza che vi sia obbligo di rinegoziazione o una determinazione congiunta delle parti

---

<sup>18</sup> F. MACARIO, *op.cit.*

Nell'affitto, che si quando la cosa data in godimento è produttiva, se a seguito di una disposizione di legge o di un provvedimento dell' autorità riguardanti la gestione produttiva, le parti ne risentano rispettivamente una perdita o un vantaggio, è possibile chiedere un aumento o la riduzione del canone (art. 1623): è sufficiente che lo squilibrio sia notevole; in questo caso non è la parte avvantaggiata che deve offrire la riduzione ad equità, ma è la parte svantaggiata che, facendo ricorso ad una azione assimilata alla azione *quantum minoris* della vendita, può chiedere al giudice il riequilibrio delle prestazioni.

## 7. Segue. Appalto

In materia di appalto il codice presenta una disciplina che è meno rigida rispetto a quelle considerate, perché tiene conto di variazioni che possono sopravvenire non tanto per effetto di circostanze esterne, quanto per decisione di ciascun contraente: ad es., le variazioni del progetto e della consistenza delle opere (art. 1660), consentono alla parte che si vede ridurre il profitto di recedere sempre, avendo diritto ad un equo indennizzo.

Se le variazioni dipendono da circostanze esterne, come può essere la sorpresa geologica, l'appaltatore che vede aumentata l'onerosità della sua prestazione può chiedere un equo compenso (art. 1664).

Il caso della pandemia, con i suoi effetti possibili sulla lievitazione dei prezzi, può rientrare nell'ambito di applicazione della norma citata che prevede la possibilità, per la parte gravata dall' aumento o dalla diminuzione del costo dei materiali o della mano d' opera, purché superiore o inferiore al decimo del prezzo convenuto, di chiedere la revisione del prezzo, consistente nell' eccedenza del decimo.

Tuttavia, se le parti hanno convenuto il blocco del prezzo, o hanno stabilito un corrispettivo per l'appalto a corpo e non a misura, le variazioni dovute ad agenti esterni imprevedibili non sono rilevanti<sup>19</sup>.

La deroga alla disciplina di revisione è ammessa in virtù del principio di libertà contrattuale «anche quando ricorra, in astratto, ipotesi di eccessiva onerosità dell'esecuzione dell'opera per sopraggiunti eventi straordinari ed imprevedibili»<sup>20</sup>. Ciò anche a fronte di futuri aumenti del costo dei materiali e della mano d'opera<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cass. 9 settembre 2011, n. 18559.

<sup>20</sup> Cass. 21 dicembre 1996, 11469.

<sup>21</sup> Cass. 29 agosto 1990, n. 8949.



## **8. La disciplina di emergenza e l'esigenza di introdurre una disposizione sulla rinegoziazione**

Il Corona-virus ha messo in evidenza l'insufficienza della disciplina di codice che prevede l'ipotesi di sospensione degli effetti del contratto per circostanze esterne imprevedibili ed eccezionali solo se il creditore non invochi il recesso; e ha evidenziato una lacuna nel codice riguardante l'obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenienza di circostanze non previste dalle parti che rendono impossibile, o più onerosa, anche temporaneamente, la prestazione.

L'obbligo di rinegoziazione è stato previsto dal Governo in un disegno di legge di revisione del codice civile depositato tempo addietro (D.d.l. 19 marzo 2019, Atti del Senato, n. 1151), e sarebbe opportuno che si anticipasse almeno l'approvazione della disposizione relativa alla rinegoziazione<sup>22</sup>. Si potrebbe anche pensare ad una soluzione affidata alla mediazione obbligatoria e alla negoziazione tramite i professionisti, includendo i contratti di durata nell'ambito delle materie affidate a questi strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

---

<sup>22</sup> In questo senso v. le proposte predisposte dall' Associazione Civilisti italiani, a cui fanno riferimento i contributi dottrinali citati.





---

# I QUADERNI DELLA SSM

*nella stessa collana*

- Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto
- Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura
- Quaderno 3 – Comunione e condominio
- Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID
- Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario
- Quaderno 6 – Storia della magistratura
- Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:  
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione  
giudiziale
- Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati
- Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario
- Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile
- Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee
- Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)



Finito di stampare nel mese di luglio 2022  
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

