

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*

SOMMARIO:1. Pandemia, sopravvenienze e rinegoziazione. È il nostro caso? – 2. Emergenza e adeguamento. La Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte. No, non è il nostro caso. – 3. L'arma letale: la buona fede come trasferimento del rischio d'impresa; la buona fede come strumento per valorizzare l'analisi economica del diritto dei contratti. – 4. Riflessioni ricostruttive e propositi riformisti del legislatore

1. Pandemia, sopravvenienze e rinegoziazione. È il nostro caso?

L'occasione del presente scritto viene dalla constatazione che un giurista raffinato con il quale scambio istruttive riflessioni, molto spesso condividendo un buon bicchiere di vino, abbia fatto notare pubblicamente che il «bicchiere è completamente vuoto»¹. Sono un *sommelier* e non posso non accogliere l'invito di Raffaele Di Raimo a riempire quel bicchiere, ma non ho intenzione di cambiare vino, come lui sembra suggerire. Vorrei provare a bere quello stesso vino con il quale ci siamo formati e che ci ha sempre aiutati a uscire dalle situazioni difficili.

Il vino che vorrei continuare a bere – senza tuttavia sottrarmi a nuove esperienze gustativo-interpretative – si chiama *bilanciamento degli interessi*. Gli propongo solo di cambiare la temperatura di servizio e di chiedere a un *sommelier* differente – la *giurisprudenza* – di servirci la migliore espressione di quel vino. Continueremo a berlo sempre con il medesimo metodo, responsabilmente e con *ragionevolezza*.

Il *legislatore*, dal canto suo, dialogando con noi e con il *sommelier*, modificherà, ragionevolmente e non *improvvisamente*, il disciplinare di produzione, se veramente necessario, ovvero interverrà nella gestione della cantina.

Ma di *vino*, come di *diritto*, conviene parlarne non in astratto.

* Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Giuseppe Vettori.

¹ R. DI RAIMO, *Quando il bicchiere è completamente vuoto (durante e dopo la pandemia, tra rischi grandi e grandi opportunità)*, in questa *Rivista*, 2021, I, 1 ss.

L'impatto della pandemia dovuta alla diffusione del virus Covid-19 sui contratti pendenti non necessita di ulteriori premesse o valutazioni economiche.

Ma un dato è chiaro e la dottrina più attenta non ha mancato di sottolinearlo. Aurelio Gentili, con la consueta efficacia, ha correttamente evidenziato che «Qui [...] non c'è alcun "vizio" *del contratto*. C'è un "vizio" *del mercato*, nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa per blocco *ex lege* o per il fermo dell'economia»². Ciò comporta che l'interprete deve prestare molta attenzione alle modalità con le quali ricorrere alle categorie giuridiche che da sempre lo hanno supportato nella soluzione della crisi dei rapporti giuridici. Con pari fermezza Nicola Cipriani ha infatti sottolineato che «non siamo di fronte a una "normale" sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì a una crisi sistemica che ha toccato e tocca, sia pure con diverse punte di intensità, se non tutte sicuramente la gran parte delle attività economiche»³.

Ciononostante, da parte degli operatori del settore economico vengono issate le note bandiere della *impossibilità* e della *eccessiva onerosità sopravvenute* a far fronte agli obblighi contrattuali assunti, mentre, da quella degli operatori del settore legale, quelle dell'*adeguamento* e della *rinegoziazione*. Come è dato comprendere dalla vista delle bandiere, emerge in ogni caso un'esigenza manutentiva del rapporto, il che è un segnale di ottimismo degli operatori, convinti che si tratti solo di una grave contingenza eccezionale e di breve termine.

Si tratta tuttavia di valutare se il bagaglio dei rimedi ai quali l'interprete deve attingere debba essere quello già noto in tema di sopravvenienza, ovvero se qui si tratti, come si tratta, di procedere a valutazioni ben differenti rispetto a quelle che hanno portato le fonti di etero-regolamentazione del contratto a intervenire sullo stesso, in funzione pur sempre manutentiva.

Il pur efficiente legislatore dell'emergenza è intervenuto, sul piano strettamente civilistico, con una norma che dispone che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai

² A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 3*, 2020, 396.

³ N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in questa *Rivista*, 2021, I, 661 ss.

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»⁴. È da condividere la riflessione di chi ha ritenuto che «il medesimo risultato si sarebbe potuto raggiungere con la piana applicazione della normativa codicistica»⁵, a conferma della appena cennata preoccupazione per un intervento precipitoso del legislatore sul “disciplinare”.

I contraenti italiani hanno offerto sinora una matura dimostrazione sul campo della naturale attitudine alla solidarietà e alla correttezza in *executivis* procedendo alla rinegoziazione, più o meno temporanea, dei regolamenti contrattuali che li interessavano. Le controversie pendenti presso le corti non sono da considerare un segnale preoccupante circa la stabilità delle relazioni contrattuali. A ogni buon conto, il diritto deve dare delle risposte in quelle ipotesi nelle quali non si addivenga a una rinegoziazione delle pattuizioni originariamente stabilite, e non necessariamente perché una o entrambe le parti non siano solidali, corrette o in buona fede.

Se deve essere apprezzato lo sforzo solidaristico che muove l'autonomia negoziale sulla strada della rinegoziazione, non sembra tuttavia, come si cercherà di dimostrare, che la “sopravvenienza pandemica” possa costituire fonte di un obbligo generale di rinegoziazione dei contratti la cui esecuzione sia stata, più o meno fortemente, toccata da questo evento eccezionale, imprevedibile, ma sistemico.

L'incidenza della pandemia sugli equilibri contrattuali ha spinto gli studiosi, tutti, a prendere posizione, a riflettere sull'ordinamento e sulle risposte che questo è in condizione di dare in presenza di eventi quali

⁴ Art. 3, comma 6-*bis* del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13, come introdotto dall'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27. Per un'analisi, v., *ex multis*, 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 tit. cred.*, 2020, I, 151 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 3*, cit., 403 ss., il quale parla di sospensione bilaterale del rapporto contrattuale e di inesigibilità di tutte o parte delle prestazioni oggetto dell'obbligazione.

⁵ N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., 652.

quello dovuto al virus che ha cambiando la nostra vita quotidiana⁶. Le risposte, come si vedrà, sono state tutte molto interessanti e costruttive, pur giungendo spesso a conclusioni diametralmente opposte.

Il punto di partenza delle riflessioni è stato giustamente il già interessante dibattito dottrinale sul tema dell'adeguamento e della rinegoziazione dei contratti c.dd. a lungo termine in presenza di sopravvenienze⁷. L'interpretazione maggiormente convincente, dovuta alle riflessioni di Francesco Macario, porta a ritenere che la rinegoziazione costituisca, essa stessa, realizzazione del risultato contrattuale, anche in considerazione della natura dell'affare, resa problematica da un mutamento delle originarie condizioni di fatto⁸. Nella ricerca delle regole della rinegoziazione, secondo questa ricostruzione, la *buona fede* rappresenta la fonte legale. Il delicatissimo compito del giudice è quello di «ipotizzare (a seguito della valutazione di tutte le circostanze rilevanti all'interno del rapporto) l'esito più probabile della trattativa che le parti avrebbero condotto, in buona fede,

⁶ Degna di nota, in particolare, l'iniziativa della rivista *Giustizia civile.com* di pubblicare dei numeri speciali sul tema. Sono tantissimi e autorevoli i contributi pubblicati da quegli studiosi che hanno inteso rispondere alla sollecitazione del codirettore Fabrizio Di Marzio, il quale, nella sua introduzione al Fascicolo 1, intitolata *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, invita proprio la comunità scientifica tutta a contribuire a «realizzare la comunità» quale funzione propria del diritto: «costruire regole per rendere possibile la vita in comune».

⁷ Pietra miliare di ogni ricognizione sul punto rimangono gli studi di G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, V-VI, 143 ss., di P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, 299 ss. e di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; v., altresì, *ex multis*, A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze contrattuali*, Milano, 2002; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg., II*, Torino, 2003, 1200 ss.; C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, 713 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss.; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018. Nella prospettiva comparatistica, v. C. ROSSELLO, *Sopravenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, cit., 373 ss.

⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., *passim*.

per la ridefinizione dei termini del rapporto nella prospettiva della sua prosecuzione».⁹

Si tratta di comprendere, tuttavia, se la cennata istanza di riequilibrio dei singoli rapporti sia rimessa esclusivamente all'autonomia negoziale, ovvero se la stessa sia riconducibile a un principio dell'ordinamento, tale da consentire un intervento giudiziale di riadeguamento delle pattuizioni negoziali, anche d'ufficio, nella prospettiva della conservazione di rapporti

Sia chiaro, tuttavia, che il presupposto di ogni riflessione della dottrina sul punto attiene sostanzialmente all'incidenza sul rapporto di una sopravvenienza che abbia alterato l'equilibrio economico del rapporto contrattuale, nel senso della maggiore onerosità di una delle prestazioni in questo dedotte¹⁰.

E questa sembra la direzione presa dallo stesso legislatore italiano nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile (precedente agli eventi pandemici), laddove si è enunciato l'obiettivo di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti *eccessivamente*

⁹ F. MACARIO, *op. cit.*, 16 ss.

¹⁰ La rinegoziazione e l'adeguamento del contratto sono disciplinate espressamente sia nei Principi Unidroit (art. 6.2.3), sia nei Principi della Commissione Lando (art. 6.11), che dal Codice europeo dei contratti (art. 157). In particolare, i Principi Unidroit, dopo aver stabilito, all'art. 6.2.1, che «Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*», dispone, all'art. 6.2.2., che «Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata». Infine, l'art. 6.2.3 dispone che «In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio».

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 originariamente convenuta dalle parti»¹¹.

Al ricorrere di tale genere di sopravvenienza si è studiata, pertanto, l'effettiva portata dell'interesse delle parti alla prosecuzione del rapporto attraverso l'adeguamento delle pattuizioni contrattuali. Si è così ritenuto che l'esame della disciplina dell'esecuzione dei contratti a lungo termine segnali l'esistenza nell'ordinamento di un vero e proprio principio di adeguamento delle pattuizioni contrattuali, che troverebbe la sua concretizzazione in regole specifiche.

Di là dalle precisazioni terminologiche, che porterebbero a preferire discorrere di «regole dell'adeguamento» quale attuazione sia del «principio di proporzionalità» che del «principio di adeguatezza» delle prestazioni¹², non appare revocabile in dubbio l'incidenza, in entrambe le ipotesi, del principio di conservazione dei rapporti, al quale non deve essere attribuita mera portata ermeneutica, quanto sostanziale valenza sul piano dell'efficacia e dell'integrazione delle pattuizioni¹³. Rilievo

¹¹ Il riferimento è al d.d.l. 28 febbraio 2019, art. 1, lett. i). Per una prima lettura, v. G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Questione giust.*, 2020, 63 ss.; v. altresì, *ivi*, 12, *L'importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte. Intervista a cura di Enrico Scoditti*.

¹² Sulla differenza tra principio di proporzionalità, che riguarda la relazione tra «elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili», e principio di adeguatezza, che riguarda invece il collegamento tra «elementi disomogenei», tale da implicare non già un bilanciamento sul piano della quantità degli interessi, bensì della qualità degli stessi, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *ID.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 448 s. Sul punto, v., altresì, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 71, il quale, nell'esaminare i contratti di scambio, discorreva di «proporzionalità di vantaggi e oneri correlativi».

¹³ Così, M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 706; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 147 ss. Sul punto, v. altresì le considerazioni di N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1156, secondo il quale l'art. 1367 c.c. «stabilisce la scelta in senso produttivo di effetti, e l'abbandono dell'altro non produttivo di effetti».

determinante, in tale contesto, deve tuttavia essere consegnato all'incidenza del principio di solidarietà, che informa di sé i comportamenti che devono tenere le parti nell'esecuzione del contratto, adempiendo in particolare agli obblighi imposti dalle regole di correttezza e buona fede¹⁴.

Sempre con riferimento a "quel" tipo di sopravvenienze, ha trovato conferma l'esigenza emergente dal caso concreto di realizzare il principio di conservazione degli effetti contrattuali, con conseguente nascita di un obbligo legale di rinegoziazione delle pattuizioni nell'ipotesi in cui le sopravvenienze abbiano inciso sulla proporzione e/o sull'adeguatezza delle prestazioni¹⁵. La flessibilità delle pattuizioni contrattuali, in tale prospettiva, costituisce «strumento di attuazione del rapporto»¹⁶.

¹⁴ V., a tal proposito, le considerazioni di F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, 129 ss., spec. 143, il quale condivisibilmente rileva che occorre valutare la condotta dovuta e le sue modalità esecutive, «non già in relazione all'astratto momento della nascita dell'obbligo, sebbene in relazione a quello concreto dell'esecuzione, nel quale, per effetto delle sopravvenienze atte ad alterare gli originari assetti, si precisa la dialettica degli interessi in gioco».

¹⁵ Di obbligo di rinegoziazione discorre F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 152, nell'ottica proprio della valorizzazione degli obblighi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto; v. pure F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arbitrato*, 1999, I, 71 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, II, 193 ss. La tesi secondo la quale l'obbligo di rinegoziazione possa fondarsi sulla clausola generale di buona fede è contestata da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, II, 713 ss.; in particolare, l'A. ritiene che laddove la clausola si limiti a prevedere che le parti trattino, senza specificare i termini dell'accordo rinegoziativo, il giudice «dovrebbe anzitutto inventarne un contenuto», tenuto peraltro conto che la stessa buona fede «non è in grado di indicarne solo uno ad esclusione di ogni altro» e che «più soluzioni, ma non eguali, siano di buona fede, non vuol dire che siano giuste. E l'alternativa non è indifferente, condizionando lo scambio». In senso fortemente contrario alla ricorrenza di un obbligo di rinegoziazione, v., di recente, E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, spec., 80 ss.

¹⁶ F. MACARIO, *op. cit.*; in posizione differente, v. A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. di dir. priv. Bessone*, Torino, 2004, 147 ss., spec., 153, il quale ritiene che l'esigenza di adattamento del contratto «non richieda la mediazione della costruzione di un'obbligazione di rinegoziare»; purtuttavia sostiene che il rifiuto di una parte di

2. Emergenza e adeguamento. La Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte. No, non è il nostro caso

Dal canto suo la giurisprudenza, prima dell'emergenza pandemica, non ha avuto modo di esprimersi in maniera “forte” sul punto. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, di là dalla nota decisione in materia di riduzione d'ufficio della penale eccessivamente onerosa¹⁷ (che non è tuttavia intervenuta su uno squilibrio sopravvenuto, quanto genetico, e di una sola delle pattuizioni), non risultano, allo stato, decisioni in grado di segnare un orientamento. Quanto invece alla giurisprudenza di merito, degna di nota è sia l'esperienza pugliese¹⁸ che quella emiliana¹⁹

rinegoziare sia fonte risarcitoria nei confronti dell'altra per il «danno che questa abbia sofferto per effetto dell'inesecuzione del contratto nelle more del giudizio»; v., altresì, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 9, il quale condivisibilmente afferma che di fronte ad una trasformazione dell'economia dell'affare che oltrepassi l'alea contrattuale normale, «l'applicazione letterale dell'art. 1372 c.c. equivarrebbe a violazione della vincolatività “sostanziale” del contratto, mentre la revisione negoziale alla luce della mutata realtà consentirebbe la realizzazione “dell'originario programma economico” e, dunque, della funzione che esso persegue in concreto».

¹⁷ Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, c. 106.

¹⁸ Trib. Bari, 14 giugno 2011 (ord.), in *Contratti*, 2012, VII, 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 117 ss., con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*. Nella prima pronuncia il giudice pugliese ha ritenuto che «Nei contratti ad esecuzione non istantanea si ritiene, sulla base della logica cooperativa e relazionale che presiede allo sviluppo del rapporto in fase esecutiva, che in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario, si ponga un problema di adeguamento delle clausole contrattuali, in modo da garantire la conservazione del negozio, piuttosto che il suo venir meno o la sua risoluzione (che la parte interessata all'adeguamento potrebbe subire)»; nella seconda afferma la sussistenza dell'obbligo di rinegoziare, in base alla clausola generale di buona fede, «nel caso di contratti collegati in cui la sopravvenienza [...] incida sul complessivo equilibrio dell'operazione negoziale».

¹⁹ Trib. Bologna, sez. fall., 26 aprile 2013 (decr.), in www.ildirittodegliaffari.it, che, richiamato l'orientamento dottrinale che afferma l'esistenza di un «obbligo di adeguamento connesso all'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto», che costituisce «ulteriore esplicitazione dell'autonomia privata e non sua impropria negazione, in quanto mira al conseguimento del risultato contrattuale perseguito con il ripristino dell'equilibrio dell'intera operazione economica mediante il suo allineamento alle mutate circostanze», ha ritenuto sussistente l'obbligo – sotteso ai

che hanno avuto modo di virgolettare il pensiero di Francesco Macario (non potendo tuttavia citarlo!), sulla strada del riconoscimento dell'immanenza all'ordinamento dell'obbligo di rinegoziazione e del conseguente potere di intervento perequativo del giudice in assenza di raggiungimento dell'accordo delle parti, anche attraverso il ricorso all'art. 2932 c.c.

Destano invece preoccupazioni gli interventi della giurisprudenza dell'emergenza.

Con discreta tempestività, il massimo *sommelier* i.e. la Corte Suprema di Cassazione, per mezzo dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo ha pubblicato una Relazione tematica avente ad oggetto «Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale²⁰. Pur non trattandosi di un intervento decisorio, l'autorevolezza della riflessione potrebbe ragionevolmente essere considerata un binario da seguire da parte della giurisprudenza, soprattutto di merito.

Si tratta di uno studio articolato e ben documentato che, tuttavia, merita qualche riflessione critica. A fronte dell'obiettivo dell'indagine individuato nella «gestione delle sopravvenienze dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali» e dei «correlati rimedi di natura legale e convenzionale», non convince la premessa dell'indagine sul punto della valutazione del c.d. sinallagma, la *Relazione* ci dice che «se il contratto è commutativo, lo scambio è fra prestazioni economicamente equivalenti»²¹, «di talché le vicende successive alla formazione del negozio che influiscono sul valore di una prestazione innescandone uno squilibrio economico rispetto all'altra, sono suscettibili di ripercuotersi sulla sorte del contratto».

Viene alla memoria il sempre compianto Francesco Galgano che, nelle sue indimenticabili lezioni bolognesi, ci faceva riflettere che «nessuna norma di legge impone di uniformare le ragioni contrattuali

contratti di durata - di rinegoziazione delle condizioni originariamente pattuite (nel caso di specie, tasso, valutazione del portafoglio e termini di rientro) in ragione della “modificazione” insita nel ricorso ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

²⁰ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020.

²¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 2 (il corsivo non è nel testo originario).

dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza delle prestazioni»²². Posizione, quest'ultima, condivisa anche da chi, come Pietro Perlingieri, ha guardato all'ordinamento in una prospettiva spesso differente dal primo. Il *Maestro* ha più volte avuto modo di sottolineare, in particolare nei suoi studi sulla portata del principio di proporzionalità, che quest'ultimo non impone una equivalenza delle prestazioni, prescinde dalle valutazioni di mercato relative a un bene, ma al più vieta una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste²³. Peraltro, la stessa Suprema Corte ha affermato, sia pure non spesso, che «l'ordinamento italiano non conosce un principio di necessaria equivalenza delle prestazioni», sì che «l'eventuale squilibrio economico di queste, quando non rientri in altre figure portanti all'invalidità del contratto, non ne inficia la validità»²⁴.

L'iniziale economica equivalenza delle prestazioni non può e non deve, pertanto, costituire l'oggetto dell'attività perequativa del giudice, salvo che lo si voglia intendere quale equilibrio soggettivo della negoziazione, pur in presenza di prestazioni non economicamente equivalenti (sostanzialmente, un meritevole “squilibrio”). Il che rende ancor più delicato il compito del giudice del merito, atteso che la sopravvenienza pandemica può aver inciso in maniera determinante sugli interessi, patrimoniali e non, tutelati dal rapporto, non solo di quella che sembra essere la parte “debole” del rapporto (il locatario, l'affittuario, il mutuatario, etc.), ma anche della parte, sulla carta, “forte”, tenuto conto che “quel” rapporto può costituire, come spesso accade, parte di un più complesso intreccio di rapporti di relazioni patrimoniali.

La citata *Relazione* della Suprema Corte ritiene, nell'ordine, scarsamente utile il ricorso alle norme sull'impossibilità sopravvenuta, tenuto conto che sovente la prestazione sarà solo parzialmente o provvisoriamente impossibile²⁵, inutile il ricorso al rimedio

²² F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 535 s., anche se da tale assunto ne deduceva la vincolatività dell'atto di autonomia anche nei confronti del giudice.

²³ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo*, cit., 454 s., il quale sottolinea che l'equilibrio deve sussistere anche nei contratti con obbligazioni di una sola parte.

²⁴ Cass., 26 marzo 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 476

²⁵ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione* n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 2 ss.

dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto rimedio demolitorio²⁶, ininfluenza la normativa in tema di inadempimento, attesa l'irrelevanza della condizione soggettiva di impotenza finanziaria del debitore²⁷.

Quanto poi alla segnalata «breccia» che, finalmente, il Covid potrebbe aprire nella «formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.»²⁸, se ne apprezza l'apertura, anche se non sembra che ci sia bisogno della sopravvenienza pandemica per mettere in discussione la portata di quella norma, come da tempo la dottrina va affermando.

Sul piano della *pars costruens*, la *Relazione* identifica correttamente che il «problema attiene alla base legale su cui, se del caso, fondare l'obbligo di negoziazione»²⁹, che appare però dato per scontato, senza tuttavia un adeguato supporto argomentativo. Lascia infatti perplessi la conclusione secondo la quale, in presenza di sopravvenienza incidente sul «terreno fattuale» e sull'«assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale», l'accesso alla rinegoziazione sia considerato un diritto spettante alla sola «parte danneggiata *in executivis*», *id est* il debitore della prestazione pecuniaria.

L'impatto economico della pandemia è *blind*, qualcuno lo ha definito democratico, ha toccato e tocca tutti, parti dei rapporti contrattuali incluse, *deboli* e *forti*. La base legale dell'obbligo di rinegoziazione – da valutare necessariamente in concreto - non può essere quello meramente formale dell'interesse del debitore, soprattutto se la base economica di riferimento per la valutazione dell'equilibrio da “manutenere” viene identificato nella equivalenza economica delle prestazioni oggetto dello scambio.

Correttamente Raffaele Di Raimo, in una riflessione precedente, sottolinea che, alla fine di questa «guerra», come la definisce, la discontinuità che ne seguirà avrà come protagonisti il credito e il debito,

²⁶ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 4 ss.

²⁷ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 6 ss.

²⁸ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 19 ss.

²⁹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 20 ss.

con la precisazione che «non tutti i crediti sono uguali e che, soprattutto, non lo sono tutti i debitori»³⁰.

Nella *Relazione* del Massimario si afferma condivisibilmente che la *buona fede* rappresenta un «importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale»³¹.

È la *buona fede oggettiva* nella fase esecutiva del contratto *ex art. 1375 c.c.*, pertanto, nel ragionamento della Corte, ad assumere centralità, «postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»³².

Certo, la buona fede costituisce senza dubbio uno strumento al quale l'interprete deve ricorrere nel suo intervento perequativo. Ma manca sempre qualcosa nel ragionamento della *Relazione*. È il nostro caso? Quali sono i caratteri che tale rovesciamento del terreno fattuale e dell'assetto giuridico-economico deve presentare al fine di ritenere sussistente un obbligo di rinegoziazione? O questo è diretta conseguenza della pandemia *e più non dimandar?*

Virgilio converrà che **non sembra condivisibile che il necessario «contemperamento tra istanze creditorie e debitorie» debba sempre portare alla rinegoziazione**, non essendo, il nostro, il caso, come invece

³⁰ R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 2*, 2020, 155 ss.

³¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione n. 56 del 8 luglio 2020*, cit., p. 21 s. In linea più generale, prosegue la *Relazione*, «il dovere di correttezza viene considerato alla stregua di limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) contrattualmente attribuita, concorrendo alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse proprio dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse».

³² Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione n. 56 del 8 luglio 2020*, cit., 22.

indica la *Relazione*, di «prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose»³³, per come le abbiamo conosciute sinora.

Le prestazioni dedotte nel contratto il cui svolgimento è stato “toccato” dal *lockdown*, in molti casi, non sono né temporaneamente impossibili, né eccessivamente onerose³⁴. Potrà, al più porsi, come si vedrà innanzi, di un’ipotesi di *inesigibilità temporanea della prestazione*, quale conseguenza proprio del contemperamento delle istanze creditorie e debitorie, in ossequio al principio di solidarietà.

Aurelio Gentili puntualmente sottolinea che ci si trova in presenza di prestazioni solo soggettivamente impossibili perché conseguenti alla «interruzione dei flussi di cassa»³⁵.

Con pari chiarezza Guido Alpa sottolinea che non vi è alcuna modifica del corrispettivo: *ciò che è sostanzialmente mutata è la «capacità di organizzare il pagamento, o di provvedere al pagamento», ma ciò – e qui emerge il vero momento critico – non può comportare che la controparte venga gravata giudizialmente, in via perequativa, di quel rischio «per il solo fatto che sia diventato più difficile per il debitore eseguire la prestazione»*³⁶. Ma ci torneremo, perché questo è il *pactum dolens*.

Correttamente Nicola Cipriani rileva che non può non essere presa in considerazione l’ipotesi nella quale «*il contraente più danneggiato in quella negoziazione potrebbe anche essere in concreto il contraente*

³³ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione* n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 23.

³⁴ *Contra*, A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, 240, il quale ritiene che «La pandemia può configurare un evento straordinario e imprevedibile, non riconducibile nella normale alea del contratto, idoneo a rendere, con riferimento ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa, come nel caso della sostanziale irreperibilità e conseguente incremento generale dei prezzi delle materie prime nonché della contrazione dei servizi di trasporto».

³⁵ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa*, cit., 392 s., il quale correttamente sottolinea che neppure il rallentamento del mercato è impossibilità, rientrando nel rischio d’impresa.

³⁶ G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, suppl. III, 60.

economicamente più forte, quello più in grado di fronteggiare la situazione di crisi»³⁷.

3. *L'arma letale: la buona fede come trasferimento del rischio d'impresa; la buona fede come strumento per valorizzare l'analisi economica del diritto dei contratti*

Il ricorso da parte del giudice al *principio di solidarietà*, ma ancor di più alla *buona fede* e alla *correttezza*, in circostanze eccezionali, ma anche transitorie, quali quelle che stiamo vivendo, è uno strumento delicatissimo, che richiede una sensibilità dell'interprete superiore a quella tradizionalmente utilizzata in casi nei quali gli schemi sono consolidati. E anche i rimedi.

Hic sunt leones. La giurisprudenza deve dare il massimo in termini di rigore argomentativo delle decisioni e di ragionevolezza delle conclusioni. L'impatto sul sistema delle sue pronunce, in questo momento, può avere conseguenze determinanti sul futuro economico post-pandemia.

Sia consentito, ma qualche fondato timore appare legittimo di fronte ad alcune premesse.

Il rapporto inciso dalle sopravvenienze dovute alla pandemia non può avere, nella prospettiva dell'integrazione giudiziale perequativa, l'obiettivo di «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»³⁸.

Sia sempre consentito, ma se questo è il risultato che la buona fede integrativa deve raggiungere, trattasi di *arma letale*, le cui conseguenze possono essere ancor più squilibrate della stessa sopravvenienza.

Riequilibrio non può significare trasferimento del rischio di impresa su chi quell'impresa non la esercita.

La *Relazione* assume, sul punto, profili rivoluzionari sul piano della portata delle clausole generali nonché della stessa lettura della disciplina generale del contratto.

³⁷ N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., 663.

³⁸ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 24.

Suggerisce infatti di «accantonare le categorie giuridiche» e – a legger bene – del «principio *pacta sunt servanda*», conferendo alla buona fede il ruolo di baluardo di un nuovo approccio interpretativo «che non trascuri ma valorizzi l'analisi economica del diritto dei contratti»³⁹.

Gli è che proprio quell'analisi economica del diritto, finalizzata alla realizzazione dell'efficienza del mercato, verrebbe a neutralizzare quell'unico valore che può essere utile al fine di giustificare un intervento perequativo del giudice: la realizzazione del principio di solidarietà⁴⁰.

La pandemia ha inevitabilmente inciso su esigenze fondamentali della persona e sulla realizzazione dei suoi valori. L'analisi economica del diritto, la sua visione produttivistica portano con sé proprio la negazione delle logiche della rinegoziazione. In quella prospettiva, infatti, l'interesse di un locatore al profitto, a prescindere dall'andamento dell'azienda del locatario, assumerebbe il valore da tutelare, quello dell'efficienza. Ma così, per fortuna, non è, in questo ordinamento.

Se vi è spazio, in alcuni casi, all'obbligo di rinegoziazione, come si vedrà, lo si deve proprio alla realizzazione dei principi dell'ordinamento, tra i quali non c'è l'efficienza del mercato, se non quale strumento per la realizzazione degli interessi della personalità. È la realizzazione del dovere di solidarietà economica che deve essere verificato.

³⁹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 del 8 luglio 2020, cit., 23.

⁴⁰ Come è noto, lo studio del diritto nella prospettiva della «analisi economica» risulta ormai accantonato dai suoi stessi precursori, i quali, peraltro, non hanno mai inteso attribuire, nella loro prospettiva, questo ruolo alla buona fede e, tantomeno, alla regola consacrata dall'art. 1372 c.c., valorizzata, anzi, nella prospettiva della «forza» del mercato e dei suoi operatori. Per una critica serrata, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV ed., I, *Metodi e tecniche*, 2020, 91 ss., il quale, tra le varie critiche a tale approccio al diritto dei contratti, sottolinea che «trascura la vera questione giuridica, che è di considerare la singola fattispecie nel rispetto delle sue particolarità soggettive e oggettive, anziché privilegiare riflessioni su come realizzare una ottimizzazione del risultato economico, lasciando in secondo piano gli scopi extra-economici del diritto e dei singoli».

Il settore dei contratti di locazione a uso commerciale, come detto, può costituire il naturale banco di prova per verificare la correttezza del metodo prescelto dall'interprete al fine di realizzare il "contemperamento" degli interessi delle parti del rapporto obbligatorio contrattuale.

Il locatore, lo abbiamo già detto, non partecipa al rischio d'impresa del locatario.

Certamente la crisi pandemica può aver inciso sugli assetti patrimoniali complessivi delle parti di quel contratto. Di entrambe le parti. Da qui, a voler ritenere la immanenza di un obbligo generalizzato di rinegoziare il corrispettivo per il godimento dell'immobile, che rimane nella disponibilità del locatario, ce ne passa. E non è certamente l'analisi economica del diritto che può legittimare l'esistenza di quell'obbligo.

Aurelio Gentili sottolinea che, come sarebbe "ingiusto" che il locatore di un immobile destinato a uso commerciale debba partecipare *ex lege* ai profitti del locatario, sarebbe parimenti "ingiusto" che quel medesimo locatore - pur rimanendo il possesso dell'immobile nella disponibilità del locatario - non riceva il corrispettivo «solo perché il conduttore non si è premunito di riserve finanziarie per i tempi difficili»⁴¹.

Si immagini il caso del ristoratore che ha subito il *factum principis* della chiusura dei locali commerciali al pubblico. Prima del *lockdown*, fatturava mediamente € 30.000,00 mensili e aveva costi (personale, locazione, consumi energetici, acquisto vivande e bevande, etc.) per € 25.000,00 mensili; preso atto del *lockdown*, mette tutto il personale, tranne il cuoco, in cassa integrazione, con un risparmio di circa € 15.000,00, beneficia del credito di imposta del 60% sul canone di locazione (su € 4.000,00 mensili)⁴² e si dedica con successo al sushi "da asporto", con un fatturato di 15.000,00 mensili. Si rivolge tuttavia all'autorità giudiziaria per la riduzione del canone di locazione sino al mese di giugno 2021, non avendo il proprietario assentito alla

⁴¹ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa*, cit., 390.

⁴² La misura, che inizialmente prevedeva quale requisito la perdita del 50% del fatturato rispetto allo stesso mese del periodo di imposta precedente, con riferimento ai mesi di marzo, aprile e maggio 2020, è stata poi estesa ai mesi di ottobre, novembre e dicembre, questa volta a prescindere dal volume di ricavi e compensi registrato nel periodo di imposta precedente.

rinegoziazione consensuale dello stesso. A questo punto viene da chiedersi quale debba essere la “giusta” decisione del giudice investito della questione il quale intenda far proprie le riflessioni dell’Ufficio del Massimario della Corte Suprema di intervenire, ricorrendo alla *buona fede*, per conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito. Rigettare il ricorso e aumentare il canone di locazione?

Il pur necessario intervento giudiziale perequativo deve fare buon uso della *buona fede* e di tutte le sue declinazioni. La solidarietà che, a sua volta, è chiave di lettura della *buona fede* nella sua applicazione concreta, non può essere unilaterale, pena la negazione della visione del rapporto obbligatorio quale rapporto basato sulla cooperazione delle parti.

Il timore di un utilizzo improprio dell’arma – come accennato, già da più parti segnalato dalla dottrina autorevole citata – sembra tuttavia fondato e il caso ipotizzato poc’anzi potrebbe già avere un precedente giurisprudenziale da cavalcare.

In una già nota pronuncia, la sezione feriale del Tribunale di Roma, facendo proprie le considerazioni pre-coronavirus della dottrina, nonché di alcune delle valutazioni emerse dalla *Relazione* del Massimario, ha deciso che «in relazione agli effetti della pandemia causata dal Covid-19, nel caso dei contratti relazionali sussiste 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», con la conseguenza che «in assenza di rinegoziazione del contratto, deve ritenersi doveroso fare ricorso alla clausola generale di buona fede e solidarietà sancita dall’art. 2 della Carta costituzionale al fine di riportare il contratto entro i limiti dell’alea normale del contratto»⁴³.

⁴³ Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.* 2020, XI, 2443, con nota critica di G. SICCHIERO, (*Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.*) e nota adesiva di P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*. La pronuncia è criticata altresì da N. CIPRIANI, *L’impatto del lockdown*, cit., 672. Lo stesso Tribunale, in una controversia relativa ad un affitto di azienda aveva ritenuto sussistere un’ipotesi di impossibilità parziale e temporanea, da parte del locatore, delle prestazioni contrattuali (obbligo di consentire all’affittuario, nei locali aziendali, l’esercizio dell’attività di vendita al dettaglio), con conseguente riduzione del canone di affitto ex art. 1464 c.c., così Trib. Roma, 29 maggio 2020 (ord.), in *www.ilcaso.it*. Per un’analisi delle prime esperienze giurisprudenziali, v. F. MACARIO, *Covid e*

L'arma letale è esplosa. Avanza il dogma dell'obbligo immanente di rinegoziazione causa *lockdown* dei contratti di locazione.

Nel caso esaminato dal tribunale capitolino, il conduttore di un immobile a uso commerciale chiedeva, in via d'urgenza, la riduzione del canone di locazione, nonché la sospensione di una fideiussione bancaria contratta a garanzia proprio dei canoni di locazione. Di là dalla decisione urgente con la quale il tribunale ha disposto la riduzione dei canoni di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno a marzo 2021, nonché la sospensione della garanzia fideiussoria, ciò che preoccupa è che la pronuncia abbia ignorato qualunque interesse del proprietario dell'immobile, trasferendo sostanzialmente su quest'ultimo il rischio d'impresa, abbia altresì ignorato qualsiasi dato contabile dal quale potesse emergere un significativo peggioramento della situazione economica dell'azienda, ovvero una situazione di difficoltà patrimoniale personale del conduttore; infine, la valutazione di insufficienza – non valutata alla luce di quei dati contabili – delle misure governative con le quali è stato concesso proprio ai conduttori di locali ad uso commerciale un credito d'imposta pari al 60% del canone di locazione.

Quid iuris per il contratto di locazione di un immobile nel quale vengono prodotte mascherine chirurgiche che visto aumentare i propri guadagni del 1000 %?

Riequilibrio, buona fede integrativa, solidarietà sono “armi” in mano all'interprete molto delicate e necessitano di grandissima cura, pena un effetto distorsivo delle regole dello stesso mercato che, quell'intervento perequativo astrattamente mirerebbe a tutelare.

4. Riflessioni ricostruttive e propositi riformisti del legislatore

Pare a questo punto chiaro che chi scrive non accoglie l'idea dell'immanente obbligo di rinegoziazione di tutti i contratti il cui rapporto sia stato “toccato” dal *lockdown* e che tantomeno accoglie quella della sacralità del vincolo contrattuale.

La sensazione è che non si possano, *de iure condito*, adottare

locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte “urgenti” della giurisprudenza, in *Contratti*, 2020, V, 525 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, *ibidem*, 712 ss.

acriticamente le argomentazioni e le soluzioni raggiunte con coerenza dalla dottrina in materia di sopravvenienze nei contratti di durata pre-pandemia o avulse dalla pandemia. Tutti gli studi sulla materia hanno avuto come “campo di battaglia” lo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni sul piano strettamente economico in una prospettiva non demolitoria del rapporto ma di manutenzione dello stesso⁴⁴. E la solidarietà e la buona fede hanno svolto egregiamente il proprio ruolo.

Come è emerso invece dalle riflessioni di tanti autorevoli studiosi del tema della sopravvenienza pandemica, se è vero che si è sempre in presenza di sopravvenienze non prevedibili, qui manca qualsiasi forma di patologia o modificazione *in peius* ma anche di squilibrio sopravvenuto del rapporto contrattuale; le prestazioni non sono diventate né impossibili né maggiormente onerose: nessuna delle parti trova un vantaggio non meritevole nel ricevere la prestazione come dedotta nel titolo costitutivo del rapporto.

Ciò che veramente accomuna la sopravvenienza “sistemica” della quale si tratta con le sopravvenienze che governano isolatamente singoli rapporti contrattuali o operazioni economiche è proprio il ricorso al principio di solidarietà e alla clausola generale della buona fede, sia pure secondo approcci differenti.

In una contingenza delicata e assolutamente nuova all’esperienza giuridica il ricorso a principi e regole necessita più che mai di un uso accurato e fondato su ragionevolezza⁴⁵, trattandosi, questa volta, di valutare e bilanciare l’incidenza di interessi non solo molto più ampi del solito, anche di natura non patrimoniale, ma anche esterni alle

⁴⁴ Un rigoroso studio sulle conseguenze delle sopravvenienze non patrimoniali sulle vicende delle obbligazioni si deve a O. CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

⁴⁵ Sulla portata del principio di ragionevolezza, v., *ex multis*, G. SCACCIA, *Gli strumenti della “ragionevolezza” nel giudizio costituzionale*, Milano 2000; con riferimento ai rapporti privatistici, v. S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Napoli, 2008; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; G. PERLINIGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, III, 716 ss.; in una prospettiva differente, cfr. F. PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, IV, 1344 ss.; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2018; ID. *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, VI, 1427 ss.

vicende di quel rapporto oggetto di manutenzione. Se l'intero mercato ha subito la sopravvenienza, la cura deve essere in condizione di operare non solo valutando l'intera posizione patrimoniale e personale delle parti del rapporto sul quale intervenire ma anche il suo impatto sull'intero mercato.

Altrimenti il rischio di giustizia sommaria è dietro l'angolo.

L'istanza di adeguamento del rapporto deve essere valutata attraverso il bilanciamento degli interessi, l'analisi dei quali, se da un lato deve prendere in considerazione l'impatto della sopravvenienza, non può ignorare lo *status quo ante*, i presupposti di fatto e di diritto che hanno portato a una determinata valutazione negoziale al momento della conclusione dell'accordo, ma di certo non nella logica di costi e ricavi.

La questione verte proprio sull'uso appropriato delle clausole generali e, in particolare, della buona fede. La strada suggerita dalla *Relazione* della Suprema Corte e sostanzialmente seguita dalla giurisprudenza di merito non appare in concreto realizzare i valori costituzionali che invece ne costituiscono il fondamento.

La valutazione delle vicende del contratto a seguito del *lockdown* può così portare, in relazione strettissima al caso concreto, a un intervento perequativo che, laddove necessario, e dovendo bilanciare con cura gli interessi di tutte le parti del rapporto, non necessariamente deve incidere sulla determinazione del *quantum* di quei corrispettivi consensualmente stabiliti dalle parti, ma al più – laddove necessario, a seguito dell'intervenuto bilanciamento degli interessi - sul *quomodo*, ricorrendo ad esempio a forme di ristrutturazione del debito maturato, secondo prospettive già note al diritto della crisi d'impresa. Proprio la realizzazione del dovere di solidarietà economica può portare l'interprete a ritenere che la valutazione complessiva, non solo del rapporto inciso dalla sopravvenienza, ma dell'intera situazione patrimoniale e non delle parti del rapporto, possa comportare una inesigibilità temporanea della prestazione, senza che ciò comporti necessariamente estinzione della stessa senza adempimento.

Ancora una volta, utili risultano le riflessioni – mai datate – della dottrina sul tema dell'incidenza delle sopravvenienze sul rapporto obbligatorio, con l'accortezza di non attualizzarle incondizionatamente.

Oramai oltre un secolo addietro, un giurista raffinato come Giuseppe Osti, studiando, durante la prima guerra mondiale, l'impossibilità

sopravvenuta delle prestazioni rilevava che, accanto alle ipotesi di impossibilità «oggettiva» della prestazione, causata da un «impedimento che si opponga all'esecuzione della prestazione in sé e per sé considerato», vi fossero ipotesi di impossibilità «soggettiva», causata invece da un «impedimento insorto nella sua persona o nelle sfere della sua economia individuale, senza essere necessariamente collegato al contenuto intrinseco della prestazione»⁴⁶.

In un altro studio fondamentale sempre sul tema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, in particolare, sulla individuazione e sui limiti della «causa non imputabile», Pietro Perlingieri segnalava la «pericolosità» dello stesso ricorso alle clausole generali: «altro è la diligenza in un sistema giuridico improntato alla produttività e all'efficientismo, altro è in un sistema in cui all'apice della gerarchia dei valori è il rispetto e lo sviluppo della persona»⁴⁷; in questa prospettiva la «causa non imputabile» può anche ravvisarsi laddove «la prestazione sia possibile, ma il relativo adempimento impedirebbe, anche soltanto di fatto, l'attuazione di un dovere o l'esercizio di un diritto, espressioni concrete e genuine della personalità, considerate prevalenti a livello costituzionale rispetto all'obbligo dell'adempimento dell'obbligazione»⁴⁸.

Nei rapporti «toccati» dal *lockdown*, tuttavia, più che di impossibilità della prestazione, appare corretto discorrere, in alcuni casi, di inesigibilità temporanea della stessa, giustificata proprio dalla realizzazione del principio di solidarietà, anche a prescindere dal

⁴⁶ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 217 ss.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 453 ss. ove sottolinea l'importanza della relativizzazione del problema della non imputabilità della causa dell'impossibilità della prestazione: «E' questa la via da seguire per umanizzare e socializzare l'attuazione della disciplina dell'impossibilità della prestazione attribuendole contenuti che si ispirano anziché alla fredda logica della produttività, alla logica del rispetto della dignità e della personalità».

⁴⁸ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 455. Ritiene utile, con riferimento ai contratti incisi dagli effetti del *lockdown*, il ricorso all'ipotesi prevista dall'art. 1256, comma 2, c.c., in tema di temporanea inesigibilità della prestazione, A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 1*, 2020, 231.

ricorso alla buona fede⁴⁹. Né, sembra, peraltro che si possa discorrere di inesigibilità della prestazione soltanto in presenza di sopravvenienze di natura strettamente non patrimoniale⁵⁰. Proprio le misure di contenimento dovute alla pandemia dimostrano come eventi in grado di incidere su assetti economici consolidati possano comportare interventi giudiziali che non intacchino l'*an* della prestazione, ma soltanto il *quomodo* della stessa⁵¹.

Solo, in alcune ipotesi, a seguito di un attento bilanciamento degli interessi, l'esigibilità delle prestazioni dedotte in un rapporto

⁴⁹ Luigi Mengoni, al quale si devono gli studi che hanno portato alla individuazione della inesigibilità quale categoria differente dall'impossibilità, tuttavia, non ha mai inteso riconoscere diretta applicabilità ai principi costituzionali, ritenendo necessaria l'intermediazione delle clausole generali; cfr., da ultimo, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997; I, 1 ss. Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione del pensiero di Mengoni proprio sul profilo dell'inesigibilità, v. O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali*, cit., 93 ss. L'applicazione diretta dei principi costituzionali, per rimanere nell'ambito degli studi in tema di inadempimento delle obbligazioni, è sostanzialmente negata anche da G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 103 ss. *Contra*, per tutti, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., 454; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, 95 ss.

⁵⁰ Così, invece, O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali*, cit. 158 ss. Nel senso espresso nel testo, invece, Corte Cost., 1° aprile 1992, n. 149, in *Giur. cost.*, IV, 1992, 1024 ss. V. altresì Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 19, *ivi.*, 1994, 136 ss., ove si è sostenuto che se «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»; in questa pronuncia la Corte supera la tesi mengoniana della necessaria mediazione di norme ordinarie al fine della attuazione del principio costituzionale di solidarietà quale limite alla pretesa del creditore.

⁵¹ *Contra* O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta della oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, 356, la quale conferma la sua ricostruzione secondo la quale «restano estranee alle fattispecie liberatorie ascrivibili a tale categoria [l'inesigibilità] le sopravvenienze e gli avvenimenti che colpiscono semplicemente il patrimonio del debitore oppure che comportano ponderazioni concernenti valori esclusivamente patrimoniali». L'A. ritiene applicabili al caso che ci occupa le norme dettate dagli artt. 1256, comma 2, 1463 ss. e 1460 c.c.

obbligatorio inciso dal rispetto delle “misure di contenimento” può configurare un’ipotesi di abuso del diritto⁵².

Nei suoi fondamentali scritti in tema di responsabilità contrattuale, Luigi Mengoni efficacemente sosteneva che la «regola di correttezza adempie anche una funzione-limite dell’esercizio della pretesa creditoria quando la realizzazione dell’interesse del creditore non sia possibile se non col sacrificio di un interesse che, confrontato con la

⁵² Cfr., le riflessioni pre-pandemia di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 448, il quale sosteneva che «Dalla propria matrice l’inesigibilità ricava il carattere della manifestazione in via di eccezione e, quindi, la funzione di strumento di contrasto di una pretesa creditoria in concreto abusiva, perché portata avanti nell’indifferenza per il sacrificio di interessi del debitore preminenti sul piano assiologico». L’A. ritiene tuttavia necessario che il rimedio sia mediato dal ricorso alla buona fede. In una successiva riflessione a margine dell’emergenza pandemica, Piraino ritiene necessario invece, con riferimento ai contratti di locazione, il ricorso alla «risoluzione parziale», quale effetto della «impossibilità temporanea», con la finalità di ridurre l’ammontare dei corrispettivi dovuti «in misura tale da ripristinare l’equilibrio con l’utilità residua che la prestazione di dazione in godimento continua a offrire al conduttore», così, ID., *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contratti*, 2020, IV, 495. Anche questa ricostruzione, per quanto detto, non è appagante, sia per la sua portata generalizzante, non prendendo in considerazione l’incidenza complessiva delle misure di contenimento sulle parti dello specifico rapporto oggetto di valutazione; parimenti non condivisibile l’assunto secondo il quale la riduzione del canone non sia preclusa dall’eventuale beneficio del credito di imposta del 60% del canone, che invece, appare proprio essere segnale forte dell’interesse del legislatore di farsi carico di un’incidenza forfettaria ma significativa della sopravvenienza senza che ciò incida né sui tempi né sull’ammontare dell’intero canone di locazione, interamente esigibile. Non sembra, peraltro, che possa attribuirsi portata sistematica alla disposto dell’art. 216, comma 3, del d.l. n. 34 del 2020, laddove si prevede 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 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». Non tutte le altre attività commerciali esercitate negli immobili concessi in locazione sono state “sospese”. Nel settore della ristorazione e dei bar, ad esempio, si è proibito, per un periodo limitato, l’accesso del pubblico ai locali dell’impresa, ma non lo svolgimento dell’attività.

tavola dei valori costituzionalmente protetti, appare più meritevole di tutela»⁵³.

Sia chiaro, l'inesigibilità della prestazione non è, anche attualizzando il pensiero dei Maestri, un effetto *ex lege* del *lockdown*, ma può essere valutato come rimedio adeguato dopo il bilanciamento degli interessi meritevoli delle parti di quel rapporto, si ripete, anche esterni alle vicende dirette di quest'ultimo. L'inesigibilità, a differenza dell'impossibilità, non incide in maniera definitiva sulle obbligazioni inadempite, ma sospende solamente il diritto del creditore a pretenderne l'adempimento per un periodo limitato di tempo, quale può essere, nel nostro caso, il perdurare delle "misure di contenimento"⁵⁴. L'obbligazione non è estinta a causa della sopravvenienza.

Questa sembra peraltro essere la chiave di lettura dell'intervento del legislatore dell'emergenza, laddove, è utile ribadirlo, 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».

Ancor di più che nelle ipotesi "ordinaria" di gestione della sopravvenienza, la prospettiva non può essere quella dell'adeguamento in senso oggettivo, del bilanciamento secondo canoni predeterminati, bensì quella della dinamica della relazione tra determinati centri di

⁵³ L. MENGONI, *Le obbligazioni*, in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, 367. Che la non esigibilità della prestazione trovi fondamento in un «giudizio di valore» effettuato nel momento esecutivo del rapporto obbligatorio quale conseguenza del bilanciamento di interessi antagonisti, Mengoni lo afferma poi in veste di relatore nella citata pronuncia n. 149 del 1992.

⁵⁴ Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 449, il quale richiama (nt. 482) il pensiero di Mengoni, che distingueva tra «ineseguibilità» (impossibilità oggettiva ma relativa) e «inesigibilità»; così, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089. Piraino fa altresì rilevare che «Quella stasi nello svolgimento dell'obbligazione prodotta dal mancato accoglimento della pretesa del creditore che, però, non ne impedisce la riproposizione, in ossequio alle tipiche cadenze dell'eccezione di dolo generale quale rimedio apposito contro la violazione del divieto di abuso del diritto. L'eccezione di dolo generale non mira, infatti, alla contestazione del titolo della pretesa, né sotto il profilo della sua esistenza né sotto quello della sua permanenza o modificazione (v. invece art. 2697, comma 2, c.c.), ma si limita a paralizzarne gli effetti nella specifica congiuntura in cui essi sono invocati da chi è legittimato proprio alla luce della valenza abusiva della loro richiesta»

interessi, con il limite del rispetto dei principi fondamentali. La ricerca dell'equa modificazione delle condizioni contrattuali, in presenza di pattuizioni originariamente conformi ai principi e alle regole che governano l'autonomia privata, deve avere quale punto di riferimento proprio queste ultime, in quanto soltanto così si potrà considerare quello che era l'equilibrio ritenuto dalle parti conforme alla realizzazione dei propri interessi⁵⁵.

Gli eventi pandemici hanno inciso, si diceva, più che sui rapporti contrattuali, sui patrimoni e sulle attività dei contraenti. Qui non si tratta più di naturale flessibilità delle prestazioni di un contratto di durata, ma di valutazione di un adeguato ricorso ai rimedi offerti dall'ordinamento per le ipotesi di inadempimento alle obbligazioni.

Non si tratta, tuttavia, di un giudizio di natura quantitativa, bensì di una valutazione delle prestazioni secondo un criterio di adeguatezza sul piano qualitativo, sensibile non soltanto ai profili più strettamente patrimoniali.

Se in alcuni casi, valutato non solo quel rapporto contrattuale, ma l'intera situazione patrimoniale, aziendale e personale delle parti in esso coinvolte e del contesto, anche di mercato, nel quale operano, può rendersi giustificato, quale risultato di un attento bilanciamento degli interessi, procedere all'adeguamento temporaneo *iussu iudicis* delle obbligazioni dedotte nel rapporto, in altri casi può ritenersi maggiormente rispettosa dei principi di proporzionalità e adeguatezza una ristrutturazione della stessa, attraverso, riduzione del debito maturato ovvero previsione di un piano di ammortamento dello stesso in grado di contemperare gli interessi delle parti⁵⁶. Ma, sia chiaro,

⁵⁵ V., in proposito, le considerazioni svolte in T.V. RUSSO, *Tutela dell'affidamento e responsabilità dello Stato tra risarcimento e rinegoziazione. Il caso del deposito unico nazionale per la raccolta di rifiuti radioattivi*, in *Corti pugliesi*, 2006, 1007 ss., a proposito dell'obbligo di rinegoziazione dei contratti di programma, nonché in *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2020, IV, 1486 ss.

⁵⁶ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com, Emergenza COVID-19, Speciale n. 3*, cit., 7 ss., il quale, richiamando la già citata norma portata dalla legge c.d. cura Italia (cfr. *supra* nota 4), ritiene condivisibilmente che questa consegna al giudice «(anche) il potere di fissare – con intervento conformativo sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione – il nuovo momento di scadenza dell'obbligazione». L'intervento del giudice, prosegue l'A., «può andare a toccare non solo le rate (già) scadute, ma pure quelle

l'esito di quel bilanciamento può portare anche a non consentire al giudice alcun intervento sul rapporto.

Il principio di solidarietà, nella prospettiva di un rapporto obbligatorio governato dalla cooperazione delle parti, sembra infine confermare tale assunto⁵⁷. Anche in questo frangente, il giudizio di meritevolezza della funzione di un negozio non può essere limitato al momento della sua genesi, dovendo più correttamente “accompagnare” la vita del rapporto da esso derivante in tutta la sua dinamicità, nella prospettiva della realizzazione della giustizia distributiva.

Ancora una volta, il rapporto come “adeguato” alle sopravvenienze rimane pur sempre un atto di autonomia privata che, si ripete, è sempre un bilanciamento tra fonti “autonome” e fonti “eteronome” di regolamentazione.

Il giudice assume un ruolo decisivo nella produzione della regola del caso concreto, secondo un giudizio di congruenza⁵⁸.

Il ricorso all'intervento perequativo giudiziale deve costituire, in ogni caso, l'*extrema ratio*, l'ultimo momento di un adeguato percorso di rinegoziazione che deve essere improntato al rispetto delle regole di correttezza e buona fede. Laddove l'intervento giudiziale si rendesse necessario, riequilibrare, ricorrere all'equità integrativa non può significare trasferire gli effetti della sopravvenienza sulle altre parti del rapporto né ignorare la complessiva situazione personale delle parti, anche al di fuori del rapporto del quale si chiede la “manutenzione”.

La soluzione, per quanto detto, non può essere unica per tutte le vicende.

La sensazione che si ha, leggendo le recenti pronunce, in particolare sul tema delle locazioni, è che il giudice si astragga dal caso concreto per dare una soluzione “universale”, o nel senso dell'obbligo di

ancora a scadere». Per un'attenta analisi dell'impatto del Covid-19 sulle reti contrattuali, v. C. CREA, *Contractual business network e pandemia: a forward-looking agenda*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 bis, 410 ss.

⁵⁷ V., in proposito, le considerazioni di R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1989, 129, il quale ritiene che il controllo legale delle sopravvenienze costituisca realizzazione dei principi di solidarietà e di giustizia sostanziale. Di dovere di cooperazione tra le parti contrattuali, in presenza di sopravvenienze che rendono inattuabile il rapporto obbligatorio, v. già Cass., 16 gennaio 1954, n. 86, in *Giur. it. Rep.*, 1954, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 207.

⁵⁸ Cfr., in tal senso, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., 353.

rinegoziazione, o della negazione dello stesso.

In una ancor più recente pronuncia, sempre il Tribunale di Roma, esaminando la richiesta d'urgenza di riduzione del canone di una locazione relativa ad attività extralberghiera di affittacamere, ha rigettato la stessa sul presupposto della inapplicabilità delle ordinarie regole in tema di impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione⁵⁹. Ha altresì ritenuto non immanente all'ordinamento un obbligo di rinegoziazione dei contratti ritenuti svantaggiosi per taluna delle parti, «ancorché in conseguenza di eventi eccezionali e imprevedibili», né del «potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali liberamente concordati dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge»⁶⁰. Il Tribunale ha ritenuto che il dovere delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra non possa trovare realizzazione laddove questo «comporti per la parte un sacrificio sicuramente "apprezzabile", quale il dimezzamento del canone di locazione, come richiesto in ricorso.

Decisamente interessante il rilievo che il Tribunale ha attribuito, al fine della decisione, alle numerose misure previste dal legislatore: provvedimenti di proroga dei prestiti, di sospensione dei pagamenti dei ratei dei mutui dei finanziamenti, di sospensione e proroga degli adempimenti fiscali; possibilità della cessione dei crediti di imposta in ragione del 60% dei canoni corrisposti; estensione dell'accesso alla cassa integrazione; possibilità di rinegoziazione dei mutui per alcune attività. Si enfatizza inoltre la scelta del legislatore di limitare alle sole «parti dei rapporti di concessione degli impianti sportivi pubblici» il diritto di concordare la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario e di limitare «per i soli conduttori di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di privati» il diritto alla riduzione del 50% del canone di locazione per i mesi da marzo a luglio 2020. Con riferimento a tutte le altre attività il legislatore dell'emergenza ha previsto la riportata regola dell'esclusione *ex artt.* 1218 e 1223 della responsabilità del debitore⁶¹.

Come si diceva, la decisione, pur valorizzando l'intero impianto

⁵⁹ Trib. Roma, 15 gennaio 2021.

⁶⁰ Trib. Roma, 15 gennaio 2021, cit.

⁶¹ Trib. Roma, 15 gennaio 2021, cit.

delle misure a favore delle imprese da parte dell'ordinamento, sembra astrarsi dal caso concreto. Di là dalla mancata adesione agli insegnamenti della dottrina in tema di rinegoziazione dei rapporti in presenza di sopravvenienze, anche a prescindere dai recenti eventi eccezionali, il Tribunale, pur attento nel ritenere doveroso valutare il "sacrificio" che viene richiesto all'altra parte del rapporto (il creditore dell'obbligazione pecuniaria) sembra muoversi sul mero binario tracciato dal poco rigoroso metodo *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*, per raggiungere la conclusione della non ricorrenza di alcun obbligo di rinegoziazione del contratto.

La scelta del legislatore dell'emergenza di "imporre" la riduzione del canone dei contratti relativi agli impianti sportivi, se è vero che non è applicabile analogicamente e indistintamente ad altre fattispecie, non pare poter essere considerata una norma eccezionale, nel senso comune dell'espressione. Quella norma è "parte" dell'ordinamento e come tale deve essere valutata, apprezzata e interpretata. Costituisce il segnale del legislatore della ragionevolezza della distinzione tra le ipotesi concrete. La reazione dell'ordinamento e dell'interprete deve essere differente nelle ipotesi nelle quali l'attività esercitata in quell'immobile sia stata interamente sospesa, rispetto a quelle nelle quali la limitazione concerne solo l'apertura al pubblico. Ancora una volta, sia chiaro, il fatto concreto (portata della misura di contenimento) deve essere valutato in uno con gli ancor più rilevanti interessi patrimoniali e non di entrambe le parti del rapporto. Si immagini il caso del locatore che trova la fonte del proprio sostentamento proprio in quel canone e che, magari, ha in corso un contratto di finanziamento per l'acquisto di quell'immobile, le cui rate, durante pandemia, possono essere state sospese, ma non "cancellate".

Ancora una volta, la giustizia deve sempre essere del caso concreto.

Una chiave di lettura utile per l'interprete sembra essere la valutazione che nessuna delle parti di quel rapporto trovi un vantaggio non meritevole nel ricevere la prestazione come dedotta nel titolo costitutivo del rapporto.

De iure condendo, se può darsi un suggerimento al legislatore delegante del progetto di riforma del codice, potrebbe essere opportuno sganciare la delega dal presupposto della «eccessiva onerosità», sia perché si rischierebbe di non apportare in concreto alcuna modifica alla legislazione esistente, sia perché la sopravvenienza incidente

sull'equilibrio delle pattuizioni – lo dimostra l'effetto sui contratti del *lockdown* - non è necessariamente ancorata alla variazione della onerosità (in senso letterale) di una delle prestazioni. La strada seguita dal legislatore tedesco già alcuni anni addietro, ancorata ad un concetto più ampio di «turbative del fondamento negoziale» sembra maggiormente adeguata, ma decisamente migliorabile⁶².

⁶² Il § 313 BGB, post riforma del 2003, in tema di turbative del fondamento negoziale, dispone che qualora le circostanze poste a fondamento del contratto si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione, tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un altro contenuto se avessero previsto una tale modificazione, può essere richiesto un adeguamento del contratto; perché si possa procedere alla revisione è richiesto che il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare della ripartizione contrattuale o legale dei rischi. La nuova disciplina, come è stato rilevato, si «affida alla capacità del giudice di interpretare il contratto e di discernere al suo interno lo schema di ripartizione dei rischi voluto dalle parti (tenuto conto del tipo negoziale e dello specifico contenuto), le circostanze effettivamente rilevanti e quindi l'assetto degli interessi contrattuali», così, P.G. MARASCO, *La rinegoziazione*, cit., 544.