

considerata utilmente percorribile, disposta e specificamente regolata l'introduzione di modalità di relazione mediante sistemi di comunicazione a distanza (quali *skype*, *whatsapp* e simili), al fine di ovviare alla temporanea sospensione della frequentazione figlio-genitore.

Il diritto del figlio a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, ricevendo da entrambi cura, educazione ed istruzione presuppone, tuttavia, la presenza attiva, la vicinanza fisica ed emotiva tra il minore e ognuno dei genitori. Impedire tale presenza, imponendo la sospensione della frequentazione di uno dei genitori, significa compromettere tale equilibrio relazionale e subordinare alla salute fisica del minore il suo benessere psichico.

Nonostante l'evoluzione tecnologica e la disponibilità di strumenti inimmaginabili fino ad un recente passato, non è pensabile poter realizzare quella esigenza relazionale con un collegamento da remoto, nel quale la percezione e la visualizzazione sono ridotte in immagini circoscritte, che precludono l'osservazione e la decodificazione dei comportamenti e impediscono che la relazione si sviluppi attingendo anche dagli stati emozionali, dai gesti e dagli aspetti comunicazionali del linguaggio non verbale.

Attraverso gli strumenti telematici si può mantenere un "contatto" solo metaforicamente, ma non trasmettere le emozioni, il calore, i sentimenti impliciti nei comportamenti di ciascun genitore, che solo una relazione sviluppata in

presenza è in grado di assicurare. Quella del contatto telematico rappresenta, quindi, una "metafora insidiosa" perché si rischia "di prenderla sul serio", "di scambiarla per realtà, traendone indebite conseguenze", come avverte Francesco Galgano⁴⁰.

Il giudice, pertanto, non solo non potrà mai astenersi dal compiere, sulla base delle circostanze concrete, quel bilanciamento di cui si è detto, limitandosi ad addurre l'automatica prevalenza della salute, ma non potrà neanche limitarsi a disporre – una volta accertata in concreto la necessità di tutelare la salute del minore – il rimedio degli incontri telematici, considerandoli equivalenti all'incontro fisico e non meri palliativi utili soltanto a cercare di attenuare la distanza fisica.

La via migliore per assicurare la realizzazione del preminente interesse del minore dovrà essere, invece, quella di valutare se non sia praticabile, quando necessario per limitare i rischi per la sua salute fisica, una modifica della regolamentazione del cosiddetto "diritto di visita" che riduca gli spostamenti, senza inibire al tempo stesso il rapporto con ognuno dei genitori: ad esempio prolungando, accorpandoli, i periodi di permanenza presso ciascuno di essi o prevedendo periodi di recupero, una volta cessato il pericolo⁴¹. Senza sottovalutare che una modifica di questo tipo gioverebbe, fra l'altro, anche a sventare eventuali tentativi di strumentalizzazione dell'emergenza da parte di genitori troppo presenti o, viceversa, troppo assenti.

Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 c.c.

Gianluca Sicchiero

Di fronte alle sopravvenienze eccezionali non regolate dalla legge o dal contratto che generino un evidente squilibrio delle prestazioni, l'intervento del giudice va ammesso non in ragione del mancato adempimento delle parti all'obbligo di rinegoziare in buona fede il contenuto del contratto, ma in ragione dei poteri equitativi concessi al giudice dall'art. 1374 c.c. e che, al pari della buona fede, trova il fondamento nell'obbligo costituzionale di solidarietà sociale.

Integrazione del contratto: la fortuna del criterio della buona fede

Se consideriamo l'epidemia scoppiata nel febbraio del 2020 come una "sopravvenienza atipica"¹, la gran parte dei discorsi formulati nel passato in ordine alle modificazioni del testo contrattuale necessitano di una rivisitazione: tra queste la nozione di equità quale fonte di regole per i contraenti (art. 1374 c.c.).

Il codice del 1942, talora senza grandi innovazioni rispetto a quello precedente, contiene alcune disposizioni a trama aperta e quindi annoverabili tra le clausole generali, potenzialmente capaci di consentire al giudice di intervenire sul merito del contratto in ragione del ruolo loro assegnato.

Si tratta (tra altre) della disciplina della buona fede e di quella sull'equità contrattuale, che nel codice anteriore erano unite nella medesima disposizione² ed oggi sono invece

⁴⁰ Francesco Galgano, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, 43 e segg. e Id., *Le insidie del linguaggio giuridico*, Bologna, 2010, 19 e segg. Accolta la definizione dantesca di metafora, come "veritate ascosa sotto bella menzogna" (giudicata la più suggestiva), Galgano spiega che, una volta svelata la natura metaforica di un concetto, non bisogna cedere alla tentazione di bandirlo dal linguaggio perché ci si priverebbe così di efficaci sintesi verbali, riassuntive di complessi discorsi, altrimenti non esprimibili se non con laboriose circonlocuzioni. Avvertendo, peraltro, che sarà legittimo trarre conclusioni da questa "veritate ascosa", una volta individuata, e non dalla "bella menzogna" che la riassume.

⁴¹ Come ha disposto, ad esempio, Trib. Verona, decreto 27 marzo 2020, in *www.osservatoriofamiglia.it*, che ha confermato la frequentazione della minore con entrambi i genitori, "accorpando" tuttavia i periodi di frequentazione (15 giorni con un genitore e quindici con

l'altro), allo "scopo di limitare il più possibile gli spostamenti tra Comuni".

¹ Le parole appartengono a Rodolo Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 1708. Cfr. anche 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, 2 e segg.

² Art. 1124 c.c. 1865: 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. Butera, *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1943, sub art. 1374, 340, scrisse che "l'art. 1374 risponde alla tradizione romana: 1. 16, D., de c. et dem., XXXV, 1; l. 31, D., dep., XVI, 3; l. 34, D., de r. i., L, 17". Per l'individuazione della fonte storica della disposizione v. Macario, sub art. 1374 c.c., in *Commentario del codice*

distinte, essendo anche stato spostato l'ordine con cui l'equità³ viene collocata, non più prima ma ultima tra le fonti di integrazione del contratto.

Il destino delle due regole è stato diverso: per entrambe inizialmente il loro funzionamento veniva subordinato alla presenza di altre disposizioni di dettaglio che ne indicasse l'ambito di applicazione.

Poi la disciplina della buona fede ha seguito un percorso diverso.

Infatti inizialmente la giurisprudenza ha ritenuto per molto tempo che la buona fede non attribuisse il diritto alla pretesa ad un comportamento specifico⁴, giacché si affermava 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”⁵.

Non veniva perciò avallato il pensiero di chi riteneva che il legislatore fosse stato mosso “dalla visione di una idilliaca società, nella quale, i conflitti di interesse fra i singoli parrebbe possano sempre eliminarsi: anzi, addirittura non sorgere: visione la quale, pur se auspicabile, è egualmente chimera”⁶.

È ben noto che successivamente l'ambito di operatività

della buona fede si è invece espanso enormemente: si deve con tutta probabilità agli scritti di Stefano Rodotà l'indicazione di maggior vigore volta ad una rimeditazione sull'impiego del principio di buona fede contrattuale⁷, sebbene sul punto preceduto da Emilio Betti, il quale aveva infatti sostenuto che l'obbligo di buona fede imponga alle parti comportamenti di contenuto positivo⁸.

Vietando interpretazioni opportunistiche, per quanto formalmente riconducibili a diritti esistenti o al significato puramente letterale dei patti e venendo agganciata al principio di solidarietà costituzionale⁹, la buona fede è entrata così nella disciplina del rapporto contrattuale, incidendo sulle pretese irragionevoli del contraente malizioso.

Il dubbio del giurista – lo stesso che ha minato costantemente un diverso ruolo dell'equità rispetto a quello fino ad oggi condiviso – è stato per il timore che la buona fede fosse foriera di un diritto tutto giurisprudenziale, veicolo di scelte creative che rispondessero al sentire isolato e personalissimo del giudice.

Insomma, chi era al tempo (od è tutt'ora) affezionato all'idea della regola dalla direzione tutta autonomamente già segnata, alla formula intrisa di oggettività, temeva appunto la decisione del caso concreto.

Senonché sono proprio queste temute decisioni ad aver dimostrato invece che la regola deve necessariamente rispondere al contesto ed al momento in cui viene applicata: qui ed ora, perché solo in questo modo risponde alla sua funzione che, sebbene dettata astrattamente per tutti i casi, poi si deve adattare al problema da risolvere, per non tra-

civile diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, 686 e segg. Sul tema tra i contributi classici iniziali si vedano le intere monografie di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 e di Gazzoni, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, i cui intenti, peraltro, sono apparsi talora eccessivi rispetto alla funzione della norma a Sacco, 1396-1397, essendo lettura che “diventa capace non solo di svolgere una funzione integrativa in senso stretto ... ma di limitare altresì l'autonomia delle parti”.

³ Sui vari significati che può assumere il termine, fra i molti v. Gazzoni, *op. cit.*, 9 e segg., 16 e segg., 44 e segg.

⁴ In ciò ha probabilmente contribuito anche il silenzio del legislatore: 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 averamento, 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”.

⁵ Cass. civ., 20 luglio 1977, n. 3250; cfr. inoltre, anche per altri profili, Cass. civ., 23 marzo 1979, n. 1690; Cass. civ., 18 ottobre 1980, n. 5610 e prima Cass. civ., 16 febbraio 1963, n. 357.

⁶ Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 27, tesi (letteralmente) condivisa ad es. da Canaris, *Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, in *Festschrift Steindorf*, 1990, 548, per il quale l'idea che ogni parte debba perseguire con il contratto l'interesse dell'altra “*stellt eine ri-*

diküle Chimere dar, die für einen Basar passt, aber nicht für eine moderne Markt – und Wettbewerbswirtschaft”.

⁷ *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 112 e segg., ove dalla critica dell'atteggiamento statico della letteratura e dei giudici si passa al collegamento del principio di buona fede alla regola di solidarietà contenuta nell'art. 2 Cost. (115, 143, *passim*) ed in altre sue disposizioni (152), per definirlo quindi un mezzo di integrazione del contratto (175 e segg.), che funge da “limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata” (178). Di qui poi una costruzione volta a sostenere la capacità delle clausole generali ad “adempiere alla funzione di rendere meno acuta la tensione tra norma giuridica e realtà regolata”, sia pure avvisando che “proprio a causa di queste loro caratteristiche, appaiono pure incompatibili con i procedimenti dommatici tradizionali, per l'impossibilità di ridurle in concetti definitivi una volta per tutte” (189). Lo studio termina sull'argomento individuando una serie di figure sintomatiche, quali l'obbligo di contrattare (193), che legittimerebbe anche l'intervento integrativo del giudice (195).

⁸ *Op. cit.*, 68. In realtà Betti ricostruisce il contenuto di tali obblighi, esaminando le disposizioni del codice dettate per singoli contratti, come un dovere di astenersi da comportamenti lesivi delle altrui aspettative, come si legge *ivi*, 80 e segg., specie 89 ove la buona fede si identifica nella “lealtà del trattare, come probità richiesta al contraente nella formazione del contratto, e in dati casi anche dopo la conclusione del contratto”. Tuttavia a proposito della buona fede “integrativa”, precisava anche (94) che questa serve a costringere chi deve la prestazione ad eseguire “tutto quanto è necessario – sia stato o non sia stato detto – per assicurare alla controparte il risultato utile della prestazione”, imponendo “al debitore di fare non soltanto quel che egli ha promesso, ma tutto quello che è necessario per far pervenire alla controparte il pieno risultato utile della prestazione dovuta”. Rodotà, *op. cit.*, 150, criticava tuttavia Betti per lo “scarso significato caratterizzante” che la nozione veniva ad assumere.

⁹ Il principio di solidarietà costituzionale quale fondamento della buona fede è richiamato ad es. da Cass. civ., 25 maggio 2018, n. 13061; Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2057; Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9006 ecc.

sformare il diritto in un letto di Procuste, cui sia la vita a doversi adattare.

Il giurista formalista non accetta l'idea che si possa parlare di abuso del diritto, eppure i casi concreti dimostrano che una diversa soluzione rispetto a quella concretamente adottata avrebbe premiato un utilizzo distorto ed opportunistica della regola astratta.

Il diverso destino dell'equità integrativa

Per l'equità non ha funzionato così, sebbene i primi commentatori, agganciandosi a discussioni mai sopite, avessero segnalato un ruolo operativo che le si poteva assegnare, facendo emergere subito il tema che avrebbe poi fatto discutere per decenni la letteratura: "l'equità è l'uguaglianza nelle obbligazioni connesse e corrispettive"¹⁰.

Non tutti erano aperti a questa funzione davvero dirimente dell'equità dato che, all'esordio del nuovo codice, si era detto 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"¹¹.

In altre occasioni il ruolo integrativo dell'equità era stato invece accostato pari pari a quello della buona fede¹².

Al di là delle proposte degli interpreti, così reciprocamente distanti, la norma non aveva ricevuto, nel passato¹³ come nemmeno poi, applicazioni pratiche tali da far ritenere certo e condiviso il suo ruolo non tanto integrativo (questa è la rubrica dell'art. 1374), che si riferisce alle varie ipotesi in cui il codice manda al giudice di determinare aspetti non riempiti dalle parti (es. artt. 1349, 1526, 2225, 2233 c.c. ecc.), ma correttivo del contenuto contrattuale voluto dalle parti¹⁴.

D'altro canto ad una funzione così ampia dell'equità certamente si opponevano fin da subito i requisiti della onerosità eccessiva e sopravvenuta occorrenti per la risoluzione¹⁵, ove il rimedio equitativo è rimesso alla scelta potestativa del contraente intimato¹⁶ oppure dello stato di bisogno

di cui l'altro contraente abbia approfittato, per ottenere la rescissione per lesione *ultra dimidium*.

Vi era quindi fin dall'origine un argine ben solido ad un uso senza briglie dell'equità correttiva, che avrebbe consentito di individuare tratti operativi non rivoluzionari, sebbene il tema ora in esame attenga non allo scioglimento del rapporto, cui risoluzione e rescissione sono dirette, ma alla sua conservazione a contenuti diversi da quelli originari¹⁷.

Resta il fatto che ad oggi è prevalsa una lettura diversa, che ha visto nel riferimento all'equità non l'attribuzione del potere al giudice di rimediare a talune distorsioni, beninteso qui tutte ancora da individuare, quanto invece un richiamo per così dire collettivo alle varie regole che la inseriscano testualmente tra i criteri da utilizzarsi per la decisione.

E così anche di recente e molto autorevolmente, nel ricostruirne la storia e le diverse opzioni interpretative, si sceglie quella per la quale 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"¹⁸.

Insomma, mentre per la buona fede si sono aperte le porte ad un utilizzo proficuo che ne ha consentito l'applicazione immediata nelle più varie ipotesi, al contrario il richiamo generale all'equità contenuto nell'art. 1374 c.c. è rimasto improduttivo¹⁹, quasi che la disposizione fosse tautologica²⁰ e forse tralasciando il rilievo che l'equità *ex art. 1374 c.c.* è richiamata "in mancanza" di altre norme di legge²¹.

Anche la giurisprudenza formata con il nuovo codice utilizza infatti il criterio dell'equità solo a fini integrativi, mai correttivi.

Il punto di partenza è che "la funzione dell'equità" richiamata dall'art. 1374 c.c., in forza del quale "il contratto obbliga le parti 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

¹⁰ Butera, *ibidem*.

¹¹ Ghiron, *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1949, *sub art.* 1374, 520. Che l'atteggiamento fosse tendenzialmente ostile è ricordato anche da S. Romano, voce "Equità", in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 85, 87.

¹² Sia pure in estrema sintesi così ancora Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *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, *op. cit.*, 91.

¹³ Rarissime le sentenze in tema di equità e non sovversive; v. ad es. Cass. civ., 24 febbraio 1888, in *Giur. It.*, Torino, 1888, I, 1, 278: "l'equità qui è indicata come norma per regolare le modalità dell'esecuzione delle convenzioni in quanto non siano state disciplinate dal contratto, il quale forma legge per le parti e deve anche dal giudice essere rispettato". V. altresì le indicazioni di Gazzoni, *op. cit.*, 73 e segg.

¹⁴ Gazzoni, *op. cit.*, 233.

¹⁵ Il legislatore non ha infatti accolto i suggerimenti diretti ad imporre una rideterminazione del contenuto del contratto anche laddove i mutamenti delle condizioni non siano quelli previsti dall'art. 1467 c.c., proposti invece da Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, 309 e segg., spec. 371 e segg. Sul punto cfr. Gazzoni, *op. cit.*, 106 e segg.

¹⁶ Merito di E. Gabrielli, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 478 e segg., spec. 496 aver indotto la

giurisprudenza ad ammettere la possibilità che l'offerente chieda al giudice di determinare la misura equa della modifica necessaria ad evitare la risoluzione del contratto (cfr. Cass. civ., 11 gennaio 1992, n. 247; Cass. civ., 19 maggio 2014, n. 10976).

¹⁷ Nota 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 Leuzzi, *op. cit.*, 6.

¹⁸ Franzoni, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Schlesinger-Busneli*, II, Milano, 2013, *sub art.* 1374, 132; le disposizioni *ivi* richiamate sono gli artt. 1371, 1384, 1447, 1467, 1468 ecc.; cfr. però le critiche di Rodotà, *op. cit.*, 219 e segg. V. altresì Gazzoni, *op. cit.*, 260 e segg. 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 e segg.), anche perché le singole disposizioni che richiamano l'equità "sono dunque da riferire alla fonte legale dell'art. 1374 c.c. e non viceversa".

¹⁹ Lo ricordava già Rodotà, *op. cit.*, 211.

²⁰ Rodotà, *op. cit.*, 222.

²¹ Lo ha evidenziato Rodotà, *op. cit.*, 220, 243, 245; Macario, *sub art. 1374 c.c.*, *op. cit.*, 717.

interpretativo del contratto già completo in tutti i suoi elementi”²².

In questo senso le scarse applicazioni pratiche riguardano per lo più la sua funzione integrativa, ovvero la determinazione di compensi non concordati tra le parti²³, oppure la determinazione del periodo di compimento, per la quale peraltro l'equità è prevista nell'art. 2110 c.c.²⁴; equità integrativa, quindi, non correttiva²⁵.

Sono invece 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 società²⁶; impedendo al danneggiato che abbia ostacolato l'assicuratore nell'accertare i danni, di domandare il risarcimento²⁷; 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'aggiudicazione²⁸ e, più in generale, nella violazione dell'affidamento creato in capo ad altri²⁹; nel divieto di frazionamento del credito per agire separatamente laddove sia possibile un'unica domanda³⁰; nell'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte della P.A.³¹; nel valutare le modalità di esercizio del diritto di recesso³²; nell'obbligo di protezione del fideiussore che grava sul creditore³³;

Si giunge anzi proprio per la strada della buona fede a configurare il divieto di abuso del diritto³⁴.

Come si vede, pur partendo nel passato da un medesimo presupposto, ovvero quello della natura solo ricognitiva delle due disposizioni, tali da non apparire autonomamente applicabili, l'una ha invece trovato terreno fecondo per un diverso ruolo, anche in questi giorni³⁵, l'altra essendo invece rimasta non operativa³⁶.

Il diverso ruolo svolto dai due criteri

Ma esiste una ragione oggettiva per giustificare questa

diversa sorte di due norme a trama aperta che un tempo appartenevano perfino alla stessa disposizione?

Una differenza strutturale tra le stesse può cogliersi nella loro diversa funzione³⁷.

La regola della buona fede si rivolge alle parti (salvo, in parte, l'art. 1366 c.c.) e prescrive loro un comportamento adeguato, di cui non indica i confini ma che, dalla produzione giurisprudenziale, si può riassumere nel divieto di opportunismo, di contraddire il fatto proprio, di approfittare delle difficoltà temporanee per ottenere qualcosa di non pattuito e così via.

Il tutto sulla base del principio per cui “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'appropriatezza sacrificio”³⁸.

Nel delimitare il perimetro di funzionamento della regola, il compito del giudice è stato (ed è ancora) di valutare quindi come una delle due parti si sia atteggiata di fronte agli obblighi di comportamento che si delineano su tali presupposti.

L'equità contiene invece in sé la potenzialità per fungere da rimedio agli eventi che non dipendono dal comportamento delle parti, rispetto ai quali il codice non appresti una soluzione specifica³⁹, appunto perché l'art. 1374 c.c. indica l'equità come fonte integrativa “in mancanza” di regole specifiche⁴⁰.

Il che, a ben vedere, è lo stesso limite che confina il rimedio della buona fede⁴¹, cui non si ricorre di fronte ad una soluzione già formulata dal legislatore, salvi i casi eccezionali dell'utilizzo abusivo del rimedio.

Ma del pari occorrerà che le parti non abbiano valutato il caso sopraggiunto⁴², sebbene eccezionale ed imprevedibile com'è stata l'epidemia, giacché non si può confiscare ai

²² Cass. civ., 8 luglio 1983, n. 4626; sul punto v. Gazzoni, *op. cit.*, 228 e segg.

²³ V. Cass. civ., 28 marzo 2008, n. 8092, in *Giust. Civ.*, 2009, I, 2495; Cass. civ., 14 gennaio 2003, n. 458; Cass. civ., 16 giugno 1989, n. 2908, in *Foro It.*, 1989, I, 2447.

²⁴ Cass. civ., 16 novembre 2001, n. 14337; Cass. civ., 10 aprile 1996, n. 3351; Cass. civ., 14 ottobre 1993, n. 10131.

²⁵ Altri riferimenti in Macario, *sub art.* 1374 c.c., cit., 695.

²⁶ Cass. civ. 28 maggio 2020, n. 10096.

²⁷ Cass. civ., 25 gennaio 2018, n. 1829.

²⁸ Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19775.

²⁹ Cass. civ., 28 gennaio 2020, n. 1934.

³⁰ Cass. civ., 27 luglio 2018, n. 19898.

³¹ Cass. civ., 28 febbraio 2020, n. 5546; Cass. civ., 2 febbraio 2018, n. 2603.

³² Cass. civ., 24 agosto 2016, n. 17291.

³³ Cass. civ., 12 dicembre 2019, n. 32478.

³⁴ Cass. civ., 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”. S. Romano, *op. cit.*, 92, riconduce all'equità il divieto di abuso del diritto.

³⁵ Ad es. l'attualmente inedita ordinanza cautelare del Trib. Roma, 27 agosto 2020, G.U. Grauso, ove in forza del principio di buona fede ed in assenza di rinegoziazione – che si ritiene doverosa –, poiché risulta “necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale”, viene applicata una riduzione del 40% del canone di locazione commerciale di un immobile per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% da giugno 2020 a marzo 2021.

³⁶ Eppure Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 177, scriveva che “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”.

³⁷ Sul punto v. anche Gazzoni, *op. cit.*, 226-228 e Rodotà, *op. cit.*, 246. Sul medesimo ruolo di fonti integrative v. invece Sacco, *op. cit.*, 1394-1395, dove rileva che in concreto “le distinzioni sono più brillanti che utili”.

³⁸ Cass. civ., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2057; Cass. civ., 15 ottobre 2012, n. 17642 ecc.

³⁹ Su questa distinzione v. anche Gazzoni, *op. cit.*, 292-293; Sacco, *op. cit.*, 1394.

⁴⁰ Galgano, *op. cit.*, 178 precisa che il riferimento va inteso all'equità integrativa, non a quella correttiva.

⁴¹ Sull'utilizzo della buona fede per determinare il contenuto equitativo del contratto v. Gazzoni, *op. cit.*, 256 ed *ivi* 284 e segg. per i rapporti tra le due disposizioni.

⁴² Cfr. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 472, ma anche Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II, Milano, 1987, 577 (che cita Cass. civ., 22 luglio 1966, n. 1995, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1654), Sacco,

contraenti la possibilità di determinare in anticipo le conseguenze di un evento che sia solo astrattamente deducibile nei patti, sebbene mai accaduto. In fondo chi rileva che l'equità opera solo "in mancanza" di una norma di legge ma la vorrebbe subito incisiva del rapporto contrattuale, dimentica che l'art. 1374 c.c. prevede anche la mancanza di quanto sia stabilito proprio nel contratto, oltretutto della legge, perché l'equità intervenga come fonte integrativa⁴³.

Si tratta allora di rendere funzionante anche per l'equità il ruolo che ricoprono le clausole generali a trama aperta⁴⁴, la cui funzione è di consentire l'intervento del giudice⁴⁵, pur in assenza di una prescrizione testuale, oppure di sanzionare l'uso abnorme di una regola, come bene indica la giurisprudenza in tema di frazionamento illegittimo del credito, giacché "le clausole generali consentono l'adattamento alle esigenze che derivano dalla Costituzione o dal mutato clima politico sociale"⁴⁶.

Questo per dire in definitiva che il ruolo dell'equità che vogliamo qui delineare ha due confini: il primo è di non essere invocabile per confiscare alle parti il diritto di configurare i propri rapporti nel modo più consono alle loro scelte; in fondo un'allocatione espressa del rischio è pagata con la controprestazione assunta da chi si protegge in tal modo⁴⁷.

Il secondo è che di fronte a rimedi specifici come quelli sulle sopravvenienze nell'appalto, che operano in un momento successivo alla conclusione del contratto, l'equità non è invocabile, trattandosi a tutto concedere, se ed in quanto si possa utilizzare l'argomento, di valutare l'utilizzo in buona fede delle disposizioni già esistenti.

Il perimetro operativo dell'equità correttiva: esiste la giustizia contrattuale?

Quanto alla prima questione, siamo all'evidenza di fronte al tema fondamentale della giustizia contrattuale⁴⁸, che ha interessato più di prima la letteratura degli ultimi vent'anni, in ragione della ripetuta tesi per cui lo scambio contrattuale dovrebbe essere giusto e dunque equo⁴⁹.

È un argomento almeno in parte recessivo⁵⁰, ma non per questo trascurabile, in quanto attiene ad uno dei fondamenti del nostro ordinamento, consistente nella libertà di determinare le nostre scelte in ragione dei nostri interessi⁵¹.

Sarebbe ovviamente ingenuo e sciocco negare il presupposto, cioè la concreta possibilità di scegliere in ragione dei mezzi economici a disposizione di ciascuno, ma il punto essenziale è se il compito di rimediare alle distorsioni del mercato e della diversa capacità di accedervi gravi sul singolo oppure spetti all'autorità pubblica.

Quando nel passato si è percorsa la prima strada, con la disciplina del canone c.d. "equo" imposto dalla L. n. 392/1978, accollando alla pseudo categoria sociale dei proprietari-locatori l'onere di rispondere alle necessità abitative dei privati, si è creato un sistema abnorme che, in punto di fatto, non ha risolto il problema ed in punto di diritto si fondava su un presupposto ingiusto, perché metteva sullo stesso piano i locatori benestanti proprietari di più immobili ed il piccolo proprietario che vedeva trasformato il frutto dei risparmi di una vita di lavoro in un bene più costoso che produttivo.

Il tema della giustizia contrattuale è quindi malamente invocato se vede in uno dei contraenti colui che deve rispondere alle esigenze dell'altro⁵²; a ben vedere, infatti,

op. cit., 1711 o Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudice-Zatti*, Milano, 2011, 462; alcuni spunti in senso diverso in Verzani, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Emergenza Covid-19*, in *Giust. Civ. Com.*, 2020, 223 e segg. In giurisprudenza v. ad es. Cass. civ., 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. civ., 17 giugno 1994, n. 5862.

⁴³ Gazzoni, *op. cit.*, 249 e segg., 256-257 nega, al pari di Rodotà, *op. cit.*, 93 e segg., 101, che occorra una lacuna per il funzionamento dell'equità ex art. 1374 c.c. (e ciò perché ritiene la norma imperativa - al pari di Rodotà, *op. 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. Macario, *sub art.* 1374 c.c., cit., 685 e segg.). Cfr. comunque le sue indicazioni *ivi*, 296 e segg., 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 e segg.).

⁴⁴ V. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, *Emergenza Covid-19*, in *Giust. Civ. Com.*, 2020, 209.

⁴⁵ "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.": Gazzoni, *op. cit.*, 269.

⁴⁶ Giorgianni, *La "parte generale" delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, *Contratto e Impresa*, 1993, 491.

⁴⁷ Sul tema immenso del contratto quale meccanismo di assunzione dell'alea v. per tutti Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, 85 e segg.,

spec. 92-93.

⁴⁸ Ma sull'ambiguità del termine v. D'Angelo, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. IV, Torino, 2004, XIV.

⁴⁹ Tuttavia sul rilievo per cui "nessuna norma di legge impone di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza fra le prestazioni" v. per tutti Galgano, *op. cit.*, 535 e già Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II, Milano, 1972, 352-353.

⁵⁰ Probabilmente l'apice venne raggiunto con il manifesto della giustizia contrattuale: *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, a cura del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, 99. V. inoltre Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004. Uno studio diretto a sostenere la regola della proporzionalità tra i valori delle prestazioni come sistema di tutela del contraente debole è di Lanzillo, *La proporzionalità fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; la possibilità di utilizzare l'equità quale criterio di verifica della validità dell'assetto contrattuale è sostenuta da Gazzoni, *op. cit.*, 336 e segg.

⁵¹ Bianca, *op. cit.*, 470 e segg., parla di equità intesa come criterio di giustizia sostanziale che però non riguarda lo squilibrio economico delle prestazioni ma il giusto contemperamento degli interessi delle parti e che potrebbe essere disatteso dai contraenti, diversamente dalla buona fede.

⁵² Sacco, *op. cit.*, 1397. Il tema era stato affrontato nel passato già da Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 303 e segg., contro la diversa lettura di F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, che si leggono anche nell'ed. del 1985 (Napoli), 184-185 ma anche da Rodotà, *op. cit.*, 223 e segg. Contro le tesi che sostengono la giustizia contrattuale v. poi ad es. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 409 oppure Roppo, *op. cit.*, 363 e segg., 462 e segg., ma già oltre 60 anni fa Osti scriveva del contratto quale accordo che consacra

Dottrina e attualità giuridiche | **Diritto civile e coronavirus**

questa lettura sostituisce il vero soggetto che deve rimuovere gli ostacoli – il potere pubblico⁵³ – 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 discutere il contenuto economico dei patti⁵⁴ 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 (art. 34 c. cons), potendosi solo imporre, come deve essere, la chiarezza del linguaggio.

Segue: la funzione concreta e singolare dell'intervento equitativo

Il secondo limite all'utilizzo del meccanismo correttivo costituito dall'equità, ha assunto ora nuovi profili di fronte all'emergenza Covid: dando per pacifico che il *factum principis*⁵⁵ dei divieti di circolazione delle persone e di chiusura temporanea di attività economiche è evento sopravvenuto, imprevedibile e non imputabile, ci si è trovati di fronte al dilemma delle prestazioni non utilizzabili sebbene disponibili.

In questo frangente l'utilizzo delle regole ordinarie non è proficuo: non sono state pensate per casi simili⁵⁶, anche se probabilmente la situazione dei primi tre anni di vigenza del codice ha avuto molte similitudini – in peggio – con quanto accaduto nei primi mesi del 2020⁵⁷.

Un'antica disputa aveva avuto ad oggetto proprio questo tema: il debitore adempie quando rende disponibile la prestazione o quando il creditore ne beneficia?

Molto probabilmente non serve addentrarci in questa controversia, sottile e complessa, perché il problema più generale è quello della prestazione già disponibile e già in

utilizzo dal contraente, che improvvisamente – ma temporaneamente – perda questa utilità.

Si pensi ad es. alle locazioni commerciali già in corso, in cui è evidente che il bene è nella piena disponibilità del conduttore, il quale però non lo ha potuto utilizzare per il periodo c.d. di lockdown; lo stesso può dirsi per le locazioni dirette a soddisfare esigenze di lavoro o di studio.

Si tratta chiaramente di una impossibilità temporanea sopravvenuta dell'utilità – non della prestazione – e il tema del discorso è proprio questo: si può argomentare una soluzione generale sulla scorta della sola disciplina dell'art. 1464 c.c.⁵⁸?

Ad applicare testualmente la disposizione, si dovrebbe dire che la prestazione del locatore non è in alcun modo divenuta impossibile; semmai, come detto, è l'utilità che ne trae il conduttore ad essere temporaneamente venuta meno, solo per quel periodo, ma qui si potrebbe dire che è affar suo⁵⁹.

In fondo il conduttore può prendere in locazione l'immobile, pagare il canone e tenerlo chiuso, se non vuole aprirlo, laddove non esistano clausole specifiche che, poste anche nell'interesse del proprietario, impongano l'utilizzo dell'immobile, che qui verrebbero comunque sterilizzate. Oppure prenderlo in locazione e non utilizzarlo, perfino perché non gli torna più utile, ma non per questo potendo pretendere di non corrispondere il canone.

Invece laddove desideri utilizzarlo ma l'impossibilità sia momentanea, allora non si applicherebbe più il principio giurisprudenziale per cui l'impossibilità che genera risoluzione riguarda anche la possibilità di utilizzare la prestazione⁶⁰, ma quello diverso per cui tale impossibilità, appunto superabile – ed in effetti oggi superata – non consente l'identica soluzione⁶¹.

Vista così la questione, si dovrebbe allora risolverla imponendo al conduttore di pagare il canone punto e basta⁶²,

il "conflitto formale" tra gli opposti interessi dei contraenti (voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 471), spiegando appunto che "il contratto si costituisce fra (almeno) due parti, come conciliazione degli interessi opposti delle medesime. Ciascuna delle parti naturalmente tende alla soddisfazione dell'interesse proprio, e cioè, più precisamente, tende a realizzare col contratto il proprio fine particolare, e si assoggetta a subire le conseguenze svantaggiose che dal contratto derivano ... solamente in quanto il subirle costituisce il mezzo per realizzare il fine. ... ma il contratto si forma, appunto, solo quando ciascuna delle parti vuole tanto il fine quanto il mezzo, ossia quando ciascuna vuole, ed entrambe concordano nel volere, l'effetto complessivo del contratto".

⁵³ Cfr. Galgano, *op. cit.*, 211, 536.

⁵⁴ Cfr. Cataudella, *op. cit.*, 310-312.

⁵⁵ V. comunque A.M. Benedetti, Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?, in *Giust. Civ. Com., Emergenza Covid-19*, 2, 2020, 144, 148; sull'ambiguità dell'art. 91, D.L. n. 18/2020 v. Leuzzi, *op. cit.*, 8 e segg. e A.M. Benedetti, *op. cit.*, 146 e segg.

⁵⁶ Cfr. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. Civ. Com., Emergenza Covid-19*, 2020, 3.

⁵⁷ Le similitudini con il periodo della guerra sono evidenziate da Raimo, in *Giust. Civ. Com., Emergenza Covid-19*, 2, 2020, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, 151, 155.

⁵⁸ Lo evidenzia anche Leuzzi, *op. cit.*, 4 e segg.

⁵⁹ Cfr. C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giust. Civ. Com., Emergenza Covid-19*, 2, 2020, 163-164. Per questo non ci pare valida per tutte le ipotesi la tesi che vede negli artt. 1464 e 1468 c.c. il fondamento per ammettere un intervento

conformativo del giudice (Dolmetta, *op. cit.*, 6-7): non si tratta sempre di impossibilità della prestazione ed anzi, in senso proprio, questa impossibilità ricorre solo quando il divieto di circolazione delle persone abbia impedito loro di adempiere, non quando si tratti dell'utilità che si ricavi da un bene già nelle mani di chi non possa utilizzarlo.

⁶⁰ Ad es. secondo Cass. civ., 29 marzo 2019, n. 8766, "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"; così anche Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047 e già Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, 491.

⁶¹ Così ad es. Cass. civ., 11 agosto 1981, n. 4897 (la requisizione in uso di uno stabilimento industriale da parte dell'autorità amministrativa costituisce causa di temporanea impossibilità della prestazione lavorativa e, in quanto tale, conformemente al disposto dell'art. 1256 c.c., non determina l'estinzione del rapporto di lavoro, ma lo pone in uno stato di quiescenza col duplice risultato che l'imprenditore, temporaneamente privato del possesso dell'azienda e perciò anche del relativo potere direttivo, non è legittimato al licenziamento del dipendente e che questo, il quale non può prestare la sua opera per causa non imputabile alla controparte, non ha diritto alla retribuzione, stante il carattere sinallagmatico del predetto rapporto).

⁶² Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giust. Civ. Com., Emergenza Covid-19*, 2, 2020, 247. V. ad es. Cass.

nemmeno avendo diritto ad una proroga del contratto per la durata della impossibilità di fruire del bene⁶³; oppure e tutto al contrario affermando che nemmeno un centesimo di canone vada pagato, data l'oggettiva non utilizzabilità della prestazione pur nella disponibilità del conduttore⁶⁴.

La scelta tranchant mette molti a disagio, perché si è naturalmente e giustamente portati a calarla nel caso concreto, solo a pensare al negozio locato dal proprietario non abbiente ad un imprenditore di grande rilievo, in contrapposizione all'immobile di una grande compagnia locato ad un piccolo negoziante⁶⁵.

Ma "se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, il sistema preso nel suo insieme non lascia l'interprete completamente senza aiuto"⁶⁶.

È infatti proprio di fronte a questo disagio che si può pensare, in alternativa ed a legislatore attuale silente⁶⁷, a che la soluzione debba essere non solo rispondente ad una regola astratta ma anche concretamente equa⁶⁸, ovvero che vada ritagliata tenendo conto della specificità di ogni caso, riallocando il costo della impossibilità temporanea sopravvenuta in modo diverso dall'accollo integrale ad una sola delle parti contrattuali⁶⁹: insomma "una giustizia non già

estranea al diritto, ma indipendente dalla lettera della legge"⁷⁰.

La necessità di ridiscutere l'esecuzione del patto è stata delineata fondandola anche sull'obbligo di rinegoziazione⁷¹, che a propria volta poggerebbe sull'obbligo di buona fede, ma è il meccanismo stesso della rinegoziazione a non convincere⁷², perché gli accordi si fondano sul consenso, non sull'obbligo di accordarsi e scontano comunque la valutazione del giudice ogni volta che falliscano⁷³.

L'obbligo di rinegoziazione che imponga un risultato è insomma un ossimoro.

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 fanno senza esserne tenute mentre 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'accordo⁷⁴ anziché in forza dei poteri che l'art. 1374 c.c. gli assegna.

Perché allora tutto questo, quando l'intervento è possi-

civ., 18 febbraio 1986, n. 956: "nell'ipotesi di impossibilità temporanea di eseguire la prestazione, la norma dell'art. 1256 c.c. per giustificare la *perpetuatio obligationis* dopo la scadenza del termine di adempimento, fa esclusivo riferimento all'interesse del creditore e non anche a quello del debitore il quale, cessata l'impossibilità temporanea della prestazione, deve sempre adempierla indipendentemente da un suo diverso interesse economico che può eventualmente fare valere sotto il profilo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta; pertanto, qualora il creditore assuma di avere ancora interesse all'adempimento dopo la cessazione dell'impossibilità temporanea, spetta al debitore provare che, in relazione alla natura o all'oggetto dell'obbligazione, il tempo trascorso dalla scadenza contrattuale era tale da non potere far ragionevolmente prevedere che il creditore avesse conservato l'interesse all'adempimento stesso". Che l'impotenza finanziaria del debitore non costituisca giustificazione è dato pacifico in giurisprudenza: v. Leuzzi, *op. cit.*, 6-8.

⁶³ È la soluzione adottata da Cass. civ., 27 settembre 1999, n. 10690, in un caso in cui, affidata in subconcessione la gestione di servizi aeroportuali per tre anni ed essendo l'aeroporto rimasto chiuso per buona parte di tale periodo per lavori di rifacimento della pista, la S.C. ha escluso il diritto della subconcessionaria ad una proroga del contratto per un periodo corrispondente alle sospensioni verificatesi nell'attività aeroportuale.

⁶⁴ La distribuzione del rischio relativo all'utilizzo dell'immobile nelle locazioni commerciali è affrontata da U. Salanitro, *Il rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *Giust. Civ. Com.*, *Emergenza Covid-19*, 2, 2020, 235 e segg., ove rileva (*ivi*, 240) che "la possibilità di riduzione del canone consentirebbe a entrambe le parti di pervenire a una soluzione equilibrata: con vantaggio per il locatore, che non dovrebbe assumere i costi transattivi per ricollocare il bene in un mercato depresso, e per il conduttore, che fosse interessato a mantenere la disponibilità del bene in vista di una ripresa dell'attività".

⁶⁵ In queste ipotesi non è quindi applicabile la nozione di equità intesa come puro rapporto con i valori del mercato suggerita per alcuni casi da Gazzoni, *op. cit.*, 109 e segg., né una discrezionalità utilizzabile in altre ipotesi (su cui v. ancora Gazzoni, *op. cit.*, 115 e segg.).

⁶⁶ Sacco, *op. cit.*, 1710.

⁶⁷ Che l'art. 9, D.L. n. 18/2020 non detti una soluzione è evidenziato anche da Leuzzi, *op. cit.*, 8 e segg. 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 *restate-ment*, 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 Gazzoni, *op. cit.*, 26 e segg.

⁶⁸ Carresi, *op. cit.*, 577-578; parlava di "un mezzo per temperare la rigida applicazione della legge quando non appaia congrua alle particolari esigenze del singolo rapporto" Osti, *op. cit.*, 529.

⁶⁹ Cfr. De Mauro, *Pandemia e contratto: in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Emergenza Covid-19*, *Giust. Civ. Com.*, 2020, 227 e segg. Sul funzionamento *ex post* dell'equità v. Gazzoni, *op. cit.*, 22 e 290 e segg.

⁷⁰ Sacco, *op. cit.*, 1398.

⁷¹ Sacco, *op. cit.*, 1400, 1711; Dolmetta, *op. cit.*, 4 e segg.; Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Emergenza Covid-19*, in *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) Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, il cui sunto è nella voce "Revisione del contratto", in *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998, 431 e segg.; Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, su cui v. la recensione di Timoteo *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 619; Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; Sicchiero, voce "Rinegoziazione", in *Digesto Civ.*, *Aggiornamento*, II, Torino, 2003, 1217; Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; Gambino, voce "Rinegoziazione", in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, 10; Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e Impresa*, 2016, 182.

⁷² Non convince in questo frangente ad es. C. Scognamiglio, *op. cit.*, 165; sul rilievo comparatistico che gli ordinamenti non contemplano obblighi di rinegoziazione v. Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, cit., 112-113.

⁷³ Le pronunce sono davvero rarissime; ad es. per Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, I, 117, sussiste l'obbligo di rinegoziare il contratto, in base alla clausola generale di buona fede, nel caso di contratti collegati in cui la sopravvenienza, che si sostanzia nel mancato perfezionamento di un contratto previsto in funzione di garanzia, incida sul complessivo equilibrio dell'operazione negoziale.

⁷⁴ L'obbligo di rinegoziazione viene ricondotto anche al criterio

bile in forza della sola richiesta della parte che lamenti l'iniquità che l'adempimento completo o il totale inadempimento porterebbero con sé in ragione degli eventi legati all'epidemia?⁷⁵

È chiaro fin da subito che questo ipotizzato utilizzo dell'equità non intende affermare un principio di giustizia contrattuale originaria, ma solo 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 specifico⁷⁶, alla luce delle conseguenze che la decisione può portare in ragione della diversa forza economica che le caratterizza.

Con l'ovvio corollario 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 contraenti⁷⁷.

Per meglio chiarire il senso dell'intervento suggerito, si può parlare di iniquità sopravvenuta, per evitare qualsivoglia riferimento all'equità originaria, evidenziando invece la ragione tutta eccezionale che giustifica un riassetto dello scambio.

Se poi si cerchi un fondamento ulteriore rispetto alla disposizione, lo si potrà trovare – al pari della buona fede – nel sopra ricordato collegamento al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.⁷⁸: quel che vale infatti per l'un caso, è pacificamente invocabile nell'altro⁷⁹.

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”⁸⁰.

Qui il carattere dell'esorbitanza non è – ripetiamo – nel patto originario, ma lo si coglie nella pretesa di chiederne il totale adempimento – o simmetricamente il rifiuto di adempiere – in presenza delle sopravvenienze create dall'emergenza dell'epidemia ed alla luce della diversa capacità di quei contraenti specifici, di sopportarne gli esiti.

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 di giustizia il trattamento uguale di situazioni tra loro opposte, così com'era – si può dirlo di nuovo – per la regola del gigante Procuste.

Il ruolo del giudice: *redde rationem*

Se si conviene sulla premessa che manca una disposizione di dettaglio, ma non difetta un meccanismo che il giudice possa utilizzare in concreto – l'equità come fonte correttiva *ex post* del contratto appunto – allora l'attenzione si sposta solo sul suo utilizzo adeguato⁸¹ che però, come ovvio in presenza di una clausola generale⁸² – 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 un meccanismo cui siamo abituati⁸³, perché lo si è utilizzato per dire quando il danno sia ingiusto, quando il comportamento sia in mala fede, quando l'adempimento sia negligente.

Si tratta solo di farne altrettanto buon uso spiegando, con tutte le indicazioni che servono, perché nel caso di specie i costi dell'emergenza vadano divisi in un modo o nell'altro, così che l'argomentazione del giudice convinca dell'equità di quella scelta, fondata sulla regola che lo autorizza a rendere equo ciò che non lo sarebbe più, se regolato sulla sola base delle decisioni formali assunte quando la vita non aveva fatto ancora nemmeno balenare il rischio di ciò che abbiamo vissuto fino ad oggi.

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 ef-

dell'equo contemperamento degli interessi delle parti previsto dall'art. 1371 c.c. (Dolmetta, *op. cit.*, 5); nonché 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.

⁷⁵ Per la necessaria richiesta di parte v. per tutti Carresi, *op. cit.*, 579.

⁷⁶ Una valutazione concreta perché altrimenti un giudizio di equità “è uguale a sé stesso in ogni ipotesi”: Gazzoni, *op. cit.*, 132; Carresi, *op. cit.*, 578; Macario, *sub art.* 1374 c.c., cit., 718, 720-721.

⁷⁷ Cfr. Gazzoni, *op. cit.*, 36 e segg.

⁷⁸ Lo ha già segnalato 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. De

Mauro, *op. cit.*, 229-230; Cuffaro, *op. cit.*, 235.

⁷⁹ 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, *op. cit.*, 161 e segg.

⁸⁰ Butera, *ibidem*; v. altresì Rodotà, *op. cit.*, 225.

⁸¹ “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, *op. 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 Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca* diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1988, 313 o da Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 343 e segg.; ma che sia da escludere un “libero esercizio di poteri creativi” era detto già da S. Romano, *op. cit.*, 93; Gazzoni, *op. cit.*, 317.

⁸² Nega invece che si tratti di clausola generale Rodotà, *op. cit.*, 225 o 246, ma il lemma “equità” ha la stessa trama aperta di “buona fede” o “danno ingiusto”; v. altresì Macario, *sub art.* 1374 c.c., cit., 717-718.

⁸³ Ed a proposito dell'equità è già stato suggerito da Gazzoni, *op. cit.*, 30.

fetti”⁸⁴, posizione assunta in testuale contrapposizione ad ipotizzate “valutazioni sociali nell’attuazione del contratto”⁸⁵.

Senonché la logica giuridica è in perfetta antitesi ad un criterio equitativo: non perché la legge sia iniqua, ma perché la legge è astratta⁸⁶; se il legislatore non vuole un certo contenuto del contratto lo vieta, ma non chiede al giudice di valutarne l’equità⁸⁷.

Tuttavia nemmeno il richiamo ad astratte valutazioni sociali è criterio idoneo, perché queste non esistono⁸⁸: 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: sarà 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. Srendersi 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’epidemia, *una 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.

Incidenza delle misure emergenziali sui contratti di locazione

Benedetta Agostinelli

L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid-19 e le drastiche misure normative introdotte per contrastarla hanno determinato, nei rapporti di locazione di immobili divenuti improvvisamente inaccessibili, una significativa alterazione del sinallagma e rappresentato un banco di prova dell'effettività dei rimedi negoziali esistenti.

Le fattispecie locative incise dalle misure e l’allocazione del rischio del mancato (o ridotto) godimento del bene

L’emergenza scaturita dalla pandemia da Covid-19 ha determinato l’emanazione di provvedimenti che esulano dalla normale prevedibilità, incidendo sensibilmente sulla vita delle persone nonché sulla regolare esecuzione dei contratti, in special modo quelli di durata, che per loro natura sono esposti comunque ad una quota di rischio di mutamenti esterni alla volontà delle parti atti ad alterare l’equilibrio originario del rapporto.

I contratti di locazione in particolare, all’interno di quell’alveo, si prestano, per diffusione e destinazione, ad essere duramente colpiti, finendo per rappresentare un terreno di verifica della più generale tenuta ed effettività delle tutele contrattuali.

La peculiare, e per molti aspetti tragica, situazione causata dalla eccezionale circolazione e temibilità del virus offre allora una seria occasione di riflessione sul più ampio ambito delle risposte alle sopravvenienze, avendo svelato

l’inadeguatezza dei rimedi congegnati dal codice civile, in quanto pensati in un’ottica “statica” e destinati ad operare tendenzialmente in modo definitivo.

Occorre, tuttavia, preliminarmente distinguere tra loro le fattispecie concrete incise di riflesso dai provvedimenti governativi ed anche la diversa posizione delle parti, proprio per meglio delineare l’orizzonte delle tutele e valutarne l’effettiva ricorribilità ed utilità.

Non possono, infatti, essere messe tutte sullo stesso piano, in ragione del reale impatto che ha provocato la situazione nei singoli casi.

Come già rilevato dai primi commenti ai provvedimenti in questione¹, in modo più o meno diretto sono state interessate di fatto prevalentemente le locazioni commerciali; tra le locazioni abitative, specialmente quelle destinate agli studenti universitari, di cui all’art. 5, L. n. 431/1998.

È importante riconoscere, da subito, onde valutare i rimedi e altresì la temporaneità dei relativi effetti², la natura “riflessa” – rispetto ai rapporti negoziali in esame – delle

⁸⁴ Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al codice civile*, Torino, 1980, *sub* art. 1374 c.c., 307.

⁸⁵ Mirabelli, *Ivi*, nota 6; espressamente contro questa lettura v. Rodotà, *op. cit.*, 52; 217.

⁸⁶ Lo ha evidenziato Gazzoni, *op. cit.*, 317, n. 56.

⁸⁷ Cfr. Rodotà, *op. cit.*, 225.

⁸⁸ 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: Sicchiero, *Dell’adempimento*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, *sub* art. 1176 c.c.

¹ Dalla dichiarazione dello stato di emergenza del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 si sono susseguiti una serie di provvedimenti governativi di rango primario ed anche nella forma del

D.P.C.M. (cui si sono aggiunte alcune ordinanze regionali) con misure progressivamente più restrittive (e più estese sul territorio nazionale) sulla sospensione dell’esercizio di numerose attività economiche e sulla circolazione stessa delle persone. Tra i primi commenti in particolare sulle locazioni, v. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *www.giustiziavivile.com*, 31 marzo 2020; Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *www.giustiziavivile.com*, 21 aprile 2020; Gentili, *Una proposta sui contratti d’impresa ai tempi del coronavirus*, in *www.giustiziavivile.com*, 29 aprile 2020; Pandolfini, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 2020, 308 e segg.

² Sottolinea l’importanza del carattere riflesso delle misure di contenimento rispetto all’esecuzione di molti contratti di impresa (locazioni, forniture, consulenze professionali) Gentili, *Una proposta*, *cit.*, 4 e segg.