

La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.

Gianluca Sicchiero*

L'intervento del giudice per rimediare alle sopravvenienze causate dall'emergenza Covid, qualora le parti non abbiano rinegoziato spontaneamente in buona fede le reciproche obbligazioni, è possibile ad istanza di parte ed in forza della previsione dell'art. 1374 c.c., che vincola i contraenti, in mancanza di clausole e di norme specifiche, alle conseguenze equitative.

Emergenza Covid e rimedi prospettabili

Di fronte ad un evento straordinario e di portata mondiale quale il Covid¹, che ha stravolto le economie di tutti i paesi, la questione relativa ai contratti in corso può essere affrontata in diversi modi.

Si può sostenere che ciò che le parti non abbiano previsto, resti disciplinato interamente dalle disposizioni che prevedano testualmente l'intervento specifico del giudice; in Italia la regola testuale di carattere generale è una sola, quella sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta². Al di là dei presupposti per invocarla, la soluzione è però di tipo demolitorio, perché la riconduzione (conservativa) ad equità dello scambio dipende dalla proposta della parte contro cui la domanda sia diretta³, che può non avere alcun interesse al riadeguamento del contratto.

La parte che invece intenda mantenere in vita il contratto e non risolverlo, non trova un rimedio specifico.

In senso opposto, si può invece ritenere che il rimedio sia insito nel sistema: la proposta più nota è quella per la quale, in forza del principio di buona fede contrattuale e di solidarietà costituzionale, le parti siano tenute a rinegoziare lo scambio⁴.

Qualora questo obbligo resti inadempito, il giudice dovrebbe poter intervenire in forza di un prospettato principio di "buona fede integrativa"⁵.

La terza strada, affacciata da poco tempo, è che il giudice possa intervenire direttamente, se invocato,

perché le parti di un contratto sono vincolate dall'equità correttiva (e non solo integrativa) prevista dall'art. 1374 c.c., a condizione – come dice la disposizione – che non abbiano previsto il caso e, appunto, la legge non disciplini l'ipotesi.

L'equità correttiva ex art. 1374 c.c.

Chi scrive ha proposto questa soluzione alla fine del 2020⁶ ritenendo che debba superarsi la lettura prevalente per cui l'art. 1374 c.c. sarebbe una disposizione solo ricognitiva⁷ ed è ovvia la condivisione dell'ordinanza in commento, che l'ha valorizzata.

È però bene indicare le ragioni per cui si è optato per la terza soluzione.

Uno squilibrio dello scambio del tipo generato dal Covid è certamente un fatto eccezionale ed imprevedibile sussumibile nello schema indicato dall'art. 1467 c.c.⁸.

Peraltro tale norma considera il riequilibrio certamente possibile, ma rimesso alla scelta di una delle parti, rispetto alla quale l'altra non ha potere di imporsi, dovendo anzi accollarsi il rischio di attivarsi chiedendo proprio la risoluzione.

Che la scelta sia insindacabile si potrebbe però dire solo a patto che non esistesse nel sistema un principio di solidarietà costituzionale, che invece è ormai pacificamente acquisito e che consente di valutare il merito delle decisioni dei privati⁹.

Non è vero che nel diritto privato ogni scelta di

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Su cui v. ad es. 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 Il legislatore non accolse la proposta di imporre una rideterminazione del contenuto del contratto anche laddove i mutamenti delle condizioni non siano quelli previsti dall'art. 1467 c.c., suggerita invece da Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *Riv. Dir. Civ.*, 1938, 309 e segg., spec. 371 e segg.

³ 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).

⁴ La letteratura se ne occupa dagli anni '90 ed è ormai imponente e non sempre concorde; v. ad es. Gallo, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, il cui sunto è nella voce "Revisione del contratto", *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, *Sopravenienze 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.

⁵ Si veda Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. It.*, 2020, 2436, per il quale in assenza di rinegoziazione è "necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale".

⁶ Sicchiero, *Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. It.*, 2020, 2317 e *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, ivi, 2436.

⁷ Così molto autorevolmente ed indicando la letteratura dominante Franzoni, *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II, Milano, 2013, sub art. 1374, 132, mentre era rimasta in netta minoranza la diversa lettura di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 219 e segg. e Gazzoni, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, 269 e segg.

⁸ Un evento che possiamo definire "sopravenienza atipica" usando le parole di Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 1708.

⁹ Il principio di solidarietà costituzionale quale fondamento della buona fede è richiamato ad es. da Cass. civ., 25 maggio

volontà sia sempre insindacabile, proprio perché una disposizione di rango superiore, che deve orientare l'interprete nell'interpretazione delle disposizioni, impone una lettura diversa¹⁰.

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

Ma, va detto, la proposta non è certo una novità in letteratura¹¹ e la necessità che il contratto non debba necessariamente sciogliersi in casi simili è prospettata da tempo¹².

Va qui solo aggiunta una precisazione: l'intervento del giudice di cui parliamo non è quello previsto dall'art. 114 c.p.c., perché non gli si chiede di staccarsi dal diritto positivo ed applicare una giustizia del caso concreto. Esattamente al contrario, l'intervento si fonda proprio sulla regola testuale, quella dell'art. 1374 c.c., sicché le due ipotesi restano estranee una all'altra¹³.

La tesi della buona fede integrativa

L'alternativa proposta per superare quella vecchia visione dell'autonomia dei privati, a ben vedere, fatica però a staccarsi da quella chiave di lettura, che pure vuol rovesciare.

Infatti chiede alle parti di rinegoziare, ovvero di mettersi d'accordo proprio quando invece non hanno voluto farlo; una sorta di paternalismo verso i contraenti, cui si vuol imporre ciò che non abbiano praticato spontaneamente¹⁴.

Che accade però se le parti non rinegoziano con esito positivo il riequilibrio del contratto?

A ben vedere, per essere coerenti con il presupposto, il giudice dovrebbe astenersi dall'entrare nel merito dello scambio e sanzionare semmai, con il risarcimento del danno, la violazione dell'obbligo comportamentale di buona fede, trattandosi di puro inadempimento.

Quindi siamo punto e a capo: il contratto, alla fine, resta quello originario ed il risarcimento del danno (cosa diversa dalla manutenzione del contratto) diventa difficilmente determinabile al di fuori di una liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c., perché altrimenti si trasformerebbe in un intervento diretto sul contratto, simulato con la veste del rispetto della buona fede.

Il tribunale di Roma ha prospettato un rimedio fondato sulla "buona fede integrativa", ma questo (nelle forme) è davvero sbagliato: la buona fede è un atteggiamento delle parti, la correzione (*cave*: non l'integrazione)¹⁵ coattiva spetta invece al giudice.

In altre parole la buona fede "oggettiva o correttezza, oltre che regola di comportamento e di interpretazione del contratto, è criterio di determinazione della prestazione contrattuale, imponendo il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio"¹⁶.

L'equità, invece, va oltre: corregge ciò che manca nel caso di specie e può anche andare oltre al limite "dell'apprezzabile sacrificio", che infatti può essere superato se ciò sia equo nel caso di specie: come ha fatto poi in effetti proprio il tribunale di Roma.

Dove trova altrimenti il giudice il potere di entrare nel merito del contratto se le parti non si accordano? E dove sta il criterio per valutare negativamente il mancato accordo, specie se la rinegoziazione sia portata avanti per lungo tempo ma senza risultati?

Non è un caso che, fino ad oggi, la violazione del principio di buona fede sia stata sanzionata con l'inefficacia dei comportamenti opportunistici o maliziosi, ma non con la loro sostituzione nel merito da parte della decisione del giudice.

Concretezza dell'intervento equitativo

La terza soluzione ci è parsa quindi la più lineare: se il contratto e la legge tacciono – "in mancanza" dice l'art. 1374 c.c.¹⁷ – i contraenti sono allora soggetti alle conseguenze che derivano dall'equità¹⁸.

2018, n. 13061; Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2057; Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9006 ecc.

¹⁰ Cfr. ad es. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, Fonti ed interpretazione*, Napoli, 2020, 78 e segg., spec. 84-85, 368-369, 376 e segg., *passim*.

¹¹ Cfr. ad es. di Rodotà, *op. cit.*, 115, 143, *passim*.

¹² 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.

¹³ Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 175.

¹⁴ Che il contratto sia in definitiva il luogo di composizione delle contrapposte è detto da lungo tempo: cfr. ad es. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 27; Osti, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 471; Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, 409; Roppo, *Il contratto*, nel *Tratt. Iudice-Zatti*, Milano, 2011, 363 e segg., 462 e segg.

¹⁵ Si ha integrazione secondo equità il giudice sia chiamato a determinare in tal modo un elemento mancante, come nei casi indicati ad es. dagli artt. 1349, 1447, 1733, 1748, 1755 o 2110 c.c.;

non è però integrazione equitativa quella prevista, ad es., dagli artt. 1709, 2225 e 2233 c.c., perché in queste disposizioni difetta proprio il richiamo all'equità. Qui si parla invece di correzione, perché si modifica il contenuto degli obblighi stabiliti nel contratto, in assenza di un patto che regoli questa specifica sopravvenienza; è inoltre correttiva l'equità prevista dall'art. 1384 c.c. per la riduzione della penale. Cfr. Galgano, *op. cit.*, 176.

¹⁶ Cass. civ., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2057; Cass. civ., 15 ottobre 2012, n. 17642, ecc.

¹⁷ Lo aveva detto fin dall'esordio del nuovo codice, ad es., Ghiron, nel *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1949, sub art. 1374, 520: "l'equità, che è menzionata per ultima, per ambo i codici deve assistere in ogni applicazione di norme giuridiche, ma la sola equità non può venire in campo, se non quando le altre fonti facciano difetto"; v. altresì Sacco, *op. cit.*, 1394. Invece 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.

¹⁸ Galgano, *op. cit.*, 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".

Equità, per chi scrive, significa valutare il caso concreto che coinvolge quei due specifici contraenti ed imporre una soluzione che, fondata pur sempre sul principio di solidarietà costituzionale, affronti l'esito dell'evento eccezionale ed imprevedibile contemperando al meglio le contrapposte esigenze e riducendo al minimo i reciproci sacrifici.

È ovvia l'eccezione che ci attendiamo: e come si possono determinare in anticipo i criteri su cui il giudice debba basarsi?

Non si gridi allo scandalo: semplicemente non si può dirlo in anticipo, perché ogni caso è singolare e pretende una soluzione *ad hoc*.

La costituzione chiede solidarietà ma non dice in cosa consista; eppure la norma ha trovato moltissime applicazioni pratiche.

Il codice pretende la buona fede ma non dice cosa sia; eppure da trent'anni nessuno rinuncia ad utilizzarla.

Basterebbe poi ripercorrere la storia della nozione di "danno ingiusto" per vedere come una norma a trama aperta possa funzionare a dispetto dell'assenza di indici concreti del suo contenuto.

Il problema, in definitiva, non è l'assenza dei criteri, che mancano sempre nelle clausole generali, ma nell'uso che il giudice di merito ne faccia e che si giustificherà in base alla ragionevolezza della motivazione: *reddes rationem* insomma¹⁹.

Abbiamo fatto un esempio per dire che la norma non può essere un "letto di Procuste": la soluzione dettata per un contratto di locazione commerciale in cui il locatore sia un soggetto economicamente forte ed il conduttore meno protetto, non può essere la stessa del caso opposto.

La cronaca di Venezia ci porta ora proprio questo caso²⁰: un immobile in piazza San Marco di proprietà del demanio, concesso in locazione ad un canone mensile di 36.500 euro ad un commerciante che ora ha visto le proprie entrate calate del 95%.

Il tribunale di Venezia, indica la notizia, avrebbe ridotto il canone dell'80% per i primi tre mesi di

lockdown totale, scalando la riduzione fino al 40% a dicembre 2021²¹.

Questa soluzione di merito, all'evidenza, non potrebbe mai essere ripetuta nel caso opposto, laddove, ad es., un pensionato con un reddito modestissimo ricavato dall'immobile locato ad una grande impresa, dovesse vedersi ridotto il canone in misura così incisiva.

È quindi un problema pratico, concreto: di equità appunto, la quale trova il proprio fondamento sulla solidarietà costituzionale, che opera come chiave generale di decisione.

Conclusioni

Dunque ed in definitiva, si tratta di attribuire questo specifico ruolo all'equità *ex art.* 1374 c.c., dalla quale il giudice trae i poteri di intervento sul contratto.

Questo tenendo però ben presenti i limiti che proprio l'art. 1374 c.c. prevede: ovvero che le parti non abbiano già regolato il caso²² – d'ora in poi facilmente i contratti di durata avranno una clausola che disciplini il rischio pandemia – e che la legge nulla dica in ordine a quello specifico tipo contrattuale, come accade per l'appalto per le precise ipotesi disciplinate dall'art. 1664 c.c.

Ciò che manca è infatti ed appunto proprio una regola generale di carattere conservativo contenuta nel titolo II del libro quarto del codice, beninteso salvo proprio l'art. 1374 c.c.

L'alternativa è infatti solo demolitoria (art. 1467 c.c.) e ritenere che questa impedisca un intervento manutentorio è anzitutto postulato senza dimostrazione e comunque in contrasto con il più volte richiamato principio di solidarietà, che impone di prevedere anche una soluzione conservativa dei rapporti.

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

Né, infine, il legislatore dell'emergenza ha dato indicazioni su questo specifico problema²³.

Nulla esclude ovviamente che il giudice possa esor-

¹⁹ In altre parole "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.

²⁰ Corriere del Veneto, 30 dicembre 2020; in rete (dal sito dello studio che ha curato la causa) si legge che sarebbe l'ordinanza 2 ottobre 2020, nella causa r.g. n. 4324/20 e si riportano queste parti della motivazione: "la società intimata non ha potuto utilizzare – o quantomeno ha potuto in maniera ridotta – i locali oggetto di locazione ai fini della loro destinazione turistico – ricettiva a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria in materia di Covid-19" e che "occorre stabilire la riduzione del canone per il periodo di interesse e quindi per il periodo suddetto di *lockdown* (nonché in quello precedente di acqua alta) pare opportuno trovare un accordo sulla quota di riduzione, e ciò anche a fronte del pagamento integrale dei canoni scaduti ai fini della valorizzazione della gravità dell'inadempimento lamentato dall'intimante". Tale scelta sarebbe motivata sulla scorta del fatto che "non era di certo intenzione della conduttrice recedere dal contratto *di rent to buy*" e stigmatizzando la condotta del locatore che, notificando l'atto di intimazione di sfratto "in piena emergenza COVID", non ha tenuto un comportamento ispirato ai canoni solidaristici *ex art.* 2 Cost."

²¹ La distribuzione del rischio relativo all'utilizzo dell'immobile

nelle locazioni commerciali è affrontato 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".

²² Cfr. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2000, 472, ma anche Sacco, *op. cit.*, 1711 o Roppo, *op. cit.*, 462. 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.

²³ Cfr. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. civ.com., Emergenza Covid-19*, 2020, 3.

tare le parti a rinegoziare, ma ci pare francamente tempo perso, emergendo qui l'aspetto paternalistico dell'invito a mettersi d'accordo quando è già scoppia-ta una lite.

D'altro canto perché nella prassi non si vedono mai le proposte conciliative, che pure l'art. 185 bis c.p.c. imporrebbe al giudice di formulare?

In un caso simile, semmai, è meglio che comunque sia pronunciato un provvedimento cautelare che fermi l'irreparabile e le parti siano rimesse avanti ad un mediatore professionale, ai sensi dell'art. 5, comma 2, d. lgs. n. 28/2010, se proprio si vuol imporre loro di discutere mentre stanno litigando.

A parte questi spunti pratici, va infine pienamente condivisa l'indicazione conclusiva data dal tribunale di Treviso: l'equità è sì prevista dalla legge, ma il

processo civile è ad istanza di parte (art. 2697 c.c. e artt. 112, 115 c.p.c.) e dunque "con onere alle parti di invocarne e provarne correttamente i motivi di applicazione o esclusione nel caso di specie".

Su questa necessità si può dire che i divieti di esercitare attività commerciali possono ritenersi fatti notori.

Benché i vari D.P.C.M. che si susseguono da un anno non appartengano al rango delle fonti primarie (per le quali sole vale il principio *iura novit curia*), la loro massiccia diffusione consente di ritenere che tutti li conoscano, un giudice per primo.

Ciò che sarà invece da dimostrare è l'incidenza di questi divieti sulla propria situazione economica, ma qui siamo nell'alveo del normale onere probatorio di qualsiasi controversia di diritto privato.