

# Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Quale modello normativo europeo per l'IA?
- Responsabilità civile: una lunga storia ancora da scrivere
- Abusiva concessione del credito e azione di massa
- Un tema scottante: il reclutamento docenti universitari
- Obbligazione e contratti  
Ancora sull'equità correttiva
- Responsabilità  
Responsabilità per danno da farmaco  
Risarcimento del danno alla persona e tabelle giudiziali al vaglio della Cassazione
- Impresa e società  
Illecito *antitrust* e *private enforcement*  
Sovraindebitamento e *par condicio* nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza  
Orientamenti dell'ACF su valutazione di adeguatezza e appropriatezza

 [edicolaprofessionale.com/CI](http://edicolaprofessionale.com/CI)



Wolters Kluwer

## L'EQUITÀ CORRETTIVA

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

1. – La buona fede e l'equità, disposizioni geneticamente unite ma separate alla nascita del vigente codice, hanno avuto fino ad oggi un destino diverso.

Il codice del 1865, sulla traccia di quelli preunitari e di quello francese <sup>(1)</sup>, le contemplava nella stessa disposizione, regolatrice degli effetti del contratto, ovvero l'art. 1124, per il quale «i contratti debbono essere eseguiti in buona fede, ed obbligano non solo a quanto nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano».

Nel 1942 la buona fede fu espunta dal testo della regola, divenuta l'attuale art. 1374 <sup>(2)</sup>, venendo destinata a disciplinare varie fasi del rapporto contrattuale, dalle trattative fino alla sua esecuzione, passando per la pendenza della condizione, l'interpretazione e l'eccezione di inadempimento.

Quanto all'equità, il lemma ha trovato posto in varie disposizioni che attribuiscono al giudice il compito di integrare il rapporto laddove le parti non abbiano regolato taluni aspetti, così impedendo che il contratto sia dichiarato nullo per mancanza di accordo sull'oggetto.

---

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

<sup>(2)</sup> BUTERA, *Codice civile italiano commentato*, Torino, 1943, *sub art.* 1374, 340, scrisse che «l'art. 1374 risponde alla tradizione romana: l. 16, *D.*, *de c. et dem.*, XXXV, 1; l. 31, *D.*, *dep.*, XVI, 3; l. 34, *D.*, *de r. i.*, L, 17».

Questo impiego dell'equità consente di definirla integrativa e su tale specifica funzione non pare che vi sia gran discordia tra gli autori o nella giurisprudenza, salvo indicarne i limiti operativi <sup>(3)</sup>.

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

Com'è noto, ma poi se ne darà conto, sia per l'equità che per la buona fede vi è stato un forte scetticismo ad utilizzarle come fonti immediatamente regolative; invece dagli anni '90 in poi tale ruolo è stato coperto con sempre maggior vigore e frequenza dalla buona fede, restando invece l'equità relegata a disposizione dal ruolo solo integrativo ma non correttivo.

Dal profilo formale non vi è ragione per cui si sia giunti a tanto, giacché entrambe le disposizioni possono essere utilmente invocate per tutte queste funzioni, trattandosi di clausole generali <sup>(4)</sup> intese quali disposizioni a trama aperta <sup>(5)</sup>, che consentono una valutazione legata al momento storico in cui il giudice decide <sup>(6)</sup>: anche all'equità potrebbe

---

<sup>(3)</sup> V. ad es. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II, Milano, 2013, *sub art.* 1374, p. 132 ss.; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 99 ss.; p. 141 ss.

<sup>(4)</sup> Ma questa indicazione è controversa, come ricorda FRANZONI, *op. cit.*, p. 162; non la riteneva tale ad es. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (ristampato nel 2004, qui si cita dall'originale), p. 225 o p. 246; diversamente MACARIO, *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, *sub art.* 1374, p. 717-718. Un ampio dibattito sulla distinzione tra clausole generali, norme o precetti generali e principi generali era stato aperto da MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9 ss., che si è ampliato nel tempo (v. ad es. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011) e che vede il suo massimo approfondimento nella monografia di taglio analitico-filosofico di VELLUZZI, *Le clausole generali*, Milano, 2010, sulla quale si è aperto un ampio confronto ad opera di Rescigno, Carusi, Chiassoni, Mazzamuto, Roselli, Astone, Cuffaro, Moscati ed infine dello stesso Velluzzi negli scritti raccolti sotto il titolo *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss.

<sup>(5)</sup> Sul tema si veda la preziosa raccolta di saggi contenuta in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, a cominciare dal saggio di GALGANO, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza?*, *ivi*, p. 3 ss.; l'argomento è di una vastità tale da poter essere qui solo accennato.

<sup>(6)</sup> «Nelle "clausole generali" vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire»: RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole generali*

infatti assegnarsi il medesimo ruolo coperto dalla buona fede in ragione della sua natura. Infatti «le clausole generali consentono l'adattamento alle esigenze che derivano dalla Costituzione o dal mutato clima politico sociale» (7) e «la loro applicazione consente di pervenire – soprattutto nella materia della esecuzione del contratto – a risultati ritenuti impensabili sulla base delle norme specifiche contenute nel codice civile» (8), ruolo che riteniamo parimenti assegnabile, ma nei rispettivi ambiti, ad entrambe.

Non è dunque da questo punto di vista che può giustificarsi quanto accaduto.

Peraltro, ben si potrebbe obiettare subito, per chi non sia scettico sull'impiego della buona fede come avvenuto negli ultimi trent'anni (9), che non avrebbe senso pratico spostare il baricentro della funzione svolta

---

*nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 30; parlano di «nozioni a contenuto variabile» RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, ivi, p. 41, di «norme incomplete, frammenti di norme» MENGONI, *op. cit.*, p. 10-11, di «concetti-valvola» BARCELLONA, *op. cit.*, 16 ss.; di «incremento di creatività» nell'interpretazione del loro testo PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 82. Di recente il S.C., riconducendo la nozione di giusta causa di licenziamento nell'alveo di queste (disattendendo la lettura di MENGONI, *op. cit.*, p. 9, che la intende come «norma generale»), ha detto che «la giusta causa di licenziamento è una nozione di legge che si viene ad inscrivere in un ambito di disposizioni caratterizzate dalla presenza di elementi "normativi" e di clausole generali (*Generalklauseln*) – correttezza (art. 1175 c.c.); obbligo di fedeltà, lealtà, buona fede (art. 1375 c.c.); giusta causa, appunto (art. 2119 c.c.) –, il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la "spirale ermeneutica" (tra fatto e diritto), di essere integrato, colmato, sia sul piano della *questio facti* che della *questio iuris*, attraverso il contributo dell'interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall'ordinamento giuridico o da regole proprie di determinate cerchie sociali o di particolari discipline o arti o professioni, alla cui stregua poter adeguatamente individuare e delibare altresì le circostanze più concludenti e più pertinenti rispetto a quelle regole, a quelle valutazioni, a quei giudizi di valore, e tali non solo da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della *tota res* (realtà fattuale e *regulae iuris*), ma da consentire inoltre al giudice di pervenire, sulla scorta di detta complessa realtà, alla soluzione più conforme al diritto, oltre che più ragionevole e consona»: Cass., 4 novembre 2020, n. 24601; in termini analoghi v. *id.*, 9 marzo 2021, n. 6495 o *id.*, 31 ottobre 2019, n. 28098.

(7) GIORGIANNI, *La "parte generale" delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in *questa rivista*, 1993, p. 491.

(8) PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 4; non è però il testo in cui sia contenuta la clausola generale ad essere decisivo, ma appunto la sua natura.

(9) O almeno sulle motivazioni adottate; v. sul punto GENTILI, *Il diritto come discorso*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, p. 401 ss., spec. p. 407 dove, entrando nel merito delle argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza che utilizza la buona fede come rimedio alle sopravvenienze, dice che «questo non si sa proprio dove la Corte lo desuma»; ed infatti non è dalle regole sulla buona fede che lo si può desumere. Tra chi era manifestamente scettico sull'uso delle clausole generali v. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 22 ss.

dalla stessa all'equità, già operando appunto la buona fede a tal fine; ma è ovvio che al giurista interessa il corretto impiego delle regole <sup>(10)</sup>, specie in ragione degli sviluppi ulteriori cui il concetto rimasto in disparte potrebbe condurre.

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

2. – Come anticipato, equità e buona fede erano geneticamente unite prima dell'emanazione del codice vigente e ciò era giustificato sul rilievo che «l'equità può dirsi in sostanza la buona fede stessa considerata oggettivamente, e quindi gli effetti dell'una e dell'altra quasi si confondono» <sup>(11)</sup>.

Rarissime, peraltro, le sentenze in tema di equità e non sovversive, anzi indicative della funzione solo integratrice normalmente attribuitale; ad es. si era detto che «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» <sup>(12)</sup>.

Peraltro, anche la letteratura sul tema era poco attenta alla regola; talora veniva semplicemente ignorata o riportata tale e quale.

Occasionalmente si incontra qualche commento, come quello che ritiene che gli effetti ulteriori rispetto a quelli testuali o di legge «si debbono considerare virtualmente compresi nella volontà contrattuale: solo un esplicito animo contrario varrebbe a rimuoverli, ammesso pur sempre ch'esso sia in sé lecito e non contraddica alla essenziale funzione e natura di quel dato contratto» <sup>(13)</sup>.

Per qualcuno, invece, l'equità doveva servire a mantenere equilibrato lo scambio <sup>(14)</sup>, mentre vi sono autori che, come anticipato, intendevano

<sup>(10)</sup> Sulla necessità di separare gli ambiti operativi delle disposizioni v. MENGONI, *op. cit.*, p. 8 o BARCELLONA, *op. cit.*, p. 124 ss. ma il punto non è in discussione e questo senza tacere del problema processuale relativo al n. 3) dell'art. 360 c.p.c.

<sup>(11)</sup> DEL VITTO, *Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1879, *sub* art. 1124, p. 121.

<sup>(12)</sup> Cass. Torino, 24 febbraio 1888 in *Giur. it.*, 1888, I, 1, 278, riportata anche da RICCI, *Delle obbligazioni e dei contratti*, Torino, 1892, p. 350-351.

<sup>(13)</sup> DE RUGGIERO, *Diritto civile*, Messina-Milano, 6<sup>a</sup> ed., s.d., III, p. 289.

<sup>(14)</sup> DEL VITTO, *cit.*: l'equità serve ad «equilibrare la condizione delle parti per modo che il contratto venga quanto più è possibile ad attuare il concetto dell'identificazione di due interessi prima opposti e di uno scambio di equivalente utilità».

l'equità nel modo con cui attualmente si interpreta l'obbligo di buona fede <sup>(15)</sup>.

Insomma, il tema non era centrale nelle opere degli studiosi.

3. – L'intenzione del legislatore del 1942 a proposito del ruolo da assegnare separatamente, da quel momento in poi, alla buona fede ed all'equità non fu chiara; anzi non emerge affatto.

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

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

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

Quanto all'equità, la relazione è completamente muta.

È probabile che questo silenzio derivi dal fatto che la precedente disposizione era stata solo divisa e senza introduzione di regole nuove; fatto sta che l'intenzione del legislatore non emerge.

4. – Da queste premesse si comprende come entrambe le disposizioni avrebbero potuto seguire un destino parallelo, non risultando una qualsi-

---

<sup>(15)</sup> RICCI, cit., p. 349, ove interpreta gli obblighi letteralmente nascenti dal contratto nel modo meno gravoso per l'onereato: «ed è perciò che il contratto devesi, nell'ipotesi supposta, eseguire, non in conformità allo stretto diritto, ma d'accordo con l'equità», aggiungendo subito che «i contratti non solo debbono essere eseguiti in buona fede», appunto sovrapponendo i concetti.

voglia scelta di funzioni diverse da attribuire loro, mentre invece le strade si biforcarono.

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

Emilio Betti fu infatti tra i fautori del ruolo della buona fede e le sue parole nella *Teoria generale delle obbligazioni* <sup>(16)</sup> costituiscono il viatico del percorso seguito 40 anni dopo dalla giurisprudenza.

Nell'opera, dalla critica dell'atteggiamento statico della letteratura e dei giudici si passa al collegamento del principio di buona fede alla regola di solidarietà contenuta nell'art. 2 della Costituzione <sup>(17)</sup> ed in altre sue disposizioni <sup>(18)</sup>, per definirla quindi un mezzo di integrazione del contratto <sup>(19)</sup>, che funge da «limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata» <sup>(20)</sup>.

Di qui si legge poi una costruzione volta a sostenere la capacità delle clausole generali di «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» <sup>(21)</sup>.

Lo studio termina sull'argomento individuando una serie di figure sintomatiche, quali l'obbligo di contrattare, che legittimerebbe anche l'intervento integrativo del giudice <sup>(22)</sup>.

La giurisprudenza, nel tempo, ha dato vita operativa a queste indicazioni.

Inizialmente l'atteggiamento ostile era palese <sup>(23)</sup>, perché si riteneva che la buona fede non attribuisse il diritto alla pretesa ad un comportamento specifico, giacché «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

---

<sup>(16)</sup> Nel vol. I, Milano, 1953, p. 112 ss.

<sup>(17)</sup> *Op. cit.*, p. 115, p. 143, *passim*.

<sup>(18)</sup> *Op. cit.*, p. 152.

<sup>(19)</sup> *Op. cit.*, p. 175 ss.

<sup>(20)</sup> *Op. cit.*, p. 178.

<sup>(21)</sup> *Op. cit.*, p. 189.

<sup>(22)</sup> *Op. cit.*, p. 193-195.

<sup>(23)</sup> Per un *excursus* più esaustivo v. FRANZONI, *op. cit.*, p. 184 ss.

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» (24).

Poi questo atteggiamento scettico fu ribaltato.

Sono infatti ormai moltissime le decisioni che, in forza del principio di buona fede, entrano nel merito delle operazioni realizzate dalle parti: ad es. e citando solo tra le decisioni più recenti, censurando le deliberazioni della maggioranza nelle società (25); impedendo al danneggiato che abbia ostacolato l'assicuratore nell'accertare i danni, di domandarne il risarcimento (26); obbligando la p.a. a risarcire all'aggiudicatario di un appalto, poi annullato dal giudice amministrativo, i danni subiti per aver riposto affidamento nella legittimità dell'aggiudicazione (27) e, più in generale, nella violazione dell'affidamento creato in capo ad altri (28); vietando il frazionamento del credito per agire separatamente laddove sia possibile un'unica domanda (29); verificando l'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte della p.a. (30); valutando le modalità di esercizio del diritto di recesso (31); sancendo l'obbligo di protezione del fideiussore che grava sul creditore (32).

Si giunge anzi proprio per la strada della buona fede a configurare il divieto di abuso del diritto (33).

I giudici, sempre di più, fondano inoltre il loro intervento sul principio di solidarietà costituzionale che proprio Emilio Betti aveva invocato (34).

---

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

(25) Cass. 28 maggio 2020, n. 10096.

(26) Cass., 25 gennaio 2018, n. 1829.

(27) Cass., 25 luglio 2018, n. 19775.

(28) Cass., 28 gennaio 2020, n. 1934.

(29) Cass., 27 luglio 2018, n. 19898.

(30) Cass., 28 febbraio 2020, n. 5546; *id.*, 2 febbraio 2018, n. 2603.

(31) Cass., 24 agosto 2016, n. 17291.

(32) Cass., 12 dicembre 2019, n. 32478.

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

(34) Ad es. tra le più recenti v. Cass., 23 novembre 2020, n. 26568; *id.*, 25 maggio 2018, n. 13061; *id.*, 29 gennaio 2018, n. 2057; *id.*, 6 maggio 2015, n. 9006 ecc.; innumerevoli

Invece per l'equità il percorso fu diverso: inizialmente le voci degli autori furono contraddittorie, in quanto i primi commentatori, agganciandosi a discussioni mai sopite, avevano 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» <sup>(35)</sup>.

Non tutti erano però aperti a questa funzione davvero dirompente 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» <sup>(36)</sup>.

In altre occasioni il ruolo integrativo dell'equità era stato invece accostato pari pari a quello della buona fede <sup>(37)</sup>.

Come detto, passarono quasi vent'anni dagli scritti di Emilio Betti perché comparissero gli studi monografici diretti ad assegnare un ruolo all'equità, ovvero quelli di Stefano Rodotà <sup>(38)</sup> e Francesco Gazzoni <sup>(39)</sup>, ancora oggi peraltro sottoposti a critiche proprio per aver sostenuto una lettura che “diventa capace non solo di svolgere una funzione integrativa in senso stretto ... ma di limitare altresì l'autonomia delle parti” <sup>(40)</sup>.

Questi scritti però non ebbero seguito pratico, perché le applicazioni giurisprudenziali relative all'equità riguardarono solo il suo ruolo 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 determinati dalle parti (es. artt. 1349, 1526, 2225, 2233 c.c. ecc.), mai invece quello correttivo del contenuto contrattuale voluto dalle parti.

Il punto di partenza di queste decisioni è che «la funzione dell'“equità” richiamata dall'art. 1374 c.c., in forza del quale “il contratto obbliga le

quelle in tema di determinazione dell'assegno divorzile, tra cui ad es. Cass., 23 luglio 2020, n. 15774; id., 28 febbraio 2020, n. 5603; id., 16 gennaio 2020, n. 765 ecc.; v. ancora FRANZONI, cit., p. 190 ss.

<sup>(35)</sup> BUTERA, cit., *ibidem*.

<sup>(36)</sup> GHIRON, nel *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1949, sub art. 1374, p. 520; che l'atteggiamento fosse tendenzialmente ostile è ricordato anche da S. ROMANO, voce *Equità*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 85, 87.

<sup>(37)</sup> Sia pure in estrema sintesi così ancora BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960, 359; che la buona fede sia connotata da indici «che fanno parte dell'essenza dell'equità» è stato indicato poi da S. ROMANO, cit., p. 91.

<sup>(38)</sup> *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.

<sup>(39)</sup> *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970 (ristampato nel 2019, Milano Keyeditore, qui si cita dall'originale).

<sup>(40)</sup> SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1396-1397.

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 interpretativo del contratto già completo in tutti i suoi elementi» (41).

In questo senso le scarse applicazioni pratiche riguardano per lo più la sua ricordata funzione integrativa, ovvero la determinazione di compensi non concordati tra le parti (42), oppure la determinazione del periodo di composto, per la quale peraltro l'equità è già prevista nell'art. 2110 c.c. (43): equità integrativa, quindi, non correttiva (44).

Dal punto di vista del diritto vivente ha quindi ragione chi, anche di recente e molto autorevolmente, nel ricostruirne la storia e le diverse opzioni interpretative, 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» (45).

Ma proprio questo è il tema d'indagine: si tratta dell'ineluttabile destino dell'equità per l'unica funzione che debba svolgere? Oppure il suo ruolo è stato usurpato da un impiego oltre confini della buona fede?

Una sentenza, isolata ma per noi sicuramente condivisibile, ci consente di anticipare la risposta.

Infatti Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, indicando che il notaio è tenuto agli accertamenti necessari per il raggiungimento delle finalità volute dalle parti (nel caso, la verifica delle iscrizioni pregiudizievoli in una vendita di immobili) ha detto che «il principio secondo cui l'incarico conferito dalle parti al notaio comprende lo svolgimento, ad opera del professionista, delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti stesse, riguarda le attività che

---

(41) Cass., 8 luglio 1983, n. 4626; sul punto v. GAZZONI, *op. cit.*, p. 228 ss.

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

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

(44) Altri riferimenti in MACARIO, in *Commentario del codice civile*, cit., p. 695.

(45) FRANZONI, cit., p. 132; le disposizioni ivi richiamate sono gli artt. 1371, 1384, 1447, 1467, 1468 ecc.; la tesi è condivisa ad es. anche da GENTILI, *op. cit.*, p. 408 o da SACCO, *op. cit.*, p. 1381; BARCELLONA, *op. cit.*, p. 29. Cfr. però le critiche di RODOTÀ, *op. cit.*, 219 ss. e v. altresì GAZZONI, *op. cit.*, 260 ss. per il quale, in definitiva, la sua funzione consisterebbe nel qualificare imperative le singole disposizioni che si richiamano all'equità (ivi, p. 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, p. 269 ss.), anche perché le singole disposizioni che richiamano l'equità «sono dunque da riferire alla fonte legale dell'art. 1374 c.c. e non viceversa».

concernono le condizioni di validità e perfezione dell'atto, ossia quelle necessarie perché l'atto possa realizzare il suo scopo tipico e quindi sia idoneo a produrre il risultato pratico perseguito. Tra esse è compresa la stessa attività di consulenza in relazione allo scopo tipico dell'atto. Ciò costituisce l'applicazione della regola dell'integrazione del contratto a norma dell'art. 1374 c.c., che conforma il contenuto delle obbligazioni contrattuali all'intento voluto dalle parti (Cass. 14 ottobre 1972, n. 3065)»<sup>(46)</sup>.

È una sentenza rara nel suo genere<sup>(47)</sup>, in quanto le altre riportano tali obblighi o a quello di esecuzione in buona fede del contratto o all'impiego della diligenza *quam suis ex* art. 1176 c.c., ma è una decisione che individua correttamente la fonte che integra gli obblighi testuali con quelli che appaiono necessari al raggiungimento dello scopo delle parti, ancorché il richiamo all'intento voluto dalle parti riconduca l'intervento dell'equità ad una volontà inespressa, elemento di cui si può certamente fare a meno.

È chiaro che anche l'applicazione del principio di buona fede, data la vaghezza delle parole, può portare a quel risultato, come in effetti è accaduto, ma la formula letterale dell'art. 1374 c.c. – «obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso» – dimostra come il legislatore abbia valutato espressamente la possibilità di integrare i patti, nel silenzio della legge e del contratto, con quanto appaia necessario, individuando però nella regola sull'equità e non in quelle sulla buona fede la disposizione di riferimento<sup>(48)</sup>.

E d'altronde un recente intervento del legislatore, per quanto non dirimente, ci porta comunque sempre nella stessa direzione; infatti l'art. 10 del d.l. n. 118 del 2021 consente all'imprenditore in difficoltà di di-

---

<sup>(46)</sup> La massima di Cass., 14 ottobre 1972, n. 3065 è questa: l'art. 1374 c.c. trova applicazione soltanto in sede di integrazione degli effetti di una già manifestata volontà negoziale. Siffatta funzione integrativa non modifica il contratto, con l'aggiungere ad esso qualcosa, in quanto le ulteriori conseguenze, che se ne fanno derivare secondo la legge, gli usi e l'equità, corrisponde all'intento voluto dalle parti».

<sup>(47)</sup> Ma non unica; ad es. Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, indica che «qualsiasi struttura sanitaria, nel momento stesso in cui accetta il ricovero d'un paziente, stipula un contratto dal quale discendono naturalmente, ai sensi dell'art. 1374 c.c., due obblighi: il primo è quello di apprestare al paziente le cure richieste dalla sua condizione; il secondo è quello di assicurare la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela, per le quali detta protezione costituisce la parte essenziale della cura».

<sup>(48)</sup> Ha certamente ragione FRANZONI, cit., p. 172, quando scrive che «l'art. 1375 c.c. costituisce una ipotesi nella quale la legge, ai sensi del precedente art. 1374 c.c., integra il contratto»; il punto è però se la buona fede consenta di integrarlo così come vorrebbero le teorie sulla rinegoziazione, di cui si dirà.

scutere la rinegoziazione dei contratti di durata e, in caso di fallimento della trattativa, prevede che il tribunale possa rideterminare “equamente” le condizioni del contratto <sup>(49)</sup>.

Dunque le parti devono comportarsi sì in buona fede, perché l’obbligo attiene al loro atteggiamento; ma l’intervento sul contratto opera invece in ragione del potere attribuito al giudice in forza dell’equità correttiva.

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

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

La proposta di Betti, formulata al tempo senza indicazioni di confine, era ben chiara: a proposito della buona fede definita “integrativa”, precisava anche 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» <sup>(50)</sup>.

La latitudine ormai avallata dalla giurisprudenza è invece più contenuta: «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, impone il compimento di quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell’apprezzabile sacrificio» <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> La disposizione del secondo comma è questa: «l’esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell’imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell’esperto e tenuto conto delle ragioni dell’altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l’equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente».

<sup>(50)</sup> *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 94 ss.

<sup>(51)</sup> Si tratta di un criterio ribadito anche di recente in questi termini: “la buona fede o

Insomma ed anzitutto, l'apprezzabile interesse del soggetto obbligato costituisce l'argine oltre il quale la buona fede non dovrebbe operare.

Gli autori hanno però configurato una sua funzione ulteriore, ritenendo che la buona fede imponga nondimeno alle parti di rimettere mano al contratto ogni volta che ciò appaia necessario in ragione del mutamento delle circostanze originarie <sup>(52)</sup> e la recente emergenza Covid, in cui il silenzio del legislatore ha costituito una delle ragioni di necessario intervento dei giudici, ha visto le prime applicazioni pratiche concrete <sup>(53)</sup>.

correttezza oggettiva costituisce regola (artt. 1337, 1358, 1375 e 1460 c.c.) di comportamento (quale dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. (v. Cass., 10 novembre 2010, n. 22819; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056) che trova applicazione anche a prescindere alla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, in base al quale il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità: v. Cass., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass., 27 aprile 2011, n. 9404; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826; Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass., 20 febbraio 2006, n. 3651. V. altresì Cass., 24 settembre 1999, n. 10511; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, e regola (art. 1366 c.c.) di interpretazione del contratto (v. Cass., 23 maggio 2011, n. 11295), la buona fede oggettiva o correttezza è invero anche criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo invero fonte – altra e diversa sia da quella eteronoma suppletiva ex art. 1374 c.c. (in ordine alla quale v. la citata Cass., 27 novembre 2012, n. 20991) che da quella cogente ex art. 1339 c.c. (in relazione alla quale cfr. Cass., 10 luglio 2008, n. 18868; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1689; Cass., 22 maggio 2001, n. 6956. V. altresì Cass., 9 novembre 1998, n. 11264) – di integrazione del comportamento dovuto (v. Cass., 30 ottobre 2007, n. 22860), là dove impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio (che non si sostanzia cioè in attività gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici (v. Cass., 30 marzo 2005, n. 6735; Cass., 9 febbraio 2004, n. 2422))<sup>52</sup>: Cass., 2 aprile 2021, n. 9200; in precedenza tra le più recenti v. Cass., 6 maggio 2020, n. 8494; *id.*, 29 gennaio 2018, n. 2057; *id.*, 15 ottobre 2012, n. 17642 ecc.

<sup>(52)</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 1400, 1711; DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. civ.com, Emergenza Covid-19*, 2020, p. 4 ss.; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Emergenza Covid-19, Giust. civ.com*, 2020, p. 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*, *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.; 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 *questa rivista*, 1998, p. 619; CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; SICCHIERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 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 *questa rivista*, 2016, 182; ZORZI, *op. cit.*, p. 77 ss.

<sup>(53)</sup> Alcuni di questi provvedimenti cautelari sono ricordati da ZORZI, *Impatto del*

Ad es. il tribunale di Roma <sup>(54)</sup>, di fronte al tema del pagamento del canone di un immobile non utilizzabile per i divieti posti dai provvedimenti emergenziali, ha prospettato un rimedio fondato sulla “buona fede integrativa”, ma questo (nelle forme) non ci pare corretto, sebbene rispecchi inconsapevolmente il pensiero di Betti.

Per noi infatti, come subito diremo, la buona fede è un atteggiamento doveroso che riguarda il comportamento delle parti, mentre la correzione (*cave*: non solo l'integrazione) <sup>(55)</sup> coattiva spetta invece al giudice.

La cronaca parla poi di altri interventi fondati sempre sulla buona fede; quella di Venezia riporta il caso <sup>(56)</sup> di 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 ha visto le proprie entrate calate del 95% stante il *lockdown*.

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

Sono proprio queste applicazioni pratiche che inducono a rimeditare sul corretto impiego del principio di buona fede perché, siamo convinti,

---

*Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contr. impr. Europa*, 2021, p. 55 ss.

<sup>(54)</sup> 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, p. 2436.

<sup>(55)</sup> Si ha integrazione secondo equità il giudice sia chiamato a determinare in tal modo un elemento mancante, come nei casi indicati ad es. dagli artt. 1349, 1447, 1733, 1748, 1755 o 2110 c.c.; non è però integrazione equitativa quella prevista, ad es., dagli artt. 1709, 2225 e 2233 c.c., perché in queste disposizioni difetta proprio il richiamo all'equità. Qui si parla invece di correzione, perché si modifica il contenuto degli obblighi stabiliti nel contratto, in assenza di un patto che regoli questa specifica sopravvenienza; è inoltre correttiva l'equità prevista dall'art. 1384 c.c. per la riduzione della penale. Cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 176.

<sup>(56)</sup> Corriere del Veneto, 30 dicembre 2020; in rete (dal sito dello studio che ha curato la causa) si legge che sarebbe l'ordinanza 2 ottobre 2020, nella causa r.g. n. 4324/20 e si riportano queste parti della motivazione: «la società intimata non ha potuto utilizzare – o quantomeno ha potuto in maniera ridotta – i locali oggetto di locazione ai fini della loro destinazione turistico – ricettiva a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria in materia di Covid-19» e che «occorre stabilire la riduzione del canone per il periodo di interesse e quindi per il periodo suddetto di *lockdown* (nonché in 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'inadempiamento 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.*

era ed è invece quello che compete all'equità correttiva prevista dall'art. 1374 c.c.

6. – Ma perché non dovrebbe essere la buona fede a costituire la corretta giustificazione del potere correttivo del giudice, beninteso per chi ritenga che un tale potere possa configurarsi?

La ragione è che la buona fede non è la disposizione deputata ad attribuirglielo <sup>(57)</sup>.

Solo l'art. 1366 c.c. è diretto (anche) al giudice, nell'imporgli di leggere il contratto come se fosse scritto da persone di buona fede, quando le stesse non lo abbiano già fatto.

Le altre ipotesi attengono sempre al comportamento che i contraenti devono adottare nella specifica fase contrattuale, rispetto al quale il giudice può intervenire solo valutandone la conformità o meno, *ex art.* 1218 c.c., allo specifico obbligo che venga in considerazione, censurandolo con la condanna al risarcimento del danno o paralizzandone gli effetti ove questi esorbitino dai diritti del debitore stesso <sup>(58)</sup>.

La buona fede non autorizza però il giudice a modificare il contenuto del contratto integrandolo con ulteriori comportamenti doverosi ed è per questo che la giurisprudenza non l'ha mai usata per aggiungere obblighi che vadano al di là dell'apprezzabile interesse della parte tenuta.

Occorre semmai verificare quali siano i veri ostacoli che impediscono all'equità di svolgere il ruolo impropriamente assegnato alla buona fede, perché qui l'integrazione degli obblighi è facilmente riconducibile alla formula della disposizione.

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

Anzitutto ne sterilizza la funzione, in violazione del canone ermeneutico *magis valeat quam pereat* <sup>(59)</sup>.

In secondo luogo ci pare dar vita ad un inestricabile groviglio logico: se l'art. 1374 c.c. rinvia all'equità quando manchi la legge, a che titolo dovrebbe valere come ricognizione delle ipotesi in cui la legge esiste? Le

---

<sup>(57)</sup> Così già MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 8, 13, ma anche GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 407 ss.

<sup>(58)</sup> Lo notava già RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1974, II, p. 126.

<sup>(59)</sup> Su cui v. LEWISON, *The interpretation of contracts*, Londra, 1989, p. 127 ss., 140 ss.; sulla necessità di attribuire un significato operativo alle disposizioni cfr. inoltre per tutti, MESSINEO, *Variazioni sul concetto di rinuncia alla prescrizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 505; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 227.

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

Siamo invece ben più convinti della bontà della tesi per cui «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» (60).

In fondo l'equità opera come fonte integrativa ma anche correttiva del contratto a prescindere da qualsiasi impegno di una delle parti a giungere ad una ridefinizione dei propri obblighi; anzi, il giudice –beninteso se ricorrono i presupposti di cui diremo nei prossimi paragrafi- è legittimato ad intervenire subito, ovvero senza dover in alcun modo chiedere ai contraenti di fare qualcosa prima che provveda lui (61).

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» (62) e quindi è legittimato a superare il limite dell'apprezzabile interesse del debitore che l'obbligo di buona fede non può comprimere (63).

7. – Come anticipato, il ruolo dell'equità non è quello di consentire al giudice di metter mano al contratto senza alcun argine: è anzi proprio la lettera dell'art. 1374 c.c. ad indicare che l'equità opera solo se manchino la volontà delle parti e la legge nel disciplinare il caso di specie (64).

Seguendo l'ordine dell'art. 1374 c.c., la prima limitazione indicata è quanto stabilito nel contratto: l'equità opera solo se le parti non abbiano già regolato il caso (65).

(60) GALGANO, *op. cit.*, p. 177.

(61) «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.*, p. 269.

(62) BUTERA, *ibidem*; v. altresì RODOTÀ, *op. cit.*, p. 225.

(63) Solo per evitare equivoci: l'equità *ex art.* 1374 c.c. qui in esame nulla ha a che vedere con il giudizio equitativo *ex art.* 113 c.p.c. e non attiene nemmeno al concetto di equità del diritto cui è dedicata la monografia di CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Milano, 2010.

(64) Sacco, *op. cit.*, 1394; invece GAZZONI, *op. cit.*, p. 249 ss., 256-257 nega, al pari di RODOTÀ, *op. cit.*, p. 93 ss., 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.*, p. 102 ss. e, *ivi*, p. 259-260. Ma anche ad intendere la disposizione come imperativa, il testo da applicare è quello!

(65) Cfr. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 472, ma anche SACCO, *op. cit.*, p. 1711 o

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

In altre parole, l'equità può operare solo in presenza di un evento eccezionale ed imprevedibile che non sia stato contemplato dai contraenti <sup>(66)</sup>, giacché altrimenti diverrebbe uno strumento di controllo dell'autonomia contrattuale rimesso nelle mani del giudice anziché del legislatore <sup>(67)</sup>.

È a tal fine appena il caso di richiamare in tal senso il pensiero di chi riteneva che il legislatore, nel regolare il contratto, 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 chimerica» <sup>(68)</sup>. Non era però così nemmeno nel pensiero del legislatore, perché il contratto resta il terreno di scontro delle contrapposte pretese <sup>(69)</sup> e se l'accordo non

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

<sup>(66)</sup> GAZZONI, *op. cit.*, p. 249 ss., 256-257 nega, al pari di RODOTÀ, *op. cit.*, p. 93 ss., 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.*, p. 102 –, es. ivi, p. 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, in *Commentario del codice civile* cit., p. 685 ss.). Cfr. comunque le indicazioni di GAZZONI, ivi, p. 296 ss., ove appunto precisa che l'intervento dell'equità opera in assenza di predeterminazione delle parti, purché meritevole (spec. p. 301-302), tanto che può intervenire «eventualmente contro tale regolamentazione» (ivi, p. 322, 328 ss.).

<sup>(67)</sup> Ad es. BIANCA, *op. cit.*, p. 470 ss., 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.

<sup>(68)</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 27, tesi (letteralmente) condivisa ad es. da CANARIS, *Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, in *Festschrift Steindorf*, 1990, 5, p. 48, per il quale l'idea che ogni parte debba perseguire con il contratto l'interesse dell'altra «stellt eine ridiküle Chimere dar, die für einen Basar passt, aber nicht für eine moderne Markt – und Wettbewerbswirtschaft».

<sup>(69)</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 1397. Il tema era stato affrontato nel passato già da CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 303 ss., contro la diversa lettura di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, che si leggono anche nell'ed. del 1985 (Napoli), p. 184-185 ma anche da RODOTÀ, *op. cit.*, p. 223 ss. Contro le tesi che sostengono la

sconfini nel patologico, il giudice non è autorizzato a mettervi mano sostituendosi alla volontà sia pure faticosamente raggiunta dalle parti, ma appunto raggiunta con l'accordo sul suo contenuto (70).

Il tema della giustizia contrattuale, se questa fosse la funzione che neghiamo si possa ascrivere all'art. 1374 c.c. (71), sarebbe quindi malamente invocato se veda in uno dei contraenti colui che deve rispondere alle esigenze dell'altro; a ben vedere, infatti, questa lettura sostituisce il vero soggetto che deve rimuovere gli ostacoli – il potere pubblico (72) – al singolo affinché abbia la possibilità di accedere ai beni primari della vita, mistificando le categorie ben oltre i compiti che le carte superiori ed il codice affidano ai privati.

L'equità, dunque, non costituisce lo strumento per ridiscutere il contenuto economico dei patti (73) e la miglior conferma si trova nella disciplina delle clausole nei contratti con i consumatori, che non saranno mai abusive in ragione del loro contenuto economico, potendosi solo imporre, come deve essere, la chiarezza del linguaggio.

Insomma, l'equità non è il cavallo di Troia per rimettere mano ai patti.

8. – Il secondo requisito che l'art. 1374 c.c. impone perché operi l'equità correttiva è che manchi una disposizione che regoli il caso (74).

---

giustizia contrattuale v. poi ad es. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 oppure ROPPO, *op. cit.*, p. 363 ss., 462 ss., ma già oltre 60 anni fa Osti scriveva del contratto quale accordo che consacra il «conflitto formale» tra gli opposti interessi dei contraenti (voce *Contratto*, in *Nvs. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 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».

(70) Si vedano sul tema anche le recenti riflessioni di CAMARDI, voce *Rescissione (equilibrio contrattuale)*, in *Enc. dir.*, I tematici, I 2021, p. 975 ss.

(71) Cfr. SACCO, *op. cit.*, p. 20 ss.

(72) Cfr. GALGANO, *op. cit.*, p. 211, p. 536.

(73) Cfr. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 310-312.

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

In tal senso una delle obiezioni che si muovono è che la legge non è muta <sup>(75)</sup>, ma appresta una soluzione di fronte alle evenienze che colpiscono lo scambio originariamente voluto dalle parti: si tratterebbe della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), al di sotto della quale il contratto non si potrebbe modificare ed oltre la quale si potrebbe solo risolvere <sup>(76)</sup>.

Peraltro tale disposizione considera il riequilibrio certamente possibile, ma rimesso alla scelta di una delle parti, rispetto alla quale l'altra non ha potere di imporsi, dato che dovrebbe anzi accollarsi il rischio di attivarsi chiedendo proprio la risoluzione, ottenendo magari l'assenso della controparte e perdendo così il bene della vita che agognava, essendo pacifico che la disposizione non le consente di proporre direttamente la riconduzione ad equità degli effetti della sopravvenienza <sup>(77)</sup>.

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

Tuttavia, anche a percorrere quella strada, si può dire che la scelta del convenuto di non proporre di ricondurre lo squilibrio ad equità sia insindacabile solo a patto di ritenere che manchi nel sistema un principio di solidarietà costituzionale, che invece è ormai pacificamente acquisito e che consente di valutare il merito delle decisioni dei privati <sup>(78)</sup>.

Non è vero, infatti, che nel diritto privato ogni scelta di volontà sia sempre insindacabile, proprio perché una disposizione di rango superiore, che deve orientare nell'interpretazione delle disposizioni, impone una lettura diversa <sup>(79)</sup>.

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

Le applicazioni del principio di solidarietà costituzionale sono invece così ampie e disparate <sup>(80)</sup> da potersi dare per certo che soluzioni un

---

<sup>(75)</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 178 precisa però che il riferimento dell'art. 1374 c.c. va inteso all'equità integrativa, non a quella correttiva.

<sup>(76)</sup> V. ad es. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, p. 136 ss.

<sup>(77)</sup> V. per tutti SACCO, *op. cit.*, p. 1706.

<sup>(78)</sup> Il principio di solidarietà costituzionale quale fondamento della buona fede è richiamato ad es. da Cass., 25 maggio 2018, n. 13061; id., 29 gennaio 2018, n. 2057; id., 6 maggio 2015, n. 9006 ecc.

<sup>(79)</sup> Cfr. ad es. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, Fonti ed interpretazione*, Napoli, 2020, p. 78 ss., spec. p. 84-85, 368-369, 376 ss., *passim*.

<sup>(80)</sup> Oltre a quelle ricordate nel par. 4, anche e ad es. in tema di assegno divorzile (Cass., 23 luglio 2020, n. 15774), di esposizione volontaria ai danni (Cass., 26 maggio 2014,

tempo pacificamente ammesse, perché appartenenti alla libertà di decidere ciò che si voglia, oggi devono cedere il passo ad una valutazione di ragionevolezza fondata appunto sul rispetto di questo principio.

Ciò che manca è infatti ed appunto proprio una regola generale di carattere conservativo all'interno del titolo II del libro quarto del codice, salvo però esattamente l'art. 1374 c.c., se non confinato al ruolo di superfetazione di altre disposizioni: e già queste considerazioni spiegano la ragione di rivalutarne la funzione tramite una lettura costituzionalmente orientata <sup>(81)</sup>.

Ma, va detto, la proposta non è certo una novità in letteratura <sup>(82)</sup> e si affaccia ora anche nelle regole, solo a ricordare ancora l'art. 10 del d.l. n. 118 del 2021, che consente al tribunale di rideterminare "equamente" le condizioni dei contratti conclusi dall'imprenditore in difficoltà; la necessità che il contratto non debba necessariamente sciogliersi in casi simili è anzi prospettata da tempo <sup>(83)</sup>, essendosi ritenuto sindacabile, ovviamente senza confondere le ipotesi, anche l'esercizio del diritto di recesso <sup>(84)</sup>.

Insomma, «se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, il sistema preso nel suo insieme non lascia l'in-

n. 11698), di tolleranza delle lesioni minime (Cass., 31 dicembre 2020, n. 29982), di abuso del diritto (Cass., 23 novembre 2020, n. 26568), di riduzione della penale (Cass., 19 giugno 2020, n. 11908), di abuso del processo (Cass., 25 maggio 2018, n. 13061), di barriere architettoniche nei condomini (Cass., 12 aprile 2018, n. 9101) ecc. Già da tempo, comunque, si ricorda che «l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica»: Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

<sup>(81)</sup> Non è vero allora che l'equità sia estranea alle questioni connesse alla risoluzione (BARCELLONA, *op. cit.*, p. 130): nei termini indicati nel testo ne costituisce un'alternativa.

<sup>(82)</sup> Cfr. ad es. di RODOTÀ, *op. cit.*, p. 115, 143, *passim*.

<sup>(83)</sup> Nota PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 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, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, *Relazione n. 56 pubblicata dalla Corte di cassazione – Ufficio del massimario e del ruolo*, 8 luglio 2020, 6.

<sup>(84)</sup> Così la già ricordata Cass., 18 settembre 2009, n. 20106: «punto di partenza dal quale conviene prendere le mosse è quello che non è compito del giudice valutare le scelte imprenditoriali delle parti in causa che siano soggetti economici, scelte che sono, ovviamente, al di fuori del sindacato giurisdizionale. Diversamente, quando, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, vengono posti in essere atti di autonomia privata che coinvolgono – ad es. nei contratti d'impresa – gli interessi, anche contrastanti, delle diverse parti contrattuali. In questo caso, nell'ipotesi in cui il rapporto evolva in chiave patologica e sia richiesto l'intervento del giudice, a quest'ultimo spetta di interpretare il contratto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti. Ciò vuoi significare che l'atto di autonomia privata è, pur sempre, soggetto al controllo giurisdizionale».

terprete completamente senza aiuto»<sup>(85)</sup>: è infatti proprio il potere di intervento equitativo del giudice che ci fornisce la risposta, in ragione della situazione specifica dei diversi contraenti<sup>(86)</sup>.

Se poi si cerchi un fondamento ulteriore rispetto alla disposizione del codice, lo si potrà trovare – al pari della buona fede – nel più volte sopra ricordato collegamento al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.<sup>(87)</sup>: quel che vale infatti per l'un caso, è pacificamente invocabile nell'altro<sup>(88)</sup> e ci pare davvero illuminante, in tal senso, la funzione che la corte costituzionale tedesca attribuisce alle clausole generali, ovvero di costituire «le porte (*Einbruchstellen*) che l'ordinamento privatistico tiene aperte per i valori della Costituzione»<sup>(89)</sup>, soluzione che vale per l'interpretazione della legge in generale e del codice civile in particolare<sup>(90)</sup>.

<sup>(85)</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 1710.

<sup>(86)</sup> Cfr. GAZZONI, *op. cit.*, p. 36 ss.

<sup>(87)</sup> Lo ha già segnalato GAZZONI, *op. cit.*, pp. 391 ss., sia pure *in nuce*, proponendo il «favore per il contraente più debole» (*ivi*, p. 394); è la necessità di valutare le circostanze cui si riferisce RODOTÀ, *op. cit.*, p. 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, *Pandemia e contratto: in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Emergenza Covid-19, Giust. Civ. Com.*, 2020, p. 229-230; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Emergenza Covid-19, ivi*, p. 235.

<sup>(88)</sup> Che il richiamo alla regola della solidarietà sia una costante del dibattito in corso sulla regolazione degli effetti della pandemia è ricordato e condiviso, per tutti, da C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giust. civ.com, Emergenza Covid-19*, 2, 2020, p. 161 ss.

<sup>(89)</sup> Così KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 57-58; sulla letteratura tedesca in argomento v. anche Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 8-9; CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 22 ss. e l'intero scritto di DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *Riv. cit., dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.

<sup>(90)</sup> Va in tal senso ricordata anche Cass., sez. un., 14 maggio 2020, n. 8906: «l'interpretazione della legge, invero, ha ad oggetto non norme fatte e definite, ma enunciati linguistici – quelli che costituiscono le disposizioni legislative di cui il giudice deve cogliere il significato non solo attraverso il ricorso alle regole semantiche del linguaggio comune e di quello giuridico, ma anche in rapporto a tutte le norme del sistema nel quale le singole disposizioni si collocano e con le quali interferiscono (a partire dalle norme costituzionali e dai principi generali dell'ordinamento giuridico). Tale complessa attività ermeneutica chiama il giudice ad una ponderazione dei valori sottesi alle norme giuridiche da applicare e degli scopi perseguiti dal legislatore: il giudice, nell'interpretazione della legge, deve determinarne il significato ponderando i valori, segnatamente quelli costituzionali, immanenti nell'ordinamento».

In questo senso ed entro questi limiti è allora possibile argomentare che la parte colpita dall'evento eccezionale ed imprevedibile che sconvolga in modo inaspettato il rapporto, non abbia come rimedio la sola domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Potrà invece chiedere che l'effetto che stravolge il rapporto sia in qualche modo attenuato, in ragione dell'equità sottesa dall'art. 1374 c.c. <sup>(91)</sup> e che si fonda sulla solidarietà intesa come meccanismo di riallocazione degli effetti negativi di queste sopravvenienze «nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi» <sup>(92)</sup>.

La necessità di ridiscutere l'esecuzione del patto è stata però ripetutamente fondata sull'obbligo di rinegoziazione, che a propria volta poggerrebbe sull'obbligo di buona fede ma, oltre al richiamo proprio alla buona fede, è anche il meccanismo stesso della rinegoziazione a non convincere <sup>(93)</sup>, perché gli accordi si fondano sul consenso, non sull'obbligo di accordarsi e scontano comunque la valutazione del giudice ogni volta che falliscano.

L'obbligo di rinegoziazione che obblighi ad un risultato costituisce all'evidenza un ossimoro, senza dimenticare l'aspetto tutto empirico della fattispecie, che impedisce di delinearne i contorni con la chiarezza che gli istituti pretendono <sup>(94)</sup>.

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: esattamente quello che ha previsto il già ricordato art. 10 del d.l. n. 118 del 2021, che in quei casi impone infatti al giudice di decidere "equamente".

---

<sup>(91)</sup> In ogni caso, va precisato e scanso di equivoci, occorre la domanda di parte, come ha indicato Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, p. 589, condividendo espressamente le nostre proposte. In generale sulla necessità della domanda di parte v. CARRESI, *op. cit.*, p. 579.

<sup>(92)</sup> È sempre Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, che precisa che «il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici»; a proposito dell'equità, basta eliminare il riferimento all'abuso, che attiene al comportamento delle parti, ed adeguare l'indicazione alle sopravvenienze oggettive.

<sup>(93)</sup> Non convince in questo frangente ad es. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 165; sul rilievo comparatistico che gli ordinamenti non contemplano obblighi di rinegoziazione v. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, p. 112-113.

<sup>(94)</sup> GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto in questa rivista*, 2003, p. 704 ss.

Ma questa via, se non sia la legge ad imporla <sup>(95)</sup>, va evitata perché inutilmente tortuosa: inutile perché se le parti vogliono accordarsi lo faranno senza essere tenute a farlo 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'accordo <sup>(96)</sup> anziché in forza dei poteri che l'art. 1374 c.c. gli assegna.

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

#### 9. – Ma come opera l'intervento equitativo del giudice?

Il timore, che ha ragioni non manifestamente infondate, è quello del giudice che valuti secondo le proprie personali tendenze <sup>(97)</sup>, come se si trattasse di una “delega in bianco” <sup>(98)</sup> ed è proprio di fronte a questo disagio che si può pensare, in alternativa ed a legislatore attuale silente <sup>(99)</sup>, a che la

<sup>(95)</sup> Oltre alla disposizione citata vi è anche l'art. 9 *novies* del d.l. n. 41 del 2021, aggiunto dalla legge di conversione e poi subito modificato dal d.l. n. 73 del 2021, in base al quale «nei casi in cui il locatario non abbia avuto diritto di accedere, a partire dall'8 marzo 2020, ad alcuna delle misure di sostegno economico adottate dallo Stato per fronteggiare gli effetti delle restrizioni imposte dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 ovvero non abbia beneficiato di altri strumenti di supporto di carattere economico e finanziario concordati con il locatore anche in funzione della crisi economica connessa alla pandemia stessa, il locatario e il locatore sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021». Il legislatore non ha detto però cosa accada se questa rideterminazione non avvenga.

<sup>(96)</sup> L'obbligo di rinegoziazione viene ricondotto anche al criterio dell'equo temperamento degli interessi delle parti previsto dall'art. 1371 c.c. (DOLMETTA, *cit.*, p. 5); senonché questa disposizione riguarda l'interpretazione del contratto, che può essere del tutto agevole pur di fronte all'iniquità sopravvenuta dello scambio, mentre l'intervento del giudice ex art. 1374 c.c. non presuppone problemi ermeneutici.

<sup>(97)</sup> È un timore secolare e trasversale: si veda la ricostruzione operata da LUPOI riferita proprio all'equità, *Riflessioni comparatistiche sulla funzione creativa della giurisprudenza*, in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, *cit.*, p. 13 ss.; DI MAJO, *op. cit.*, p. 545 ss.; LIBERTINI, *op. cit.*, p. 371; il che porta a ritenere che «il fondamento della giustizia sia procedurale»: GENTILI, *Il diritto come discorso*, *cit.*, p. 401 ss., ove un attacco frontale e deciso alla più volte ricordata Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

<sup>(98)</sup> Su questo dubbio e sulle critiche v. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 349 ss.

<sup>(99)</sup> ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Il contratto e le tutele* a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 239-240, scrive che «nell'Ottocento e ancor oggi molti ritengono (facendone professione di giuspositivismo) che il giudice non possa che rimettersi alle vedute accolte dalla maggioranza e che debba fare cioè un semplice *restatement*, una fotografia dei comportamenti osservati; ma questa soluzione non è

soluzione debba essere non solo rispondente ad una regola astratta ma anche concretamente equa <sup>(100)</sup>. Infatti l'equità appartiene al novero delle clausole generali a trama aperta e queste costituiscono "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta" <sup>(101)</sup>.

Vale a dire: il giudice deve applicare l'equità tenendo conto della specificità di ogni caso della vita, riallocando il costo della sopravvenienza in modo diverso dall'accollo integrale ad una sola delle parti contrattuali.

È chiaro fin da subito che questo ipotizzato utilizzo dell'equità è diretto solo a trovare un rimedio concreto ed individuale all'evento eccezionale, che chiami il giudice ad esaminare quel che è accaduto a quei due contraenti, in quel caso specifico <sup>(102)</sup>, alla luce delle conseguenze che la decisione può portare in ragione della diversa forza economica che le caratterizza.

Con l'ovvia conseguenza che ciò che risulti meno gravoso per entrambe in quel caso, potrebbe tranquillamente non essere utilizzabile in altra ipotesi astrattamente uguale nella configurazione del rapporto, ma concretamente differente in ragione della situazione specifica dei diversi contraenti <sup>(103)</sup>.

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.

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.

---

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.*, p. 26 ss.

<sup>(100)</sup> CARRESI, *op. cit.*, p. 577-578; parlava di «un mezzo per temperare la rigida applicazione della legge quando non appaia congrua alle particolari esigenze del singolo rapporto» OSTI, voce *Contratto*, *op. cit.*, p. 529.

<sup>(101)</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10; BARCELLONA, *Clausole generali*, cit., p. 32 ss.

<sup>(102)</sup> Una valutazione concreta perché altrimenti un giudizio di equità «è uguale a sé stesso in ogni ipotesi»: GAZZONI, *op. cit.*, p. 132; CARRESI, *op. cit.*, 578; MACARIO, *sub art. 1374 c.c.*, cit., p. 718, 720-721.

<sup>(103)</sup> Cfr. GAZZONI, *op. cit.*, p. 36 ss.

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 per la regola del gigante Procuste <sup>(104)</sup>.

Se si conviene sulla premessa che manchi sì una disposizione di dettaglio ma non difetti invece un meccanismo che il giudice possa utilizzare in concreto <sup>(105)</sup> –l'equità come fonte integrativa *ex post* del contratto appunto– allora l'attenzione si sposta solo sul suo utilizzo adeguato <sup>(106)</sup> che però, come ovvio in presenza di una clausola generale, 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, nel dialogo che si aprirà poi anche con la letteratura <sup>(107)</sup>.

È un meccanismo cui siamo abituati <sup>(108)</sup>, perché lo si è utilizzato per dire quando il danno sia ingiusto, quando il comportamento sia in mala fede, quando l'adempimento sia negligente e così via: infatti «*concettivalvola* costituiscono in realtà *norme per la produzione di norme generali-concrete*» <sup>(109)</sup>.

<sup>(104)</sup> «Si dimentica spesso che la solidarietà è bilaterale. E che dall'altro lato possono stare esigenze di egual peso. Dipende dai casi»: GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, par. *Un profilo assiologico ed uno macroeconomico*, in *Emergenza Covid 19 Speciale Uniti per l'Italia*, *Giustizia civile.com*, 2020.

<sup>(105)</sup> In questo senso «il sistema ha bisogno, per decidere, di un *supplemento di cognizione*»: BARCELLONA, *Clausole generali*, cit., p. 40.

<sup>(106)</sup> «Qui l'equità non è adoperata nel senso di una determinazione che il giudice deve "equitativamente" adottare; bensì il giudice deve individuare, in un certo senso accertare, di quali elementi concreti si compone l'equità, che *in casu* si sostiene essere stata violata»: S. ROMANO, *op. cit.*, p. 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*, nel *Comm. Scialoja e Branca* diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 313 o da BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 343 ss.; ma che sia da escludere un «libero esercizio di poteri creativi» era detto già da S. ROMANO, *op. cit.*, p. 93; GAZZONI, *op. cit.*, p. 317.

<sup>(107)</sup> Entro questi limiti – ovvero nel reciproco scambio di idee – ritengo sia utilizzabile il richiamo all'«opera della dottrina» cui spetterebbe il «compito di guidare la dinamica giurisprudenziale attraverso costruzioni razionali, teleologicamente ed assiologicamente coerenti con i valori presenti nelle fonti formali espressamente riconosciute nell'ordinamento» (LIBERTINI, *op. cit.*, p. 354 ss.). E negli stessi limiti supera il dubbio su come procedere alla «eventuale traduzione di queste clausole generali in norme di azione» (LIBERTINI, *op. cit.*, p. 377), perché il criterio di decisione, se convincente e concretamente utilizzabile, varrà poi per i casi analoghi. Su questo meccanismo, cui *questa rivista* ha dedicato la propria funzione, v. FRANZONI, *op. cit.*, p. 195 ss.

<sup>(108)</sup> Ed a proposito dell'equità è già stato suggerito da GAZZONI, *op. cit.*, p. 30.

<sup>(109)</sup> BARCELLONA, *op. cit.*, p. 38.

Si tratta solo di farne altrettanto buon uso spiegando, con tutte le indicazioni che servono, perché ad es. nel caso di specie i costi dell'emergenza vadano divisi in un modo o nell'altro, così che l'argomentazione del giudice convinca della bontà di quella scelta, fondata sulla regola che lo autorizza a rendere equo ciò che non lo sarebbe più, se disciplinato 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 logica giuridica, perché se ne possano esattamente determinare gli effetti»<sup>(110)</sup>, posizione assunta in testuale contrapposizione a «valutazioni sociali nell'attuazione del contratto»<sup>(111)</sup>.

Senonché la logica giuridica si pone in perfetta antitesi ad un criterio equitativo: non perché la legge sia iniqua, ma perché la legge è astratta<sup>(112)</sup>: se il legislatore non vuole un certo contenuto del contratto lo vieta, oppure ne impone un contenuto diverso (art. 1339 c.c.), ma non chiede al giudice di valutarne l'equità<sup>(113)</sup>. Questa operazione successiva è concessa solo quando i fatti della vita scompigliano le decisioni delle parti e non a caso nelle rare scelte del legislatore di intervento *ex post* o non è indicato il rimedio concreto che il giudice dovrebbe adottare (es. nell'art. 9 *novies* del d.l. n. 41 del 2021) oppure questo rimedio rinvia all'equità (nell'art. 10 del d.l. n. 118 del 2021).

Tuttavia nemmeno il richiamo ad astratte valutazioni sociali è criterio idoneo, perché queste non esistono<sup>(114)</sup>: da nessuna parte si trovano documenti che attestino quali siano le valutazioni sociali e tantomeno

---

<sup>(110)</sup> MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Comm. al codice civile*, Torino, 1980, sub art. 1374 c.c., p. 307.

<sup>(111)</sup> MIRABELLI, *ivi*, nt. 6; espressamente contro questa lettura v. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 52; 217.

<sup>(112)</sup> Lo ha evidenziato GAZZONI, *op. cit.*, p. 317, n. 56.

<sup>(113)</sup> Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 225.

<sup>(114)</sup> Ho dedicato gran parte del commento alla nozione di diligenza contenuta nell'art. 1176 c.c. per contestare l'esistenza sia di *standards* oggettivi che di qualsivoglia riferimento documentale ed oggettivo che consenta di delineare –al di fuori di astrazioni iperboree– il senso del termine “diligenza” o la concretezza di richiami come quelli al buon padre di famiglia, alla nozione sociale di diligenza e così via: SICCHIERO, *Dell'adempimento*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176 c.c.

esiste una valutazione sociale unica e condivisa, giacché ognuno pensa i rapporti sociali come crede: di fonte alle sopravvenienze eccezionali il locatore – o locatori in generale – non vorranno pagare i canoni interi; il proprietario – i proprietari in generale – vorranno ricevere i loro canoni integralmente, innescando così i conflitti di cui l'ultimo biennio è pieno.

Inutile ed impossibile cercare quindi soluzioni astratte o che invocano valutazioni sociali inesistenti: ci si può solo affidare ad indicazioni che fanno comprendere il senso di ciò che deve avvenire, un obiettivo di massima: ad es., secondo le ipotesi, si potrà dire che «l'equità è semplicemente la negazione, il contrario, della sproporzione», ciò che però non comporta la necessità di dar vita all'equivalenza obiettiva tra le prestazioni <sup>(115)</sup>.

Questa indicazione non costituisce una fuga dal compito di essere precisi nell'indicare i rimedi; è che questi non sono ipotizzabili astrattamente, altrimenti avremmo la regola bella e pronta per l'uso.

Si può solo ribadire che il percorso da intraprendere è quello già seguito nel passato per la buona fede: solo le argomentazioni solide e ragionevoli della sentenza consentiranno di costruire una casistica di buone applicazioni che poi si consolideranno nel tempo, il resto sono solo proposte che possono apparire convincenti nella loro formulazione, ma non tramutabili in meccanismi operativi concreti.

Per chi ad es. rileva che ogni contratto porta con sé una qualche misura di alea, come tale necessariamente tollerabile, “può considerarsi equo il parametro che erode la sola sproporzione eccedente la normale tollerabilità”: il che è condivisibile <sup>(116)</sup>, ma non misurabile.

Sarà quindi compito solitario del giudice – ma questo è il suo lavoro – esaminare le domande delle parti, valutare la concretezza del rapporto, le diverse forze economiche in campo, l'incidenza concreta che ha la sua decisione sulla diversa capacità di sopportare l'evenienza straordinaria; spendersi quindi per spiegare, *redde rationem* appunto, perché in quel

<sup>(115)</sup> DE POLI, *La rescissione del contratto*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2011, p. 285.

<sup>(116)</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 1707, che cita Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita not.*, 1992, p. 548, per la quale «L'art. 1467 c.c. non impone al convenuto che voglia evitare la pronuncia di risoluzione del contratto, di offrire una modifica delle condizioni contrattuali tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della stipulazione, atteso che dalla combinazione logica dei tre commi dell'articolo in riesame si evince che la sopravvenuta onerosità della prestazione considerata dà diritto alla risoluzione soltanto se è eccessiva (1§ comma) e non rientra nell'alea normale del contratto (2§ comma), con la conseguenza che l'offerta di modifica è da considerare equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione».

caso sia equo adottare quella soluzione che l'art. 1374 c.c. gli consente di prendere di fronte alle contrapposte invocazioni dei litiganti.

E qui l'equità avrà un fondamento solidissimo: la solidarietà costituzionale, che consente la distribuzione delle conseguenze dell'evento eccezionale, *una tantum*, in ragione dell'incidenza concreta che determina su quei contraenti specifici, ogni volta che loro stessi non ne abbiano in precedenza regolato la possibilità <sup>(117)</sup>.

Sarà poi compito della letteratura evidenziare le soluzioni che condivide e criticare ciò che paia scorretto, dando vita anche qui all'osmosi tra diritto applicato e diritto teorico che consente di migliorare nel tempo le soluzioni adottate, raffinando gli strumenti e i concetti che verranno nuovamente a mettere ordine nei rapporti sociali <sup>(118)</sup>.

La soluzione contraria, ovviamente argomentabile sulla base dello scetticismo sul lavoro dei giudici, lascerebbe invece tutti in balia dei casi della vita senza rimedio alcuno.

---

<sup>(117)</sup> Che il richiamo alla regola della solidarietà sia una costante del dibattito in corso sulla regolazione degli effetti della pandemia è ricordato e condiviso, per tutti, da C. SCOGNAMIGLIO, cit., p. 161 ss.

<sup>(118)</sup> V. ancora FRANZONI, cit., p. 195 ss.