

IL DOVERE DI RINEGOZIAZIONE: SPUNTI RICOSTRUTTIVI A PARTIRE DALL'EREDITÀ DELL'EMERGENZA PANDEMICA

Di Andrea Maria Garofalo

| 391

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Individuazione di alcuni casi-modello.* – 3. *Emergenza sanitaria e sopravvenienze quantitative: esclusione dall'indagine.* – 4. *Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: il perimetro dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile* – 5. *Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali).* – 6. *Rimedi per le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali).* – 7. *A proposito dell'obbligo di rinegoziazione: il suo fondamento...* – 8. *(segue) ... e il suo funzionamento.* – 9. *Conclusione.*

ABSTRACT. Il contributo prende spunto da alcuni problemi frequentemente emersi durante la recente pandemia e da alcune delle soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza, al fine di indagare quale sia l'eredità dell'emergenza sanitaria in punto di rilevanza delle sopravvenienze in ambito contrattuale e di loro potenziale gestione mediante un dovere di rinegoziare il contratto.

In particolare, l'attenzione è dedicata alle sopravvenienze qualitative e, all'interno di queste, a quelle che sono dette "funzionali". Si tratta di sopravvenienze ritenute atipiche, rispetto alle quali si argomenta la necessità di immaginare un dovere di rinegoziazione, di cui viene tratteggiato il perimetro, nonché l'assetto rimediabile.

The paper takes as its starting point some problems that frequently emerged during the recent pandemic and some of the solutions suggested by scholarship and case law, in order to examine what is the legacy of the health emergency in terms of the management of supervening circumstances in the contractual area, including through a duty to renegotiate the contract.

In particular, the focus is on supervening events that alter the qualitative balance and, in particular, affect the 'purpose'. These are cases that are not regulated by the legislature, in respect of which the essay attempts to argue the need to imagine a duty of renegotiation. The scope of this duty and remedies in the event of breach are also outlined.



1. Introduzione.

| 392

Il tema del dovere di rinegoziazione dei contratti in virtù dell'emersione di sopravvenienze non imputabili, e incidenti sull'economia del contratto, era al centro del dibattito dottrinale già prima dell'emergenza sanitaria sorta con la diffusione della malattia da Coronavirus: in particolare, da diversi anni ci si interrogava sull'esistenza di un tale obbligo, chiedendosi soprattutto se lo si fosse potuto fondare sulla semplice buona fede *in executivis*¹.

Il dibattito, peraltro, si alimentava di considerazioni comparatistiche, giacché, negli ultimi anni, due tra i più importanti ordinamenti di *civil law* avevano dato ingresso, nelle maglie dei loro codici civili, a disposizioni espressamente dedicate alla rinegoziazione dei contratti in forza di sopravvenienze non imputabili. Il riferimento, ovviamente, va al § 313 BGB, introdotto dalla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001 e all'art. 1195 Code civil, risalente alla vasta riforma del 2016².

¹ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 (e poi pure, tra i diversi testi dedicati all'argomento, ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 1026 ss.); P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992 (e anche ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, 804 ss.); R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Milano, 2016, 1707 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 972 s.; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *NGCC*, 2013, I, 120 ss.; G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice nella dinamica contrattuale*, Napoli, 2023, 173 ss. In senso contrario, con argomenti vari, fondati ad esempio sull'inappropriatezza del richiamo della buona fede *in executivis* o sull'inattitudine del rimedio (ritenuto, a sua volta, privo di una sanzione giuridica o addirittura intimamente contraddittorio), v. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 701 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 175; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 467 ss.; E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, 56 ss. (su cui v. pure la recensione di F.P. PATTI, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 790 ss.); A. CINQUE, *Sopraavvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2020, 1691 ss. Va notato che le diverse tesi non sono perfettamente confrontabili: basti dire che alcune si occupano principalmente di sopravvenienze quantitative, altre attendono soprattutto a quelle qualitative; talune negano cittadinanza all'obbligo di rinegoziazione ritenendolo privo di fattispecie, altre invece vi rinvergono un concetto intimamente contraddittorio o comunque privo, *de iure condito*, di base normativa (specialmente dal punto di vista rimediare). Di recente su questi profili v. D. SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, spec. 344 ss.

² Cfr. § 313 BGB, su cui v. almeno Th. FINKENAUER, sub § 313, in *Münchener Kommentar*, 9ª ed., München, 2022, §§ 1 ss.; C. GRÜNEBERG, sub § 313, in *Palandt-Kommentar*, 71ª ed., München, 2012, 518 ss. Sul recente art. 1195 Code civil cfr. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12ª ed., Paris, 2019, 714 ss.; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS e Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10ª ed., Paris, 2018, 409 ss.; nella letteratura italiana V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code civil francese*, in *NGCC*, 2018, II, 392 ss.; E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Pers. merc.*, 2018, 130 ss.; L. COPPO, *La gestione delle sopravvenienze: rivoluzioni e occasioni perse*, in *juscivile*, 2022, 580 ss.

Non è un caso, dunque, che anche in Italia – peraltro, proprio nei mesi appena precedenti alla pandemia – il dibattito sulle sopravvenienze si fosse spostato anche in sede legislativa: come noto, con il d.d.l. delega n. 1151/2019, era stata sottoposta al Senato una bozza di legge delega che avrebbe dovuto condurre a una riforma del codice civile e che, tra l'altro, avrebbe portato a disciplinare espressamente il dovere di rinegoziare a fronte di sopravvenienze³. E sul possibile esercizio di questa delega si era iniziata ad esercitare la dottrina, chiedendosi come avrebbe potuto suonare un nuovo art. 1468 *bis* (o un nuovo art. 1372 *bis*) dedicato alla rinegoziazione per sopravvenienze (vanno ricordati, a tal riguardo, soprattutto i risultati di un gruppo di lavoro promosso dall'Associazione Civilisti)⁴.

Così si presentava quindi lo scenario nel momento in cui l'ordinamento, a partire dal marzo 2020, ha dovuto fare i conti con la diffusione della pandemia da Covid-19. E la pandemia ha costituito uno di quei fattori “irritanti”⁵ che, non appena si producono, mettono il sistema alla prova, costringendo a verificarne la sua idoneità a tenere conto dei predetti fattori e, se del caso, imponendo ai vari formanti di adattare l'ordinamento, onde assorbire la novità⁶.

Nel presente contributo ci soffermeremo, più che su una completa ricognizione delle diverse posizioni sul rilievo delle sopravvenienze non imputabili e sui rimedi per esse previste o prevedibili in seno all'ordinamento italiano, sul dovere di rinegoziazione, proprio prendendo spunto da alcuni problemi frequentemente emersi durante l'emergenza sanitaria e da alcune delle soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza, al fine di indagare – seppur con la brevità imposta dalla sede – l'*an*, il *quando* e il *quomodo* di tale dovere.

³ Art. 1, lett. i), volto ad autorizzare il Governo a «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». V. a tal riguardo F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102 ss.; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, 205 ss.

⁴ Si tratta, in particolare, di tre proposte, che possono leggersi in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 206 s. (v. anche, sul punto, il successivo § 9).

⁵ Si usa qui la nota espressione (dall'autore impiegata in un ambito parzialmente differente, ossia quello del “trapianto” della buona fede nel diritto inglese) di G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, 1998, 61, 11 ss.

⁶ Di «occasione unica per verificare la tenuta degli strumenti normativa per la gestione del rischio contrattuale» ha parlato, già nell'aprile 2020, U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 3. Di *stress test* per il diritto dei contratti C. TWIGG-FLESNER, *The Potential of the Covid-10 Crisis to Cause Legal “Disruption” to Contracts*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, a cura di E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Salvador Coderch, C. Wenderhorst e F. Zoll, Cambridge, 2021, 1091 ss.

2. Individuazione di alcuni casi-modello

Con il termine sopravvenienza ci si riferisce a eventi sopraggiunti alla conclusione del contratto, non imputabili ad alcuna delle parti, che ne alterano l'economia complessiva. Ovviamente, deve trattarsi di un contratto che in qualche modo si estende nel tempo, sia esso – secondo l'onnicomprendente dizione dell'art. 1467, co. 1, c.c. – un contratto a esecuzione continuata o periodica o un contratto a esecuzione differita.

Le sopravvenienze cui ha dato causa la pandemia sono state molte e, ovviamente, tra loro eterogenee, anche per le differenze tra fasi temporali dell'emergenza sanitaria⁷. Sarebbe ovviamente impossibile dar conto di tutte queste ipotesi: nondimeno, le fattispecie più salienti sono state abbastanza ricorrenti e possono essere ricondotte ad alcuni casi-modello⁸.

Ai nostri fini converrà limitare l'attenzione ai seguenti⁹:

a.1) prenotazioni per assistere a spettacoli o per visitare esibizioni temporanee, gli uni e le altre definitivamente cancellati per rispettare i provvedimenti volti alla tutela della sanità pubblica¹⁰;

a.2) contratti di appalto d'opera, sospesi nel periodo di interdizione delle attività edilizie (non comprese tra quelle ammesse a continuare durante le fasi più gravi dell'emergenza);

b.1) locazioni di immobili ad uso commerciale, divenute per un certo tempo in larga parte inutili stante il divieto di porre in essere certe attività (si pensi a un ristorante che è dovuto restare chiuso per alcune settimane durante il periodo di più stringente *lockdown*);

⁷ Nota che la pandemia ha avuto un riflesso sui contratti, più che come semplice emergenza sanitaria, in virtù di un peculiare intreccio tra le sopravvenienze sanitarie e quelle economiche, dovute ai vari provvedimenti volti a limitare il rischio per la salute dei cittadini, M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 319. Per semplicità nel prosieguo, nel riferirsi alle sopravvenienze pandemiche, si farà riferimento anche, e soprattutto, alla mole di provvedimenti autoritativi emanati per far fronte all'emergenza sanitaria. Approfondisce la reazione ordinamentale alle sopravvenienze collegate con la pandemia G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 188 ss.

⁸ Richiama alcuni casi ricorrenti A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, in *NGCC*, 2020, 102: ad esempio, quelli del conduttore di locazione commerciale che non può aprire al pubblico il proprio esercizio a causa di un provvedimento dell'autorità; dell'affittuario di ramo d'azienda che deve chiudere un negozio sito in un centro commerciale, sempre per ragioni analoghe; infine, dell'albergatore che sospende la sua attività – svolta in un immobile preso in locazione – non già per ottemperare a un – inesistente – ordine dell'autorità, ma piuttosto per risparmiare sui costi, a fronte dell'assenza di prenotazioni.

⁹ Peraltro, va rilevato che le sopravvenienze sui contratti di locazione e di affitto d'azienda sono state in assoluto quelle più indagate dalla dottrina, oltre che oggetto di maggiore attenzione in giurisprudenza. Lasceremo qui da parte, per ragioni di brevità, altri casi-modello, come quelli facenti perno sui contratti di trasporto e sulle prenotazioni alberghiere (su cui comunque cfr. l'art. 88 *bis*, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020).

¹⁰ Cfr. A. D'ADDA, *Locazioni*, cit., 104.



b.2) locazioni di immobili ad uso commerciale, ove si esercitava un'attività non proibita, ma conformatata dai vari divieti collegati all'emergenza sanitaria (si pensi a un ristorante che ha dovuto ridurre la capienza in virtù dei divieti di assembramento).

3. Emergenza sanitaria e sopravvenienze quantitative: esclusione dall'indagine

È assai comune, nella nostra dottrina, contrapporre le sopravvenienze “quantitative” a quelle “qualitative”: si tratta pur sempre di fatti sopravvenuti, non imputabili alle parti, che però in un caso fanno perno sull'alterazione dell'equilibrio economico delle prestazioni, mentre nell'altro caso su un disturbo nel perseguimento dello scopo di un contratto¹¹.

Tra le norme che prendono in considerazione le sopravvenienze quantitative, la più rilevante – e l'unica ad avere portata generale – è senz'altro rappresentata dall'art. 1467 c.c., in base alla quale, come ben noto, «nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458».

Accanto all'art. 1467 c.c. va poi annoverata una serie di norme specifiche, che, il più delle volte derogandovi (e, dunque, escludendo *tout court* la possibilità di ricorrere alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nel loro ambito di applicazione), da un lato stabiliscono le condizioni di rilevanza di specifiche sopravvenienze quantitative (spesso abbassando la soglia fissata in modo abbastanza elevato dalla norma in tema di eccessiva onerosità) e da un altro lato vi collegano l'attivabilità di rimedi non demolitori, ma piuttosto manutentivi. Si pensi, in particolare, all'art. 1664 c.c., a mente del quale, tra l'altro, gli aumenti e le diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera e derivanti da circostanze imprevedibili, se tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, consentono all'appaltatore o al committente di chiedere una revisione del prezzo medesimo (per quella differenza che ec-

¹¹ V., ad esempio, E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti*, cit., 17, riprendendo la distinzione da A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 276 ss., e da T. MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1099. Rilevante anche la tripartizione delle sopravvenienze proposta da K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, Milano, 1995, 218 ss., tra casi di impossibilità, casi di grave difficoltà (comprensivi dell'eccessiva onerosità) e casi di *frustration of purpose*. In generale, il tema delle sopravvenienze incidenti sullo scopo – cui dedicheremo più da vicino la nostra indagine – è stato di recente affrontato in ottica comparatistica in *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, Tübingen, 2022, 517 ss., a cura di G. Albers, F.P. Patti e D. Perrouin-Verbe (e, in particolare, nei contributi di F.P. Patti, M. Grasso, D. Perrouin Verbe, G. Albers e F. Mezzanotte).

cede il decimo)¹²; ma si pensi pure agli artt. 1560 c.c., in tema di somministrazione, 1660 c.c., ancora in tema d'appalto, 1897 s. c.c., in tema di assicurazione¹³. Tutte queste disposizioni, pur nella loro varietà, si riferiscono a sopravvenienze di stampo quantitativo e prevedono (o prevedono anche) rimedi di stampo conservativo (talvolta fissando un limite oltre il quale la parte non toccata direttamente dalla sopravvenienza, ma che ne sopporta giuridicamente il rischio, può svincolarsi dal contratto).

Quasi tutti gli autori hanno osservato come la pandemia abbia per lo più fatto emergere sopravvenienze che, secondo la tradizionale distinzione cui si è fatto cenno e che ancor oggi è pienamente adottabile con riguardo all'ordinamento italiano, risultano essere qualitative, piuttosto che quantitative¹⁴.

Del resto, nessuno dei casi poc'anzi citati (al § 2) rientra nel concetto di "sopravvenienza quantitativa": il che è già di per sé significativo.

In effetti, e concentrando l'attenzione sull'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c., essa va, secondo l'opinione tradizionale¹⁵, collegata unicamente a un aumento dei costi della prestazione e, a tutto voler concedere, a una diminuzione del valore della controprestazione (nonostante un'opinione, minoritaria, lo neghi¹⁶), comunque non estendendosi sino ad abbracciare i casi in cui la prestazione caratteristica aumenti il suo valore o quelli in cui si riducano i costi della prestazione stessa; inoltre, non vi sono ricomprese le ipotesi in cui, lungi dall'avversarsi uno svilimento della controprestazione (di regola pecuniaria), si riduca l'utilità della prestazione caratteristica (che, quindi, solo indirettamente e mediatamente veda diminuito il suo valore)¹⁷.

¹² Sulla previsione v. per tutti E. TUCCARI, *Soppravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *juscivile*, 2019, 582 ss.

¹³ Per alcuni elenchi, più completi, v. F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 103 ss.; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti*, cit., 135 ss., e G. SICCHIERO, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. it.*, 2023, 212 s.

¹⁴ V., in linea generale, sul punto v. T.V. RUSSO, *L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 145 (in senso contrario cfr. però V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 3 ss.). Lo si è notato soprattutto facendo riferimento alle sopravvenienze sulle locazioni, che, come detto, sono state quelle su cui di più si è esercitata la dottrina: v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 704; A. D'ADDA, *Locazione*, cit., 109; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *NGCC*, 2020, 60 (secondo cui «il corrispettivo non è svalutato né si è rivalutato»; «ciò che è cambiato è il valore della controprestazione per il debitore»).

¹⁵ V. ad esempio L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, 241; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, 394.

¹⁶ Così A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 416 ss.

¹⁷ Cfr., rispettivamente, E. GABRIELLI, sub art. 1467, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 634, e M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 478 s. Nondimeno, per un'estensione dell'eccessiva onerosità anche rispetto a una riduzione dei costi o a un apprezzamento della controprestazione v., di recente, O. CAGNASSO, *Soppravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, 2022.

Alla luce di questo è facile rendersi conto del perché la pandemia non ha, di regola, dato vita a sopravvenienze quantitative rilevanti ai sensi dell'art. 1467 c.c.: essa non ha di norma inciso sul rapporto economico tra prestazioni, nel senso che non ha aumentato i costi di una prestazione, né ha reso il valore di mercato della controprestazione talmente inferiore al punto da rendere insostenibile il mantenimento del vincolo contrattuale¹⁸. Senza dire che il rimedio caducatorio previsto dallo stesso art. 1467 c.c. non si attaglia a disfunzioni che – come spesso è avvenuto per le sopravvenienze pandemiche – hanno carattere temporaneo e parziale, anziché definitivo e integrale (il che, a sua volta, impone a livello interpretativo una lettura restrittiva della disposizione)¹⁹.

Parimenti, solo di rado la pandemia ha direttamente e di per sé dato vita alle condizioni per applicare le altre disposizioni in tema di sopravvenienze quantitative, non facendosi – almeno di norma – questione di costi e, più in generale, di squilibrio economico tra le prestazioni. Piuttosto, l'emergenza ha reso, da un lato, impossibile o particolarmente difficile effettuare talune prestazioni (o alcune parti di talune prestazioni) e, da un altro lato, inutile – in tutto o in parte – il loro svolgimento, come attestato già dai casi menzionati nel § 2.

¹⁸ Esemplificando, nel caso delle locazioni commerciali il venir meno, a causa della pandemia, della fruibilità di un immobile (per l'uso convenuto: ad esempio, un ristorante) non poteva essere considerata una sopravvenienza quantitativa: sia perché, a tutto voler concedere, si limitava a svilire la prestazione caratteristica (il che, come detto, non ridonda in un'eccessiva onerosità); sia perché, a ben vedere, pure quest'ultima (la prestazione caratteristica) non diminuiva il suo valore al punto da dar vita a un'eccessiva onerosità (infatti, nel lungo periodo i prezzi delle locazioni non subivano particolari riduzioni; e, quanto ai mesi di rilevanza della sopravvenienza, la durata era troppo breve – e, soprattutto, la sua natura troppo eccezionale – per potersi parlare di un'eccessiva onerosità dell'intero rapporto contrattuale) (v., tra molti, A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com.*, 2020, 8; in senso contrario, invece, V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 2020, 317, e così pure F. TOSCHI VESPASIANI e D. MATERASSI, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicazione del principio di buona fede*, in *Contratti*, 2022, 58, come pure, in giurisprudenza, Trib. Roma, 9.9.2020, in *Contratti*, 2021, 25).

¹⁹ A quest'ultimo riguardo v. A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (a tempi del Coronavirus)*, in *giustiziacivile.com.*, 3; in termini anche A. D'ADDA, *Locazione*, cit., 109, che sottolinea l'inadeguatezza del rimedio caducatorio (osservazioni, queste, che spingono a ritenere che, quand'anche si interpretasse l'art. 1467 c.c. in modo estensivo, l'interprete dovrebbe farsi carico di reperire un rimedio migliore – e prioritario – per le sopravvenienze “temporanee”, proprio al fine di porre fuori gioco la risoluzione per eccessiva onerosità); in giurisprudenza, poi, Trib. Roma, 9.9.2020, cit. Si aggiunga che l'art. 1467 c.c. è, secondo la giurisprudenza, invocabile solo in via d'azione (quantunque la sentenza abbia poi effetti retroattivi) e che la mancanza di una corrispondente eccezione finisce per depotenziare il rimedio, rischiando di rendere fisiologici arricchimenti ingiustificati (v. in tal senso U. MALVAGNA e M. RABITTI, *Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e coregolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 372; e v. già M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com.*, 2020, 8).



Per questa ragione, converrà dedicarci alle sole sopravvenienze qualitative (e sui rimedi per le stesse). Al loro approfondimento, dunque, saranno destinate le altre pagine di questo contributo.

4. Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: il perimetro dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile

Se non è alle sopravvenienze quantitative che dobbiamo rivolgere l'attenzione, sarà giocoforza su quelle qualitative che dovremo concentrare il nostro sforzo. In effetti, tutti casi di cui al § 2 rappresentano ipotesi di sopravvenienze qualitative.

L'area in esame è popolata, a dire il vero, da almeno due istituti di particolare ampiezza e importanza: da un lato, l'impossibilità sopravvenuta non imputabile (art. 1463 ss. c.c.); dall'altro lato, la perturbazione sopravvenuta dello scopo (questa, priva di un riferimento positivo, ma spesso collegata dalla dottrina alla presupposizione, poi variamente intesa e altrettanto variamente declinata).

Approssimativamente, si può ritenere che l'impossibilità sopravvenuta non imputabile²⁰ attenga a eventi sopraggiunti che rendono impossibile – in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente – lo svolgimento di una prestazione, mentre la perturbazione dello scopo riguardi tutte quelle circostanze sopravvenute in virtù delle quali la prestazione, pur restando di per sé possibile, non può – in tutto o in parte – realizzare il programma negoziale.

La linea di distinzione sembrerebbe ben definita: in realtà, però, essa è più sfumata. Parte della dottrina ha da tempo ampliato l'area dell'impossibilità sopravvenuta, onde consentirle di abbracciare – oltre a ipotesi di semplice difficoltà della prestazione²¹ – casi di vera e propria inutilità (totale o parziale) della prestazione per il creditore. Ciò è avvenuto anche per ridurre (o addirittura cancellare) lo spazio occupato dalle altre sopravvenienze qualitative: si è ritenuto preferibile fondare su un istituto di derivazione positiva, pur interpretato estensivamente, il rilievo di tali circostanze sopravvenute, anziché su categorie prive di un referente nella legisla-

²⁰ Su cui v., sin d'ora, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. Roppo*, 2^a ed., V-2, Milano, 2022, 823 ss.; L. CABELLA PISU, sub *artt. 1463-1466*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; F. DELFINI, sub *artt. 1463-1464*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003.

²¹ Come noto, è la tesi di L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 282 ss., nonché ID., *Responsabilità contrattuale (diritto vivente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 s. L'opinione trova sostegno, tra l'altro, nella dottrina tedesca della *Opfergrenze* e della *Unzumutbarkeit* (su cui v. per tutti W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 4^a ed., Berlin-New York, 1973, 187), recepita a livello positivo nel 2001 dal nuovo § 275 II e III (cfr. W. ERNST, sub § 275, in *Münchener Kommentar*, 9^a ed., München, 2022, §§ 1 ss.); nella dottrina di lingua italiana v. R. FAVALE, *La Leistungsstörung nel diritto civile tedesco. Appunti di studio*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino - Note*, 2022, 11, 8 ss. Per la necessità di rinvenire nell'impossibilità sopravvenuta una «nozione elastica», idonea a svolgere, in Italia come in altri sistemi giuridici, una «funzione "relativa e sociale"», P. PERLINGIERI, sub *art. 1256*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 456.

zione (evitando così, al contempo, di dover riconoscere cittadinanza giuridica a sopravvenienze “atipiche”²²).

Si tratta di un percorso ricostruttivo che è assai visibile anche nella reazione dei formanti ordinamentali alla pandemia: mentre i casi indicati prima *sub* a.1) e a.2) attengono senz’altro all’impossibilità sopravvenuta²³, gli altri casi dovrebbero sfuggirvi; tuttavia, in vario modo alcuni autori, e alcune sentenze, hanno provato ad attrarli a un concetto debitamente esteso di impossibilità sopravvenuta. Vediamolo nel dettaglio, onde verificare se questi tentativi risultino persuasivi o meno²⁴.

A) Il primo insieme che dobbiamo esaminare è quello – di cui al precedente punto b.1) – dei contratti di locazione di immobili ad uso commerciale divenuti per un certo tempo inutili (in larga parte inutili) a causa del divieto di svolgere certe attività. L’esempio più semplice, come prima riferito, è

²² L’espressione «sopravvenienze atipiche» si deve a Rodolfo Sacco. V., di recente R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1708. Vedremo a breve che, piuttosto che ampliare in modo eccessivo l’ambito di taluni istituti positivi, risulta più opportuno attribuire uno spazio alla categoria, in sé e per sé omogenea, delle sopravvenienze funzionali: che sono, per l’appunto, sopravvenienze atipiche (in relazione alle quali va, dunque, ammessa l’esistenza di una lacuna legislativa).

²³ In tema di impossibilità sopravvenuta potrebbero citarsi anche taluni interventi del legislatore pandemico: ad esempio, l’art. 3, co. 6 *bis*, d.l. n. 6/2020, conv. in l. n. 13/2020, secondo il quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» (previsione volta per lo più a cristallizzare certe cause di non imputabilità dell’inadempimento o del suo ritardo; v. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, in *Contratti*, 2020, 214 ss.); inoltre, l’art. 88, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, relativo alla «sopravvenuta impossibilità» della «prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura», e l’art. 216, co. 4, d.l. n. 4/2020, conv. in l. n. 77/2020, in tema di contratti di abbonamento per l’accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo (previsioni volte ad ascrivere, per esigenze di semplificazione, all’impossibilità sopravvenuta del contratto un vasta casistica, sostanzialmente relativa a casi di impossibilità, totale o parziale, o anche solo di difficoltà della prestazione, e dirette al contempo a modulare il rimedio in modo favorevole alle esigenze del debitore della prestazione caratteristica; v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giust. civ.*, 2020, 242 ss.).

²⁴ Non costituiscono argomenti contrari rispetto a quanto si è sinora scritto le disposizioni degli artt. 88, co. 2 *bis*, e 88 *bis*, d.l. n. 18/2020, nonché dell’art. 215, d.l. n. 34/2020: esse, nel riferirsi a sopravvenienze di stampi diversi (in particolare, casi di impossibilità sopravvenuta e casi di sopravvenienze funzionali), hanno in parte ampliato la rilevanza di sopravvenienze funzionali e vi hanno in parte abbinato rimedi particolari. Ciò è avvenuto, rispettivamente, per ragioni solidaristiche e per ragioni di certezza, legate all’esteso impatto dell’emergenza sanitaria e dei provvedimenti autoritativi che vi hanno fatto seguito onde limitare il contagio: in sintesi, la giustificazione di queste disposizioni non può essere rinvenuta in un afflato dogmatico o comunque sistematico del legislatore, ma – proprio all’opposto – nell’esigenza di interventi legislativi rapidi, volti a formalizzare e a trattare in modo unitario una pluralità di rapporti, stante il vastissimo numero di contratti toccati dalle sopravvenienze pandemiche (con potenziali ricadute anche macroeconomiche, oltre che sociali).

rappresentato dal ristorante rimasto chiuso per alcune settimane durante il *lockdown* più severo.

Taluni studiosi hanno ritenuto che, a fronte dei provvedimenti che imponevano la chiusura di numerose attività commerciali per un periodo di tempo via via prolungato, i conduttori potessero andare in parte esenti dall'obbligo di pagare il canone in virtù del disposto dell'art. 1575, n. 2, c.c., a mente del quale «il locatore deve ... mantenerla [la cosa locata] in istato da servire all'uso convenuto»²⁵.

Questo è stato il ragionamento: se il locatore è obbligato a mantenere la cosa in stato idoneo a servire all'uso convenuto, vuol dire che un tale uso necessariamente entra nella causa del contratto (essendo, per l'appunto, convenuto); per di più, se quello specifico uso non può realizzarsi, perché l'attività in parola è interdetta (per quanto interlocutoriamente) dall'autorità pubblica, la prestazione del locatore diventa per un certo periodo di tempo impossibile (o, per meglio dire, parzialmente impossibile, giacché il conduttore di regola continua a usare i locali quanto meno come deposito dei suoi beni); tale impossibilità va regolata ai sensi degli artt. 1463 ss. c.c. (dunque, consentendo al conduttore di ridurre la sua prestazione, stante l'impossibilità parziale rilevante *ex art.* 1464 c.c., e pure permettendogli di recedere dal contratto ai sensi degli artt. 1256, co. 2, e 1464 c.c., se oggettivamente non più interessato alla prestazione, stante la natura anche temporalmente parziale dell'impossibilità).

Questo argomento, seppur autorevolmente sostenuto, non convince interamente²⁶: come, del resto, non ha convinto il BGH tedesco in una sua recente decisione²⁷.

²⁵ Cfr. A. D'ADDA, *Locazione*, cit., 105 ss.; E. TUCCARI, *La pandemia da Covid-19 e la revisione del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda fra (poche) luci e (molte) ombre*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 119; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 2020, 7. In giurisprudenza v. Trib. Roma, 25.7.2020, cit., che parla espressamente di impossibilità dal lato del creditore temporanea e parziale, e poi anche Trib. Milano, 21.10.2020, cit., la quale, pur evocando la tesi in esame, ritiene in conclusione necessaria una rinegoziazione del canone – peraltro, dei mesi fino a dicembre 2020, sicché anche oltre quelli di più duro confinamento – in virtù del principio di buona fede e correttezza, nonché dei doveri costituzionali di solidarietà. Una tesi ancora diversa (per quanto simile) è stata sostenuta da U. SALANITRO, *La gestione*, cit., secondo cui «appare ragionevole applicare in via analogica il modello normativo sul quale è stata organizzata la disciplina dei vizi e delle riparazioni nella locazione (artt. 1578 e 1584 c.c.)». Al riguardo potrebbe obiettarsi che, mentre la disciplina di vizi o riparazioni si riferisce a un'inattuazione del vincolo contrattuale (sia essa nei termini di una garanzia o di una responsabilità, qui non interessa), nel caso di specie si va parlando di un problema di rischio non imputabile ad alcuna delle parti (v. già L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, 133 ss.). L'autore ha poi condiviso l'applicazione dell'art. 1464 c.c. in U. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *NGCC*, 2020, 114 s.

²⁶ Peraltro, una tesi simile a quella che si va confutando era stata argomentata, ben prima delle sopravvenienze pandemiche (e con riferimento ai casi classici di presupposizione, come la locazione del balcone per assistere a una parata), da A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2003, 100 s.; e in senso critico si era espresso A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 859. Durante la pande-

È senz'altro vero che l'uso cui è destinato un certo immobile locato entra nella causa del contratto: e vi entra in modo tendenzialmente specifico, almeno in virtù di quanto le parti inseriscono nelle premesse del contratto o di quanto implicitamente convengono (ad esempio, in ossequio alla destinazione del bene palesata dall'una o dall'altra parte nel corso delle trattative)²⁸.

Tuttavia, il fatto che la causa abbia una certa ampiezza non significa che l'impossibilità di utilizzare il bene per un determinato uso comporti l'impossibilità sopravvenuta della prestazione: tutt'altro. Tra (disfunzioni della) causa e (impossibilità sopravvenuta della) prestazione non v'è alcun rapporto di reciproca e necessaria implicazione: del resto, è evidente il divario – lo scarto – che corre tra la causa (intesa come programma negoziale, che restituisce il senso complessivo dell'accordo) e regolamento contrattuale (quale insieme dei singoli effetti del contratto, che derivano, tramite interpretazione e integrazione, dall'atto di autonomia e, quindi, in particolare da uno "svolgimento" della sua causa)²⁹.

mia l'opinione in parola non ha trovato d'accordo, tra gli altri, E. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *NGCC*, 2020, 88, secondo la quale «viene ... in considerazione la presupposizione, là dove le prestazioni si dimostrino non utilizzabili dal creditore coerentemente con il presupposto di fatto che dà il senso oggettivo al contratto concluso» (presupposizione cui andrebbero applicati analogicamente i rimedi per l'impossibilità sopravvenuta); R. FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1676, il quale pure applica la presupposizione, peraltro con esclusivo riferimento ai periodi di chiusura obbligatoria degli esercizi (rinviando, per gli altri casi, a un dovere di rinegoziazione derivante dal mutamento del contesto); P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *NGCC*, 2020, 77 s., che ha ritenuto che la casistica in esame, e in particolare quella collegata all'obbligo di chiusura di certe attività commerciali (a loro volta, esercitate in locali presi in locazione), sia da ascrivere alla presupposizione, cui dovrebbe applicarsi, secondo l'autore, l'art. 1464 c.c. o, in alternativa, il recesso a favore della parte per cui il vincolo è divenuto inutile; per i casi «in cui tale impossibilità [di godere dell'immobile] non sussista», sarebbe «dubbio se il locatario abbia diritto a una riduzione ovvero a una rinegoziazione del canone pattuito a causa della sua eccessiva onerosità sopravvenuta».

²⁷ Il riferimento va a BGH, 12.1.2022, XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178.

²⁸ Cfr. U. SALANITRO, *La gestione*, cit., 4; G. ALPA, *Note*, cit., 62; A.A. DOLMETTA, *Locazione*, cit., 6; in giurisprudenza v., con particolare chiarezza, Trib. Venezia, 13.7.2021, cit. In senso contrario A. GENTILI, *Una proposta*, cit., 6.

²⁹ Anzi, l'istituto della causa, pur nelle sue assai varie funzioni, è volto tra le altre cose a riconoscere rilevanza a tutto quel che incide direttamente sullo scopo, senza mediatamente toccare le singole regole (o le singole posizioni giuridiche) che derivano dall'accordo. Lo dimostra anche una riflessione comparatistica: in Francia la teoria della *cause* come but (scopo, pur riferito all'obbligazione, anziché al contratto), divenuta nel Novecento dominante, ha trovato un sostegno proprio nella necessità di riconoscere che nei contratti aleatori la causa non poteva essere rinvenuta nell'obbligazione di controparte (ossia a un dato strutturale), ma doveva piuttosto condurre ad attribuire rilevanza giuridica alla *chance* (e, cioè, a un concetto dotato di un senso unicamente in una prospettiva funzionale e, invece, inidoneo a tradursi immediatamente in situazioni giuridiche; v. H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, 3^a ed., Paris, 1927, 51 s.): come si vede, la causa – tanto in Italia quanto in Francia – serve a sovrintendere a quegli aspetti della funzione che eccedono il piano immediato del regolamento (della struttura) e che, dunque, la disciplina di quest'ultimo (degli effetti del contratto) non riuscirebbe a gestire.

La prestazione riguarda la condotta del debitore, cui impone di mantenere la cosa in un certo stato; se poi, nonostante lo stato sia di per sé idoneo a un certo uso, l'uso stesso è per altre ragioni interdetto, la prestazione non diviene impossibile: semmai, essa diventa inutile, con una conseguente patologia attinente al piano funzionale (della causa), più che a quello strutturale (dell'obbligazione)³⁰. E infatti, con riguardo ai casi di cui si va parlando, vi è un modo, assai più semplice e diretto, per rendere rilevanti le sopravvenienze: esso passa per la constatazione che in tutte queste ipotesi è lo scopo complessivo della locazione a risentirne, giacché esso per quel periodo non potrà essere realizzato (o non potrà essere *in toto* realizzato). Ma di questo parleremo più approfonditamente a breve.

B) Passiamo a considerare altri eventi che hanno colpito le locazioni in era Covid, in particolare soffermandoci sui casi prima indicati al punto b.2), ossia sulle locazioni di immobili ad uso commerciale ove si esercitava un'attività non proibita, ma conformati dai vari divieti collegati all'emergenza sanitaria e per tale ragione divenuta meno redditizia.

In casi del genere certo non si può parlare di impossibilità della prestazione *ex art. 1575, n. 2, c.c.* (essendo senz'altro permesso l'uso dell'immobile convenuto). Tuttavia, parte della dottrina ha voluto applicare comunque l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta, facendo leva sulla tesi secondo cui, allorché non può essere realizzato (in tutto o in parte) l'interesse del creditore, viene necessariamente meno l'obbligazione, inscindibilmente legata per l'appunto all'interesse creditorio (*ex art. 1174 c.c.*)³¹.

In effetti, a questa tesi ha fatto ricorso anche la Cassazione, in una serie di decisioni – in tema di prenotazioni alberghiere o di pacchetti turistici³² –

³⁰ Del resto, a venire proibita è l'attività, non l'uso in sé e per sé (mentre l'art. 1575, n. 2, c.c. si riferisce al bene e non già all'attività: v., per tutti, A. FEDERICO, *Misure*, cit., 247).

³¹ È la tesi, assai nota, di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 543 ss. Con riferimento all'emergenza pandemica v. ad esempio G. D'AMICO, *Emergenza*, cit., 1957, si tratterebbe di un'applicazione diretta dell'art. 1464 c.c., per impossibilità «di godere dei beni locati»; e v. pure G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali*, cit., 705 (e pure ID., *Rimedi*, cit., 717, e in ID., *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 430), nonché A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 240. In giurisprudenza v. tra le altre Trib. Venezia, 13.7.2021, in *onelegale*; Trib. Trieste, 4.6.2022, in *dejure*.

³² Oggi, in attuazione dell'art. 12, co. 2, dir. UE 2015/2302, nell'ambito della disciplina dei pacchetti di turismo, si è prevista un'apposita ipotesi di irrealizzabilità della causa turistica, adottando un altrettanto specifico rimedio: l'art. 41, co. 4, cod. tur., stabilisce infatti che, «in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso, ed al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un'indennizzo supplementare». Si tratta di una regola di derivazione eurounitaria che, come tale, presenta dei tratti di specificità che la rendono inidonea a fare da perno al sistema delle sopravvenienze; nondimeno, il recesso che essa evoca si avvicina di più ai rimedi in caso di sopravvenienze funzionali, che a quelli per l'impossibilità sopravvenuta non imputabile. Sulla disposizione v. S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle corti e teoria dei controlimiti: il re-*

per vero non limpidissime: sin dalla capostipite, una nota pronuncia relativa a un soggiorno programmato nell'isola di Cuba, poi non usufruito a causa dei timori derivanti dall'aggravamento di un'epidemia di dengue emorragica, la Suprema Corte ha ritenuto che il contratto non potesse realizzare la sua finalità turistica e che ne fosse intaccata la causa³³. La Cassazione però, ha al contempo ritenuto che l'obbligazione caratteristica fosse venuta meno per impossibilità, stante l'irrealizzabilità dell'interesse creditorio, così dando vita a una decisione non perspicua, in cui si sono fuse due *rationes* alquanto diverse: da un lato, il semplice venir meno della causa; dall'altro lato, l'estinzione dell'obbligazione, con conseguente (a rigore) impossibilità sopravvenuta del contratto³⁴.

Ora, a ben vedere non va disconosciuto che l'impossibilità della prestazione possa derivare anche dalla situazione in cui versa il creditore, come avviene nei casi in cui la prestazione è per l'appunto impossibile perché irricevibile (l'esempio classico è quello dell'autovettura che, prima dell'arrivo del meccanico, riparte³⁵; ma si pensi anche al caso del soggetto che muore prima di un viaggio aereo³⁶)³⁷. Tuttavia, nei casi in cui la prestazione è sem-

cesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE, in Eur. dir. priv., 2018, 41 ss.; nei suoi rapporti con la pandemia v. ID., Gli effetti a raggiera del Covid-19 sui contratti di pacchetti turistici tre anni dopo: una palestra per l'interprete, in La fattispecie «liquida»: quattro casi sintomatici, a cura di C. Angiolini e D. Santaripa, Napoli, 2023, 35 ss.

³³ Si tratta di Cass., 24.7.2007, n. 16135, in *NGCC*, 2008, 542, poi seguita da numerosi precedenti (che hanno fatto governo del principio già espresso dal primo arresto, meglio tratteggiando i confini giurisprudenziali dell'area dell'inutilità sopravvenuta per irrealizzabilità dell'interesse turistico; tra queste pronunce, v., immediatamente dopo il *leading case*, Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, 786).

³⁴ Nella decisione 16135/2007, e pure in quelle successive, si trovano mischiate le due *rationes*, come nel seguente passaggio: «il venir meno dell'interesse creditorio determina invero l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale (art. 1174 c.c.). E ove come nella specie il rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno dell'interesse creditorio comporta la irrealizzabilità della causa concreta del medesimo, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa di relativa estinzione». Nella letteratura ha ritenuto che «la dottrina tradizionale dell'impossibilità [fosse] dunque sufficiente a motivare il dispositivo» E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 166.

³⁵ In dottrina è comune l'esempio della nave, per disincagliare la quale sono stati arruolati dei marinai, che si disincaglia da sé: v. F. DELFINI, sub *artt. 1463-1464*, cit., 47.

³⁶ Lo prevede espressamente, in tema di trasporto aereo, l'art. 945 cod. nav., secondo cui «se la partenza del passeggero è impedita per causa a lui non imputabile, il contratto è risolto e il vettore restituisce il prezzo di passaggio già pagato». Questa disposizione (per vero spesso derogata pattiziamente, ma non di rado in modo nullo o comunque inefficace, in virtù della disciplina in tema di condizioni generali vessatorie e di clausole abusive: cfr. di recente Cass., 27.11.2023, n. 32925, in *dejure*) prosegue con un 2° co. (a mente del quale «se l'impedimento riguarda uno dei congiunti o degli addetti alla famiglia, che dovevano viaggiare insieme, ciascuno dei passeggeri può chiedere la risoluzione del contratto alle stesse condizioni»), che, nel dettare una regola di imputazione del rischio, sembra effettivamente riferirsi a un caso di inutilità sopravvenuta (più che di irricevibilità). E, in effetti, il legislatore non richiama la risoluzione immediata (come dovrebbe essere ex art. 1463 c.c.), ma piuttosto il diritto di chiedere la risoluzione (diritto che ben più si avvicina a quella risoluzione non automatica evocata dalla dottrina, seppur con diverse varianti, in caso di soprav-

plicemente inutile, o meno utile, non si produce una vera e propria irricevibilità³⁸: diversamente, si finirebbe anche qui per spostare indebitamente il discorso dal piano della causa a quello dell'obbligazione, senza rendersi conto però che l'interesse di cui all'art. 1174 c.c. va valutato proprio sul piano della causa (è a quel livello che, ad esempio, si distingue tra motivo e interesse³⁹) e che, con riferimento all'obbligazione, è sufficiente che esso sia dichiarato perché sussista (mentre è sul piano del contratto che un'eventuale inesistenza del motivo, *sub specie* di irrealizzabilità, viene in luce)⁴⁰.

Spostare l'attenzione al piano dell'obbligazione darebbe, in sintesi, vita a una certa confusione tra categorie diverse, volte a sovrintendere a profili eterogenei⁴¹. Del resto anche i dati positivi, per quanto scarni, sono in tal senso: e ostano a una tesi che desuma il rilievo dell'interesse creditorio dalla sua penetrazione nella causa, salvo poi trascurare la causa stessa e gestire la patologia dell'interesse, anziché come patologia della funzione, nella prospettiva dell'obbligazione⁴².

venienze funzionali: v. § 6). Lo stesso peraltro avviene se si confrontano, nell'ambito del trasporto per nave, i primi due commi dell'art. 400 cod. nav. (la differenza, lì, sta nel fatto che in caso di risoluzione il passeggero deve comunque pagare un quarto del prezzo netto: e la ragione sostanziale non è tanto da rinvenire nel fatto che la sopravvenienza è di per sé imputabile al creditore, che resterebbe in parte vincolato alla prestazione – come avviene ai sensi del § 324 BGB –, ma piuttosto in una parziale attuazione del vincolo, che si presume in modo assoluto già avvenuta in una data quantità, con la conseguenza che il legislatore, pur prevedendo l'integrale venir meno del rapporto, fa salvo un diritto pecuniario del prestatore; più in generale, sul tema inerente al «diritto del debitore ad una qualche compensazione» nel caso di «impossibilità sopravvenuta della prestazione a causa di un evento fortuito che incida sulla sfera giuridica del creditore», v. di recente G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 167 ss.).

³⁷ Si suole distinguere tra *Zweckerreichung* e *Zweckverfehlung* (cfr. per tutti, nella dogmatica tedesca, V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen, 1969).

³⁸ Così senz'altro nelle ipotesi di soggiorni alberghieri, in cui vengono messi a disposizione determinati servizi (mentre nel caso del trasporto per nave e aereo si ha una vera e propria irricevibilità, giacché il vettore per svolgere la sua prestazione ha bisogno della collaborazione del trasportato).

³⁹ E non è un caso che l'art. 1256, co. 2, c.c., nello stabilire che l'impossibilità temporanea ridonda in impossibilità definitiva se perdura «fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla», richiami non già l'interesse di cui all'art. 1174 c.c., ma il titolo e la natura dell'obbligazione.

⁴⁰ V. per tutti la serrata critica all'idea per cui l'art. 1174 c.c., nella parte in cui fa riferimento all'interesse creditorio, ne richiede anche l'esistenza reale e il permanere, di G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 226 s. Con riguardo alle sopravvenienze pandemiche v. A. ZACCARIA, *L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19*, in *Studium iuris*, 2020, 1154, il quale ha escluso che l'inutilizzabilità della prestazione possa confondersi con l'impossibilità sopravvenuta.

⁴¹ In tal senso si può rileggere anche l'avvertimento di D. SANTARPIA, *Modelli e tecniche di "amministrazione" del rapporto contrattuale*, in *NGCC*, 2020, 96, che suggerisce di «ammettere il concetto di sopravvenienza» proprio al fine di «non allargare inopinatamente il concetto di impossibilità».

⁴² Né vale sostenere che, mettendo al centro l'obbligazione, si disporrebbe di un riferimento normativo saldo per la gestione delle sopravvenienze, ossia l'art. 1463 c.c. Non è detto, infatti, che poter contare su un appiglio positivo come quello menzionato sia per forza di cose

L'art. 1345 c.c., nel sanzionare il contratto fondato su un motivo illecito, dà la priorità al piano della causa: esso richiede di interrogarsi non direttamente sull'obbligazione (sulla sua illiceità), ma piuttosto sullo scopo del contratto (individuato alla luce dei motivi comuni unici determinanti). Parimenti, chi volesse ritenere che l'irrealizzabilità genetica del motivo comune unico determinante dia luogo alla nullità del contratto, non avrebbe certo necessità di passare per l'obbligazione (per una sua pretesa nullità, derivante dall'assenza dell'interesse *ex art. 1174 c.c.*): potrebbe – e dovrebbe – semplicemente concludere, sulla scorta di una nota opinione dottrinale di cui a breve diremo⁴³, che la causa, arricchita del riferimento ai motivi comuni unici determinanti, sia irrealizzabile (con conseguente nullità *ex artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c.*).

Se, invece, si supponesse che l'art. 1174 c.c. sovrintenda già a queste ipotesi, si finirebbe per svuotare l'art. 1345 c.c. e si cadrebbe in un'inversione logica (dandosi la priorità all'obbligazione, che desume però l'individuazione dell'interesse rilevante proprio dalla causa). Viceversa, all'art. 1174 c.c. deve attribuirsi il semplice significato di norma ricostruttiva indirizzata all'interprete: questi, nel cercare la migliore disciplina per l'obbligazione, è semplicemente chiamato a indicare l'interesse cui la prestazione corrisponde (fermo restando che la sua eventuale irrealizzabilità, genetica o sopraggiunta, rileverà sul piano della causa, ove pure si gioca l'individuazione di un simile interesse).

Come si vede, anche il ricorso all'impossibilità sopravvenuta per la via dell'art. 1174 c.c. non soddisfa: e, ancora una volta, soccombe di fronte al rilievo preponderante che ha l'istituto della causa, cui ora possiamo finalmente passare.

5. Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali).

un vantaggio: infatti, come diremo meglio nel § 6, è preferibile una tesi che, al contempo, ritenga mancante nel codice una disciplina relativa all'irrealizzabilità dello scopo (salve le ipotesi di causa tipica irrealizzabile e quelle di motivo comune unico determinante) e apra la via a rimedi assai più flessibili (proprio perché tale flessibilità, lungi dal costituire un *vulnus* alla certezza, risponde a istanze di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza di non poco conto). Peraltro, anche a voler accedere a tesi (diverse da quelle cui aderiremo nel § 6 e) più tradizionali, per cui l'irrealizzabilità dello scopo farebbe integralmente cadere la causa, va rilevato che, mentre la prospettiva dell'obbligazione non potrebbe contare su alcun appiglio positivo per la gestione delle disfunzioni genetiche, stando alla prospettiva della causa tale appiglio andrebbe rintracciato nel combinato operare degli artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c. (e nella conseguente nullità del contratto: peraltro, si tratterebbe di quella stessa nullità cui si addiverrebbe concentrando l'attenzione sull'obbligazione, senza però poter contare, in tal caso, su una disposizione espressa, se non quella – poco calzante – in tema di possibilità dell'oggetto).

⁴³ V. sul punto già il § 5, nella parte iniziale.

Escluso che i casi in esame ricadano nell'impossibilità sopravvenuta non imputabile⁴⁴, resta da verificare se davvero – ed entro che limiti – possano essere ospitati nella categoria, incerta in quanto di derivazione dottrinale e non positiva, della perturbazione della causa. Il che sottende un duplice interrogativo: il primo, relativo alla regola di rilevanza delle sopravvenienze che rientrano in questa categoria (quesito su cui ci soffermeremo subito); il secondo, inerente invece al rimedio accordato dall'ordinamento (ciò di cui ci occuperemo oltre).

Da tempo la dottrina italiana, prendendo spunto dal dibattito tedesco in tema di *Voraussetzung* e *Störung der Geschäftsgrundlage* apertosi già tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento⁴⁵, ha ritenuto possibile rispondere ai problemi e alle esigenze di tutela sottesi a questi due istituti mediante la categoria della causa (o almeno in parte mediante tale categoria⁴⁶).

⁴⁴ Giunge a tale conclusione, di recente, G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 164 ss. (anche se con riferimento precipuo ai contratti a lungo termine e in specie a quelli relazionali). L'autore, dopo aver rilevato che impossibilità e inutilizzabilità sono categorie assai diverse, ha osservato che l'applicazione degli artt. 1463-1464 c.c. al secondo caso appare eccessivamente rigida e contraria alla preferenza ordinamentale per la manutenzione del contratto, risultando invece preferibile ricorrere alla figura dell'obbligo di rinegoziazione ogniqualvolta si faccia riferimento a un *long-term contract* (sui contratti relazionali v. qui, per tutti, R. MACNEIL, *The new Social Contract*, New Haven, 1980; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *Journ. L. Studies*, 1992, p. 271 ss.).

⁴⁵ Il riferimento, assai noto, va al dibattito tra B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, e O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches)*, in *AcP*, 1889, spec. 221 ss., cui replicava B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, 169, e cui rispondeva nuovamente O. LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, spec. 51 ss.; v. poi la soluzione di P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, 26 ss. V. per tutti, nella letteratura di lingua italiana, R. CALVO, *La 'codificazione' della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. impr. - Europa*, 2004, 770 ss.

⁴⁶ È opportuno dedicare un cenno specifico alla tesi di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 421 ss., il quale ha distinto le sopravvenienze (e le perturbazioni genetiche) gestibili mediante la causa concreta da quelle, invece, a detta dello studioso davvero riconducibili alla presupposizione, facenti perno sulla caduta del presupposto. In effetti, possiamo sin d'ora rilevare che tra le sopravvenienze qualitative dovrebbe riservarsi uno spazio alla caduta del presupposto (di cui, in realtà, non ci occuperemo, anche stante il suo rilievo nettamente minore, tanto dal punto di vista teorico, quanto pratico). Scrutinando gli esempi dell'autore, e i casi giurisprudenziali, ci avvediamo che, accanto le ipotesi riconducibili a istituti diversi (v. nt. 50), vi è un gruppo di casi omogeneo, in cui a venire pregiudicato non è lo scopo: piuttosto, a venire toccato è – per l'appunto – un presupposto che (giuridicamente o, più comunemente, economicamente) consente, dal lato di chi conclude il contratto per procurarsi un bene o un servizio, l'assunzione del vincolo (sicché a venire perturbata non è una causa finale, né una ragione giustificatrice – come può essere il motivo impulsivo nei contratti gratuiti –). Così, è presupposto (o comunque, ove ne integrasse le condizioni di rilevanza, sarebbe presupposto) l'aver ottenuto (o la certezza di ottenere) un finanziamento pubblico rispetto al contratto concluso grazie a questi fondi (è proprio l'esempio di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 422); l'aver ottenuto (o la certezza di ottenere) un titolo urbanistico per il rinnovo di un distributore di benzina rispetto al contratto di approvvigionamento (cfr. Cass., 24.3.1998, n. 3083, in *dejure*, con soluzione in concreto negativa); ancora, l'aver ottenuto (o la certezza di ottenere) un titolo urbanistico, qui per l'ampliamento di uno stabilimento, rispetto al contratto di acquisto di un forno (cfr.

In particolare, sul finire degli anni Sessanta e Settanta diversi autori hanno notato come la causa (intesa in senso moderno e “concreto”) si candidasse a strumento per tenere in considerazione l’intero senso economico dell’affare⁴⁷: e che, dunque, una sua eventuale perturbazione necessariamente dovesse venire gestita su un piano funzionale. Ciò richiedeva, per l’appunto, l’utilizzo di un concetto concreto di causa, che arricchisse i profili della causa tipica (della causa del tipo prescelto) di altri aspetti concreti. Indici di questa rilevanza venivano rinvenuti negli artt. 624, 626, 787, 788 e 1345 c.c., i quali dettano (seppur in ambiti diversi e con finalità differenti) tra l’altro le condizioni al ricorrere delle quali un motivo può dirsi unico e determinante e, al contempo, giuridicamente rilevante.

Per l’effetto si è spesso finito per ritenere che casi (analoghi ai notissimi *coronation cases* inglesi⁴⁸) come quello della locazione di un balcone per ammirare la regata storica, poi però rinviata, portassero a un venir meno della causa. Se la perturbazione fosse stata genetica, ciò avrebbe condotto alla nullità dell’accordo per mancanza di causa (di una causa arricchita per mezzo del riferimento ai motivi rilevanti e per ciò stesso divenuti interessi); se sopravvenuta, invece, a rimedi di stampo diverso (presumibilmente, a un’applicazione analogica dell’art. 1463 c.c.).

Queste tesi – pur non incontestate⁴⁹ e, soprattutto, pur non integralmente seguite da una giurisprudenza per vero oscillante⁵⁰ – offrono numerosi spun-

Cass., 9.11.1994, n. 9304, in *dejure*, anch’essa di segno negativo); l’aver ottenuto (o la certezza di ottenere) la concessione di una licenza commerciale, rispetto a un contratto di locazione (Cass. civ., 22.9.1981, n. 5168). Ben più difficile è comprendere quando un simile presupposto diventi giuridicamente rilevante. Così è, presumibilmente, allorché la controparte lo abbia fatto proprio: il che di norma non avverrà in forza di un particolare prezzo pagato dalla parte interessata (ben difficile da immaginare), né di una sua semplice dichiarazione (precontrattuale), ma piuttosto in virtù di altri elementi pragmatici, che inducono a far assurgere – in via ricostruttiva – un elemento a presupposto, come, ad esempio, il fatto che esso sia dato per scontato dalle parti, sia comunque espresso dalle stesse, e abbia una portata tale da rendere assurdo e abnorme il mantenimento del vincolo (fermo restando che nulla consentirà, in casi del genere, di rintracciare nel regolamento contrattuale una “condizione tacita”).

⁴⁷ Le ricostruzioni più note sono quelle della scuola genovese: v. ad esempio M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 215, 228, 244, 247, 259, 261 ss., 280; E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, 2379 ss.; ID., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di «presupposizione»*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 218; G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1507 ss. Alcuni degli scritti più rilevanti sono raccolti nel volume G. ALPA, M. BESSONE ed E. ROPPO *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.

⁴⁸ Cfr. *Krell v. Henry* (1903) 2 K.B. 740; *Griffith v. Brymer* (1903) 19 T.L.R. 434; *Clark v. Lindsay* (1902) 88 L.T. 198. Successivamente la *frustration* è stata regolata legislativamente dal *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, di scarsa applicazione pratica.

⁴⁹ In effetti, il panorama dottrinale si presenta, nel dettaglio, abbastanza frammentato; cionondimeno, si deve ammettere una certa tendenza, nella seconda metà del Novecento, a leggere la presupposizione in chiave oggettiva e, dunque, causale (cfr., ad esempio, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 231 ss., nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 221 ss.). Non mancano, però, tesi diverse, di stampo – almeno apparentemente – più volontaristico (V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 503 ss.) o volte a svalutare il rilievo sistematico della presupposizione (A. BELFIORE, *La*



ti: di certo esse, per il pregio di saper coniugare felicemente e sapientemente il dato positivo e le esigenze funzionali nella prospettiva, poi di estremo successo giurisprudenziale⁵¹, della causa⁵², forniscono un ottimo punto di avvio per le nostre riflessioni.

presupposizione, in *Tratt. Bessone*, XIII-IV, Torino, 2003, 36 s.). Alla diversa chiave di lettura si associa ovviamente anche l'invocazione di differenti tecniche rimediali: a parte i casi di perturbazioni genetiche (per cui, accanto alla nullità, si è suggerito di applicare l'annullabilità), in quelli di sopravvenienze si è fatto riferimento ora alla risoluzione – *ipso iure* o su domanda di domanda di parte –, ora al recesso, ora, ma meno spesso, all'obbligo di rinegoziazione; né va sottaciuto che vi è pure chi tuttora esclude qualsivoglia rimedio). Una revisione completa delle svariate tesi è stata compiuta, negli ultimi tempi, da F. DEGL'INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, 2009, 79 ss., e da F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 783 ss.

⁵⁰ In effetti, la giurisprudenza, allorché si riferisce alla presupposizione, ancora oggi richiama massime tratte (come quella per «una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) [può] ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante il negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), richiedendosi pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione»: così, da ultimo, Cass., 11.10.2021, n. 27528, in *dejure*); tuttavia, può dubitarsi – anche osservando l'estrema eterogeneità dei casi ascritti alla presupposizione (A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit., 119) – che i nostri giudici vi facciano davvero una piana applicazione e non intendano, piuttosto, utilizzare la presupposizione quale “formula magica” tramite la quale sovrintendere a una pluralità di ipotesi problematiche (talvolta ricondotte solo a forza alle massime tratte). Tra queste ipotesi, la più importante è quella che in realtà sottende una irrealizzabilità della causa: e proprio il riferimento alla causa, in effetti, nei più recenti precedenti si è fatto espresso (lo attesta l'orientamento giurisprudenziale in tema di [caduta della] causa turistica, cui già si è fatto cenno), fermo restando che anche negli arresti più risalenti esso, quando non compariva, vi risultava comunque implicito (v. Cass., 8.8.1995, n. 8689, in *Giust. civ. Mass.*, 1995; Cass., 11.8.1990, n. 8200, in *Giust. civ. Mass.*, 1990). In altri casi, invece, la giurisprudenza sembra far richiamo a quello che una parte della dottrina ha definito presupposto: e tale richiamo avviene a volte esplicitamente (Cass., 25.5.2007, n. 12235, in *NGCC*, 2007, I, 1177 ss.), a volte implicitamente (v. sopra, nt. 46). Infine, in casi ancora diversi la presupposizione è stata invocata in modo vieppiù inconferente o semplicemente per evocare istituti assai lontani: in Cass., 5.1.1995, n. 191, in *Giust. civ. mass.*, 1995, si trattava di perimetrare un accertamento convenzionale; in Cass., 15.5.1987, n. 4487, in *Foro pad.*, 1988, I, 399, di delimitare gli impegni presi da un datore di lavoro verso alcune sigle sindacali. Quanto all'apparato rimediale, si evoca spesso – per le ipotesi di sopravvenienze – la risoluzione ex art. 1463 c.c. applicata analogicamente (ad esempio Cass., 24.3.2006, n. 6631); talvolta l'art. 1467 c.c., sempre da applicarsi in via analogica (Cass., 17.5.2005, n. 10340, *Obbl. contr.*, 2005, 265; Cass., 28.8.1993, n. 9125, in *Foro it.*, 1995, I, 1601); in altri casi in ancora il recesso della parte svantaggiata (Cass., 25.5.2007, n. 12235, cit.); quanto alle patologie genetiche, il riferimento va di regola alla nullità (definita talvolta come nullità per irrealizzabilità della causa: v. Cass., 8.8.1995, n. 8689, cit., e Cass., 11.8.1990, n. 8200, cit.).

⁵¹ Il termine ovviamente evoca il titolo di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.

Se, infatti, è vero che al fondo delle opinioni assai brevemente riassunte altro non vi è se non l'intento di rendere rilevanti le perturbazioni qualitative sopravvenute (o, per meglio dire, alcune tra esse) nei termini di sopravvenienze funzionali, è anche vero che oggi, su questa base, possiamo compiere alcuni passi in avanti, in almeno due direzioni: da un lato, verificando quale sia l'area cui tendenzialmente corrispondano tali perturbazioni; da un altro lato, valutando quando, più specificamente, esse si presentino.

A) Il primo interrogativo ci richiede di delineare il perimetro per così dire esterno della categoria in parola: ossia, delle sopravvenienze funzionali.

Ora, se con causa, come sembra, possiamo intendere l'intera operazione economico-giuridica, vista come "valore", ossia come unità dotata di un suo "senso" o, ancora, come complessivo "assetto di interessi" (*Interessenlage*) che l'interprete è tenuto a ricostruire⁵³, è palese che questo concetto – assai utile quando si tratta di qualificare (e, più ampiamente, ricostruire) l'accordo, così come di interpretarlo, nonché di integrarlo in positivo (*ex fide bona*) e per così dire in negativo (depurandolo dalle clausole immeritevoli)⁵⁴ – è poco acconcio a gestire le patologie provocate dalle sopravvenienze qualitative che non incidono sulla prestazione, ma solo sulla funzione.

A tal riguardo dobbiamo, piuttosto, servirci di un'altra accezione di causa: un'accezione che è, in fin dei conti, proprio quella sottesa all'art. 1325, n. 2, c.c. Per chiarezza linguistica, anziché però parlare ancora di "causa" (in una seconda accezione), potremo dare a questo concetto, di cui ora ci interesseremo, il nome di "scopo", indicando subito che tra lo scopo (inteso nel modo che diremo) e la causa (identificata nel senso complessivo dell'accordo, ossia nell'intero assetto di interessi) non vi è una relazione di totale corrispondenza.

Nel senso convenzionale che adotteremo, lo scopo è un profilo riassuntivo della causa: è, cioè, un modo di vederla e di sintetizzarla, per renderla utile ai fini della gestione delle sopravvenienze (qualitative che incidono sulla funzione, e cioè) funzionali.

⁵² Sul legame tra presupposizione e causa, nel senso che la seconda ingloba diversi casi talvolta fatti afferire alla prima (salvo quelli di rilevanza del vero e proprio presupposto), v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 423.

⁵³ Per brevità, ci si limita a richiamare A.M. GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Camerino, 5-8.9.2018, a cura di G. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2019, 681 ss.

⁵⁴ Anche qui si consenta il rinvio a A.M. GAROFALO, *L'interpretazione e la ricostruzione del contratto nel prisma della pragmatica linguistica*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata*, a cura di L. Garofalo e L. Vacca, Napoli, 2021, 325 ss. L'idea alla base di questa ricostruzione (che qui, per ragioni di spazio, non si può che richiamare assertivamente) è che l'integrazione *ex fide bona*, come la *ergänzende Auslegung* tedesca, poggia su uno svolgimento dell'assetto di interessi, ossia su un *Zuendedenken* dell'*Interessenlage* (che è metro pure, ad esempio, per il giudizio sulla nullità parziale e per quello sulla conversione, oltre che – ancor prima – per l'applicazione dei canoni di interpretazione oggettiva dell'accordo), e che l'immeritevolezza – intesa quale discrepanza tra gli interessi da perseguire e il regolamento o una parte del regolamento contrattuale – altro non sia che un'integrazione in negativo dell'accordo (e, in questo senso, una sua correzione, talvolta interamente demolitoria).

L'art. 1325, n. 2, c.c. offre, come rilevato, un argomento in tal senso: ove esso impone di verificare la presenza della causa (di una causa realizzabile⁵⁵), esso richiede di svolgere un'indagine che non attiene all'adeguatezza causale delle singole clausole o, comunque, all'intero assetto di interessi, ma piuttosto alla sussistenza di una causa dell'intera pattuizione: e, dunque, implica di coagulare la causa, intesa quale complessivo assetto di interessi, attorno a un concetto sintetico, come quello di scopo.

Il che, se ci fornisce un aiuto, non ci permette di risolvere ogni perplessità. Sorge infatti subito un altro interrogativo, relativo all'ampiezza dello scopo: si tratta del solo scopo "tipico" (così chiameremo, convenzionalmente, lo scopo desumibile dalla causa tipica) oppure di uno scopo colorato in concreto? E, se la seconda via è preferibile, sino a dove giunge la colorazione concreta?

Ritenere che lo scopo sia solo quello tipico⁵⁶ porterebbe le riflessioni dottrinali indietro di diversi decenni: la scienza giuridica ha avuto modo, dal secondo dopoguerra, di apprezzare l'utilità della prospettiva funzionale concreta⁵⁷. Per di più, possiamo contare su indici positivi che ci dicono che i motivi – a patto di rilevare giuridicamente – toccano il piano dello scopo: l'art. 1345 c.c., nel riferirsi al motivo unico comune determinante che, se illecito, rende nullo il contratto, evidentemente mira a indicare un criterio per

⁵⁵ Si badi, peraltro, che la causa, come "senso" dell'accordo (utile in prospettiva ricostruttiva e interpretativa) non può di per sé mai mancare: se facesse difetto, mancherebbe un contratto (ossia, il fenomeno della vita da qualificare ipoteticamente come contratto non si collocherebbe nemmeno dentro la definizione dell'art. 1321 c.c., non mirando a realizzare un assetto di interessi e dunque un'operazione economico-giuridica). Viceversa, la patologia dell'art. 1325, n. 2, c.c. si riferisce a una causa che in prima battuta è esistente (evidentemente: nell'intento delle parti) e, però, è poi (nella realtà delle cose) mancante: sicché si collega, più che a una totale assenza della causa (programmata dalle parti), a una sua non realizzabilità. Del resto, tutto il piano degli elementi essenziali del contratto è disassato rispetto a quello qualificatorio dell'art. 1321 c.c.: ogni contratto, per il fatto stesso di esistere come contratto, presenta un accordo e un oggetto e una forma; ma un contratto è nullo se si scopre che l'accordo è solo un simulacro, che l'oggetto è in realtà non determinato (o addirittura impossibile) e che la forma usata non è corrispondente a quella eventualmente prescritta dall'ordinamento.

⁵⁶ Ossia, quello del tipo. In mancanza di un tipo legale, sarà lo scopo del tipo sociale, da individuare – in via interpretativa – collocando proprio il tipo sociale all'interno della trama dei contratti tipici ordinamentale. E in mancanza di un tipo anche sociale (si tratta di casi per vero rari), ossia di un contratto con un suo *nomen*, si potrà pur sempre fare riferimento a una causa generica (di scambio, di liberalità, di garanzia) e disegnare, per vicinanza e distanza dai contratti tipici (ossia, secondo proporzionalità e ragionevolezza), una causa di livello analogo a quello occupato dalla causa tipica.

⁵⁷ A partire da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 355 ss., e dalla sua nota critica alle tesi di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 2002, 169 ss. In realtà, come diversi studi moderni (e più distaccati) hanno messo in luce, le ricostruzioni di Betti in punto di causa non erano affatto avulse dalla prospettiva concreta (basti pensare alle considerazioni bettiane sul rilievo dell'assetto di interessi rispetto alla nullità parziale, alla conversione e finanche alla presupposizione: v. *ivi*, 512 ss.); ciò non toglie che le tesi di Betti siano state, da un lato, tradite da un'applicazione giurisprudenziale a volte banalizzate e, da un altro lato, associate alle posizioni politiche dell'autore, con una conseguente e inevitabile repulsione da parte della generazione successiva di giuristi (che volevano rimarcare il loro distacco dal fascismo).

la rilevanza giuridica di un certo motivo e, al contempo, per il suo ingresso nello scopo (del resto, anche l'art. 1345 c.c. non si riferisce alla causa come generico o onnicomprensivo "assetto di interessi" del contratto, ma piuttosto a una prospettiva – come quella dello scopo – maggiormente ristretta e sintetica); l'art. 787 c.c., viceversa, evoca una (diversa) regola di rilevanza del motivo unico determinante (trattandosi di donazione, non è richiesto che sia comune e basta che risulti dall'atto), per collegare al caso di errore sullo stesso un rimedio specifico (l'annullabilità della donazione).

Non è tanto importante, per ora, vagliare la diversità tra i rimedi: è sufficiente, invece, concentrare l'attenzione sulla ricostruzione dello scopo che queste norme impongono. Lo scopo non è, evidentemente, solo quello tipico (in una locazione: attribuzione di un prezzo, godimento di un bene); arricchisce lo scopo il riferimento – beninteso: ove ne sussistano in generale le condizioni di rilevanza giuridica⁵⁸ – a una finalità "secondaria" (in un esempio come quello poc'anzi riportato: la possibilità di assistere alla regata storica).

Volendo, poi, distinguere nello scopo l'attribuzione di singoli "vantaggi", diremo che nello scopo i vantaggi rilevano non solo in tanto in quanto tipici, ma anche per come specificati in concreto: ossia, non rilevano solo i "vantaggi tipici", ma anche quelli "specifici" (o "secondari": e tali non per importanza, ma perché accedono a un vantaggio tipico). Nel solito esempio della locazione del balcone, il vantaggio del conduttore – cui corrisponde una certa attribuzione di rischi al locatore – è il "godimento di un bene *per un certo fine*".

Ma, se è vero che per ragioni funzionali, sistematiche e positive lo scopo si candida a essere il luogo di rilevanza dei motivi (ove, beninteso, di per sé rilevanti, in base alle regole di cui diremo), dobbiamo pure – avanzando un poco – ammettere che, se con scopo s'intende la finalità che il contratto è volto a realizzare, la considerazione dei vantaggi in una dimensione concreta non riguarda solo le finalità secondarie, ma anche quelle che potremmo dire "primarie": le quali non coincidono meramente e semplicemente con le finalità tipiche ("godimento di un bene"), pur integrate dal riferimento all'oggetto contrattuale concreto ("godimento di *quello specifico bene immobile*").

Sebbene questo sia un punto che spesso non è messo in luce in letteratura, non può sottacersi che gli stessi vantaggi tipici debbano tingersi di tutti quegli elementi concreti di cui si assuma la rilevanza giuridica: connotati concreti, dunque, che non si limitano a individuare la finalità secondaria, ma colorano anche i vantaggi già definiti "primari". Non vi è ragione, una volta attestata (sulla base di criteri che dovremo individuare) la rilevanza giuridica di tali connotati, per escludere che essi stessi plasmino lo scopo tipico: e non vi è nemmeno ragione per non includerli nel concetto di scopo di cui stiamo individuando la latitudine. Del resto, non esistono indici positivi che depongono in senso contrario: e anche se sussistessero, sarebbero irragionevoli, non potendo immaginarsi una graduatoria di rilevanza tale per cui i

⁵⁸ Da cui deriva pure l'attribuzione del rischio all'altra parte.

vantaggi secondari possano conformare lo scopo, mentre i vantaggi primari debbano restare coincidenti con quelli tipici (o comunque vedere limitata la loro identificazione in concreto, nonostante la rilevanza giuridica – da altro punto di vista assunta – di certe caratteristiche loro inerenti).

Esemplifichiamo: se la società Alfa prende in locazione un immobile per installarvi un ristorante ed esso è collocato in una via molto frequentata da turisti, perché di passaggio pedonale, e questo elemento di per sé influisce (com'è normale in situazioni analoghe) sul prezzo, aumentandolo in modo apprezzabile, si dovrà ritenere che la posizione dell'immobile sia assurda a elemento di rilievo causale. Conseguentemente, si dirà che il contratto mira ad attribuire il “godimento di un certo immobile, *prospiciente a una via di passaggio*, per installarvi un ristorante”⁵⁹: il godimento dell'immobile prospiciente alla via di passaggio è il vantaggio primario (in parte ricalcato su quello tipico, in parte visto in concreto) e l'installazione del ristorante è il vantaggio secondario.

E vi è di più: se si vuol dare per buono questo concetto di scopo, occorre ammettere che esso possa venire meno non solo integralmente, ma anche solo parzialmente.

A dire il vero, la dottrina solitamente si sofferma unicamente sulla caduta integrale dello scopo (identificandolo, ad esempio, nell'ipotesi della regata storica che viene annullata)⁶⁰: tuttavia, ciò non esclude affatto l'eventualità che lo scopo sia solo in parte caduto. Tornando all'esempio del ristorante che affaccia su una strada di passaggio, l'apertura di un cantiere sulla strada, cui segue una deviazione del flusso turistico su un'altra via, evidentemente perturba lo scopo: non interamente (dopotutto, il locale resta raggiungibile), ma parzialmente (diminuisce senz'altro il numero di persone che vi passano davanti e che, proprio in ragione di questo, decidono di fermarsi a pranzare o cenare).

E, tra l'altro, l'idea stessa che nelle ipotesi di caduta dei vantaggi secondari lo scopo venga meno integralmente può far sorgere qualche dubbio: a ben vedere, in casi del genere è difficile sostenere che lo scopo sia davvero in tutto e per tutto irrealizzabile (almeno una parte resta, di regola, perseguibile): e pure gli indici positivi sembrano attestare che in queste ipotesi lo scopo sia, giuridicamente, solo parzialmente perturbato. Ma di questo ci occuperemo meglio nel prossimo paragrafo⁶¹.

⁵⁹ Ma l'esempio sarebbe ancora più emblematico se ci si riferisse alla locazione di un immobile adibito a ristorante e adiacente a una strada statale, di collegamento tra due valli montane, che venisse chiusa per una frana per un anno e fosse sostituita, quale arteria di collegamento tra le valli, da un'altra strada statale limitrofa (con il risultato di impedire l'accesso al ristorante, se non per mezzo di un percorso assai accidentato). L'esempio è ancora più emblematico poiché è ovvio che, in casi del genere, il canone di locazione risente in tutto e per tutto dal transito degli autoveicoli (il ristorante, infatti, esiste solo e soltanto per chi transita sulla strada). E, volendo spingere fino all'estremo questa esemplificazione, si potrebbe fare il caso di un'area di servizio sita accanto a un'autostrada.

⁶⁰ Ma v. M. AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 448 ss.

⁶¹ Si potrebbe però sin d'ora replicare che un venir meno parziale dello scopo non intercetta l'area della causa: la quale, quando manca, difetta per intero (artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c.). L'osservazione è corretta, ma riguarda non tanto la definizione della categoria, quanto

B) Le considerazioni svolte ci portano a considerare il secondo tema: ossia, quando si presenti effettivamente una perturbazione dello scopo.

A tal riguardo possono elaborarsi una serie di criteri: il primo dei quali – senz'altro il più importante – è ovviamente rappresentato dall'esatta individuazione, in concreto, dello scopo giuridicamente rilevante: ossia, di tutte quelle ragioni che consentono, oltre a individuare il vantaggio tipico, di ritenere giuridicamente rilevante una sua specificazione (come vantaggio primario identificato in concreto o come vantaggio secondario).

Nell'esempio della locazione volta a ottenere “il godimento di un immobile, prospiciente a una via di passaggio, per installarvi un ristorante”, lo scopo è da un lato quello tipico di una locazione, da un altro lato quello concreto (rilevante a livello di finalità secondaria *ex art. 1575, n. 2, c.c. – “per installarvi un ristorante”* – e pure di colorazione della finalità primaria – “*prospiciente a una via di passaggio*”). Ma sulla base di quali parametri è possibile ricostruire un simile scopo?

Anzitutto, appare necessario guardare alla causa del tipo contrattuale (legale o sociale), a sua volta da ricostruire all'interno della trama ordinamentale dei contratti tipici⁶². Essa fornisce un primo schema, generico, da riempire poi in concreto.

Quanto agli altri aspetti dell'operazione economico-giuridica (cui solitamente ci si riferisce con l'espressione “causa concreta” e che, come abbiamo visto, comprendono tanto i connotati dei vantaggi primari, quanto i vantaggi secondari), dobbiamo distinguere due diversi piani⁶³:

- i vantaggi secondari corrispondono a motivi unici determinanti, che costituiscono la ragione specifica per cui un certo contratto viene concluso (a seconda dei casi, potranno esserci più motivi unici determinanti, da perseguire separatamente, oppure più motivi unici determinanti, tra loro alternativi). Essi diventano rilevanti, di regola, quando hanno inciso sul prezzo (non sul prezzo di mercato, ma sul prezzo che altrimenti le parti avrebbero deciso; nondimeno, per darne la prova, solitamente – basandosi sull'*id quod plerumque accidit* – si abbrevia il discorso confrontando il prezzo concordato

quella del rimedio: una volta ricostruito lo scopo – in forza anche di dati positivi, come torneremo a vedere – nel modo ampio che si è detto, è giocoforza cercare nel sistema un rimedio differente (o una serie di differenti rimedi) per la sua perturbazione parziale.

⁶² Per il caso di mancanza di un tipo legale, v. sopra, nt. 56.

⁶³ In ogni contratto dovrebbe distinguersi una pluralità di piani, corrispondenti anzitutto agli interessi che il contratto mira a perseguire e, poi, a quelli che effettivamente può perseguire. Tutto ciò vale anche, a ben vedere, dal punto di vista genetico: la discrasia dei due piani provoca ora l'attivabilità di un rimedio demolitorio, ora l'esperibilità di un rimedio manutentivo, quando non vi supplisce una garanzia. Può peraltro avvenire che una delle due parti sia responsabile per l'errore (ad esempio, perché avrebbe dovuto informarsi per informare o perché essendo informata avrebbe dovuto rivelare la realtà): nel qual caso la tutela passa attraverso i rimedi previsti per l'errore causato (fermo restando che, ove non se ne riesca a dare prova, resteranno fermi i rimedi per l'errore comune, trattandosi altrimenti proprio di un errore comune). Ipotesi differente è quella dell'errore spontaneo, in cui il contraente non si rende conto di una realtà evidente (ed evidente anche alla controparte), che per lo più non avrà assunto rilevanza causale (il che pone l'errore spontaneo ai margini del nostro discorso). I temi in parola evocano una generale revisione dei vizi del consenso, su cui v. però meglio nt. 87.

con quello di mercato)⁶⁴; inoltre, nel caso di contratti asimmetrici è sufficiente, talvolta, una dichiarazione precontrattuale da parte del contraente debole circa lo scopo specifico perseguito (che l'altra parte, vista la sua posizione, per così dire ha preso in carico⁶⁵); viceversa, nel caso di liberalità, non serve altro che la semplice enunciazione – purché formale: artt. 787 e 788 c.c. – dello scopo nell'atto⁶⁶; infine, in taluni casi il motivo (in un'accezione ampia) può corrispondere anche all'assenza di un elemento che si ignora (purché il rischio della sua mancanza non sia stato assunto dalla parte potenzialmente sfavorita)⁶⁷;

- i connotati dei vantaggi primari corrispondono a motivi altrettanto causalmente efficienti⁶⁸; in via di prima approssimazione, si tratta di qualità (in senso ampio) materiali o immateriali, che sono riferibili al bene o al servizio e che non costituiscono però oggetto di obbligazioni o garanzie. Sempre in linea generale, possiamo ritenere che – a parte le indicazioni già provenienti dal tipo contrattuale – a rendere rilevanti i motivi siano il pagamento di un particolare prezzo oppure la dichiarazione di un contraente di acquistare un bene o un servizio per un suo certo connotato e la contestuale assunzione del corrispondente rischio da parte dell'altro contraente (sempre purché la parte svantaggiata – specie se si tratta di un contraente tipicamente esperto – non

⁶⁴ Cfr. specialmente M. BESSONE, *Adempimento*, cit., 268 ss.

⁶⁵ Alcuni esempi di rilevanza di un vantaggio secondario in forza di una dichiarazione precontrattuale di parte si rinvengono nella contrattazione asimmetrica nell'ambito finanziario e assicurativo: è il caso, ad esempio, dello *swap* concluso per finalità di copertura da un'esposizione debitoria preesistente, sulla base di una richiesta o comunque di una dichiarazione del cliente (poi riprodotta, di regola, nelle premesse del contratto).

⁶⁶ Peraltro, nel caso di liberalità e in generale di contratto gratuito assume un particolare ruolo il motivo impulsivo (riferito, cioè, al tempo passato: dono per gratitudine per una certa condotta); il motivo finale, dal canto suo, può attenere a una condotta che si vuole rendere possibile (ora solo propiziandola, ora collegando la permanenza del beneficio alla sua possibilità e al suo effettivo avvenimento) o a una condotta che si vuole perseguire (pur senza disegnarvi attorno un'obbligazione).

⁶⁷ In linea generale, anche l'ignoranza può essere fonte di un errore: così V. PIETROBON, *Errore*, cit., 332 s.; in senso contrario, P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 93 ss. Si sarebbe tentati di richiamare a tal riguardo il caso opposto a quello classico di presupposizione: ossia, quello in cui si loca un balcone per un prezzo ordinario, dimenticando che si tratta del giorno della regata storica. Sennonché, in casi del genere assai difficilmente il motivo (la sua assenza) penetra nella causa: per lo più esso si risolve in una mera valutazione economica. Diverso è il discorso, invece, in una donazione compiuta a favore di un soggetto che il donante ignora essere un malvivente: qui vi è una vera e propria contraddizione tra gli interessi che si vorrebbero perseguire e quelli che, nella realtà delle cose, si possono perseguire (quantunque ci si allontani, di regola, dall'area dell'errore comune).

⁶⁸ Non a caso i tedeschi, nel riferirsi all'errore sulle qualità del bene (intese nel senso molto generale di cui si è detto), richiamano il concetto di *Motivirrtum* (v., anche per le citazioni, G. MÜLLER, *Zur Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrthums des Käufers*, in *Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag*, hrsg. von T. Baums, M. Lutter, K. Schmidt, K. Wertenbruch, Tübingen, 2006, 452). Nell'economia del contratto le qualità rilevanti sono, in fin dei conti, sempre corrispondenti a motivi altrettanto rilevanti.



debba farsi carico del corrispondente rischio, come nell'ipotesi del gallerista che vende a un privato un quadro autentico, credendolo falso)⁶⁹.

La linea di confine tra le due ipotesi non è netta: ma non è nemmeno necessario che lo sia, giacché esse si comportano come vasi comunicanti (e ben possono sussistere casi che transitano dall'una all'altra). Si può ritenere, comunque, che la qualità sia di per sé intrinseca al bene o al servizio e presenti caratteri di durevolezza e che, per converso, ciò che non è qualità possa rilevare quale motivo in senso stretto⁷⁰.

Non è però sufficiente aver individuato lo scopo per poterne rilevare una perturbazione. Vanno infatti poi considerati altri profili⁷¹, tra cui i seguenti:

- la sopravvenienza non deve rappresentare un evento imputabile alla parte che si serve della prestazione altrui: vi è, infatti, la necessità di perimetrare un'area di rischio che resta a carico della parte svantaggiata dalla sopravvenienza. Se nell'esempio di poc'anzi tutti i dipendenti della conduttrice si dimettessero e il ristorante restasse chiuso per un mese, la società *imputet sibi* (la sopravvenienza sarebbe, cioè, irrilevante). Il criterio di autoimputazione è, per vero, di latitudine variabile: e affonda anch'esso nella causa del contratto⁷²;

- la circostanza sopravvenuta non deve svolgersi al punto da ridondare in una semplice minore redditività o convenienza del contratto: non si tratterebbe,

⁶⁹ I criteri, pur declinandosi in modo parzialmente diverso rispetto a quanto indicato per il motivo in senso stretto, in realtà costituiscono emanazione di linee di tendenza in tutto e per tutto analoghe (che, semplicemente, si concretizzano in ambiti in parte differenti in modo non totalmente coincidente). Il parametro più importante è pur sempre quello del corrispettivo (e, dunque, delle qualità di regola oppure concretamente associate a un bene o a un servizio); inoltre, rileva anche l'eventuale dichiarazione precontrattuale di una parte, ove per le sue modalità (di contesto, ad esempio) si sia collegata all'assunzione di un rischio da parte dell'altro contraente.

⁷⁰ Per semplicità si è omessa di considerare la rilevanza causale della persona dei contraenti, rispetto alla quale possono ripetersi osservazioni analoghe rispetto a quelle formulate in tema di connotati dei vantaggi primari (la persona, infatti, può qualificare la prestazione verso cui si tende). Nei contratti liberali la considerazione della persona può riguardare la controparte quale destinataria della prestazione (e, così, declinare, più che lo scopo patrimoniale, l'interesse non patrimoniale che muove il disponente: ossia, l'intenzione, se del caso per una ragione particolare, di attribuire un certo vantaggio a favore di una certa persona).

⁷¹ Nel § 313 I BGB, accanto all'elemento del cambiamento sopravvenuto delle circostanze «die zur Grundlage des Vertrags geworden sind» e della «Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung» (in ragione delle quali «hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten»), il legislatore tedesco prescrive di valorizzare: a) il fatto che il cambiamento sopravvenuto sia «schwerwiegend»; b) il fatto che all'altra parte «das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann». Cfr. Th. FINKENAUER, sub § 313, cit., Rn. 58 e 76 ss.

⁷² Di regola, tutto ciò che riguarda la propria persona o la propria organizzazione appartiene alla propria sfera di rischio; parimenti, è imputabile alla parte tutto ciò che è prevenibile con uno sforzo normalmente diligente. Tuttavia, questi criteri risultano recessivi in certe ipotesi specifiche: ad esempio, ove la controparte sia tenuta a svolgere specifici controlli prima della conclusione del contratto (quanto alla perturbazione genetica) oppure (almeno stando alla giurisprudenza sul venir meno della causa turistica) ove l'inutilità derivi da problemi di salute che radicalmente impediscano di godere di un contratto volto al benessere psico-fisico.

in questo caso, di una vera e propria perturbazione dello scopo, ma solo di una disfunzione inerente a un mero motivo (la convenienza economica), di per sé sempre irrilevante. Questo avverrebbe, ad esempio, se il ristoratore dell'esempio precedente si lamentasse di un diffuso calo dei turisti nella città in cui il suo esercizio è sito⁷³;

- l'evento sopraggiunto, oltre a toccare realmente lo scopo, deve superare una soglia di apprezzabilità, nel senso che deve aver pregiudicato in modo apprezzabile l'economia dell'affare (e quindi deve aver leso in modo altrettanto minimamente apprezzabile una delle due parti), risultando altrimenti insensato – in base al principio *de minimis* – attribuire rilevanza alla sopravvenienza⁷⁴. Si pensi a un caso in cui il cantiere aperto sulla pubblica via, anziché imporre una deviazione, abbia semplicemente cagionato la copertura della facciata del ristorante;

- non dev'essere richiesta, dalla buona fede, una modifica o una riconversione dell'attività tale da diminuire o annullare il pregiudizio: infatti, se così fosse (e se la modifica o la riconversione non fossero sproporzionate), la buona fede imporrebbe un dovere di collaborazione alla parte svantaggiata, che non potrebbe scaricare il rischio della sopravvenienza per intero sulla controparte⁷⁵. Se il ristorante dell'esempio precedente potesse aprire, senza grande sforzo, una diversa entrata sulla nuova via di passaggio (perché i locali hanno anche lì un affaccio, fino a quel momento solo secondario), vi sarebbe tenuto⁷⁶;

- l'evento futuro dev'essere imprevedibile o comunque non previsto dalle parti: se, invece, fosse stato previsto, la causa ne avrebbe tenuto giocoforza conto, nel senso che ne sarebbe risultata senz'altro conformata⁷⁷. Si pensi al caso in cui l'immobile venga preso in locazione per tre mesi e si sappia già

⁷³ Ma sarebbe diverso se a dolersi della sopravvenienza fosse un hotel che, seppur non tenuto a chiudere a causa di un'emergenza sanitaria (com'è avvenuto durante la pandemia), avesse immediatamente risentito del minore afflusso di clienti interdetti nei loro spostamenti da divieti di legge o dal timore del contagio. Qui il calo di turisti sarebbe dovuto, più che a una semplice minore convenienza di un'attività, direttamente a un evento specifico, tale da sconvolgere proprio l'attività alberghiera.

⁷⁴ I costi giudiziali (e transattivi, ove si riconoscesse quale rimedio un dovere di rinegoziazione a carico della controparte) rischierebbero di superare quelli della lesione.

⁷⁵ Si tratta di un criterio elastico (che fa applicazione dei principi sottesi anche ai due commi dell'art. 1227 c.c.): la buona fede non richiederà sacrifici eccessivi e, al contempo, imporrà di guardare anche in concreto agli effetti – se specifici o generali, ossia se attinenti a un caso concreto o a tutta l'organizzazione del mercato – della sopravvenienza.

⁷⁶ È tuttavia da chiedersi se, in un caso del genere, i costi da sostenere possano essere (almeno in parte) riversati sull'altro contraente. La risposta positiva appare più convincente: dopotutto, il riferimento va a una modifica (qualitativa) della prestazione, volta a superare l'effetto della sopravvenienza.

⁷⁷ La prevedibilità (o previsione) di fatto assorbe il criterio dell'ordinarietà (come ampiamente riconosciuto dalla dottrina in tema di eccessiva onerosità, con riferimento al requisito dell'imprevedibilità posto dall'art. 1467 c.c. in apparente concorso con quello della straordinarietà: cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 953). In effetti, la prevedibilità normale (ordinarietà) finisce per essere rilevante soltanto sul piano della prova (della prevedibilità concreta).

ex ante che nei tre mesi in parola il flusso turistico subirà una forte deviazione⁷⁸.

C) Ciò detto, possiamo tornare ai casi b.1) e b.2) prima riportati (§ 2) e, con essi, alle sopravvenienze pandemiche, per applicarvi le regole di rilevanza testé individuate.

Nel caso della locazione di un ristorante, rimasto chiuso per alcune settimane durante il periodo di più stringente *lockdown*, sussistevano – di norma – tutti gli elementi per ritenere presente una sopravvenienza rilevante: l'ingresso dell'uso specifico nello scopo (ingresso del tutto normale, in ipotesi del genere, come già a suo tempo indicato); la sua diretta perturbazione; l'imprevedibilità dell'evento; la sua apprezzabilità (ossia, la sua sufficiente significatività in relazione agli interessi della parte pregiudicata). La disfunzione doveva ritenersi parziale, perché il ristorante comunque continuava a servire quanto meno da deposito di beni mobili. E, inoltre, si sarebbe dovuto verificare se, in virtù della possibilità di preparare pietanze per vendita da asporto, il ristoratore fosse tenuto a convertire in tal senso la sua attività.

Con riferimento alla stessa locazione, ma in un periodo successivo, in cui l'attività non era più proibita, ma semplicemente conformata dall'autorità pubblica (con prescrizioni inerenti, ad esempio, alla riduzione della capienza totale), si sarebbe comunque dovuta – almeno di regola – ammettere l'esistenza di una circostanza sopravvenuta rilevante. Anche qui, con perturbazione parziale dello scopo.

Effettivamente, benché numerose sentenze abbiano sbarrato la strada a ogni rimedio in casi del genere⁷⁹, altrettante hanno invece accordato strumenti di tutela al conduttore⁸⁰. Il che però sposta il discorso, e ci impone di considerare – più in generale – quale sia il rimedio migliore per ipotesi analoghe a quelle in esame.

⁷⁸ Se la locazione, invece, fosse di durata ordinaria (sei anni, prorogabili di altri sei) e le parti avessero previsto un canone di ammontare costante, ci si potrebbe chiedere se le parti abbiano tenuto conto del periodo di chiusura nel determinare il canone complessivo (per l'intera durata). Di regola la risposta sarà affermativa, salvo che non si provino circostanze particolari: si pensi al caso in cui la chiusura della strada fosse incerta oppure, da un altro punto di vista, al caso in cui le parti avessero deciso di non ridurre il canone per i mesi di interruzione del flusso turistico per paura (in realtà, infondata) di infrangere il divieto di canoni "a scaletta" tali da perseguire «surrettiziamente lo scopo di neutralizzare soltanto gli effetti della svalutazione monetaria, eludendo i limiti quantitativi posti dall'art. 32 della legge n. 392 del 1978» (Cass., 14.2.2022, n. 4445, in *dejure*), e si fossero riservate di provvedere alla predetta riduzione non appena la sopravvenienza fosse venuta a esistenza. In un caso del genere si dovrà ritenere che l'evento, pur prevedibile, sia stato concretamente trattato come evento non – già – previsto.

⁷⁹ Tale è, ad esempio, l'orientamento del Tribunale di Roma, di cui v. *ex multis*, Trib. Roma, 19.2.2021, in *onelegale*; Trib. Roma, 5.1.2022, in *Pactum*, 2022, 544 ss.; Trib. Roma, 31.5.2022, in *onelegale*.

⁸⁰ Sempre a titolo di esempio v. Trib. Roma, 27.8.2020, in *Corr. giur.*, 2021, 805 (di segno opposto a quello che sarebbe poi divenuto l'orientamento del Tribunale romano, menzionato alla nota precedente); Trib. Milano, 21.10.2020, in *Contratti*, 2021, 161; Trib. Lecce, 24.6.2021, in *Contratti*, 2022, 51. Il riferimento più importante, però, è rappresentato dalla Relazione n. 56 del Massimario della Corte di cassazione, di cui parleremo meglio oltre (nt. 98).

6. Rimedi per le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali)

Perimetrato l'ambito di rilevanza delle sopravvenienze qualitative che incidono sullo scopo, è da verificare il rimedio per esse previsto dall'ordinamento. Il che richiede di transitare per diversi snodi problematici e di suddividere corrispondentemente l'esposizione. Conviene, a mo' di premessa, ribadire che alle sopravvenienze in considerazione, che abbiamo definito "funzionali", restano estranei i casi di impossibilità sopravvenuta (i quali, pur incidendo sul perseguimento dell'economia del contratto e, dunque, corrispondendo a ipotesi di sopravvenienze "qualitative", rilevano già nell'ambito della corrispondente categoria).

A) All'apparenza pone meno interrogativi il tema della caduta integrale dello scopo, relativo all'irrealizzabilità dello scopo tipico e alla non attribuità dei vantaggi secondari, come nei classici *coronation cases* (meno interrogativi, s'intende, rispetto alla perturbazione dei connotati specifici dei vantaggi primari, la quale risulta di regola inidonea a far cadere integralmente lo scopo e non si associa in modo immediatamente evidente a uno specifico rimedio).

Del resto, l'interprete parrebbe avere a disposizione una norma espressa per le ipotesi in cui lo scopo risulti irrealizzabile da subito (non si parlerà, allora, di sopravvenienze, ma di perturbazioni genetiche): si tratta del più volte citato combinato disposto degli artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c.

Per le ipotesi di caduta successiva, la dottrina in realtà si interroga sul tipo di rimedio, dividendosi tra un'applicazione analogica dell'art. 1463 c.c. e un diritto di recesso attribuito alla parte sfavorita⁸¹. La differenza sta nel fatto che la prima via implicherebbe la risoluzione automatica del rapporto, quand'anche la parte colpita materialmente dalla sopravvenienza volesse farlo salvo; la seconda, invece, le consentirebbe di rinunciare alla tutela⁸². E, se è vero che proprio la disponibilità della tutela sembra costituire un valido argomento a favore della seconda tesi⁸³, non si può sottacere che il diritto di recesso ha bisogno, in assenza di un dato positivo, di trovare fondamento in un discorso di portata sistematica più ampia, volto a confrontarsi con gli altri rimedi previsti nella parte generale del contratto, nonché con l'intera disciplina in tema di esecuzione del rapporto stesso.

⁸¹ Esiste poi pure una terza opinione, che invoca l'applicazione (analogica) dell'art. 1467 c.c.: possiamo lasciarla da parte, giacché la distanza tra la norma (volta a gestire una sopravvenienza quantitativa) e il caso di cui stiamo parlando è sufficientemente grande, da scongiurare il ricorso all'art. 1467 c.c. (sul punto v. già R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss.).

⁸² È, come noto, la tesi di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 425, in realtà esposta con riferimento alla "vera e propria" presupposizione, dall'autore intesa come (caduta del) presupposto. È assai facile, però, esportare gli esiti al caso, molto vicino, di sopravvenienza funzionale.

⁸³ Basti notare che la stessa Cassazione, facendo uso dell'art. 1463 c.c. applicato analogicamente, si è trovata a dichiarare risolto *ipso iure* un contratto in un caso in cui l'acquirente di un bene intendeva non avvalersi del rimedio (cfr. Cass., 11.8.1990, n. 8200, cit.).



Nondimeno, proprio un simile discorso – a favore del diritto di recesso – è quello che qui s'intende svolgere, a partire da un dato spesso trascurato: mentre nel caso di irrealizzabilità dello scopo tipico non v'è dubbio che lo scopo sia integralmente caduto (con le conseguenze, assai forti, della nullità e della risoluzione *ipso iure*), in un caso come quello della locazione del balcone – e in generale, a fronte della caduta dei vantaggi secondari – per ammirare la regata storica si possono, per vero, sollevare alcune perplessità. Nelle prime ipotesi il contratto non può in alcun modo funzionare (come attestato da alcune tipizzazioni legislative: ad esempio, dalla novazione per un debito inesistente o dall'assicurazione senza rischio⁸⁴); nelle altre, una qualche utilità comunque residua: dopotutto, si può ancora godere del balcone, anche se la prestazione sembra di per sé inutile vista la finalità secondaria del contratto.

In ipotesi del genere appare opportuno sostenere che lo scopo cada solo parzialmente, per quanto specifiche esigenze di tutela, facenti perno sul fatto che l'utilità che il contratto può dare è oggettivamente minima, modulino il rimedio in modo assai particolare (rispetto a quanto avviene per altre perturbazioni parziali dello scopo).

Un simile modo di ragionare trova, a ben vedere, sostegno nel sistema positivo.

In tema di donazione l'art. 788 c.c., esattamente come l'art. 1345 c.c., prevede la nullità per illiceità del motivo unico determinante divenuto rilevante (nel primo caso, perché comune; nel secondo, perché risultante dalla donazione)⁸⁵; viceversa, l'art. 787 c.c. sancisce, in caso di errore sullo stesso motivo (e, dunque, di perturbazione genetica derivante dall'irrealizzabilità del motivo causalmente rilevante), l'annullabilità della donazione (sono i casi di irrealizzabilità del motivo che colora l'interesse non patrimoniale e porta a donare: “dono *per* gratificarti, avendomi tu salvato in un naufragio”). Seguendo la tesi qui criticata, per le (analoghe) perturbazioni genetiche dello scopo derivanti dall'impossibilità di attribuirsi i vantaggi secondari si dovrebbe, in linea generale, applicare la nullità per mancanza di causa: il che, però, contraddice il disposto dell'art. 787 c.c. Per mantenere la sua coerenza, la tesi è costretta a confinare il rilievo dell'art. 787 c.c. alla sola donazione: senonché, così facendo, non si comprende perché il legislatore abbia, in caso di donazione, diminuito il livello di tutela rispetto a quanto previsto per i contratti di scambio⁸⁶.

⁸⁴ Artt. 1234, co. 1, e 1895 c.c., cui può aggiungersi anche l'art. 1876, sulla nullità della rendita vitalizia conclusa a favore di un vitaliziato già morto al tempo del contratto.

⁸⁵ La sanzione della nullità si spiega con la natura eteronoma della previsione, volta a limitare un certo esercizio dell'autonomia privata. Cfr. M. BESSONE, *Adempimento*, cit., 229.

⁸⁶ Lo stesso, peraltro, vale con riferimento all'art. 624, co. 2, c.c., che fa riferimento all'errore sul motivo nel testamento (il quale conduce sempre all'annullabilità, se il motivo è il solo determinante e se risulta dalla scheda). Anzi, la previsione dell'annullamento è, in chiave testamentaria, apparentemente ancora più ampia, stanti alcuni elementi caratteristici del negozio di ultima volontà: a) nel testamento non vi è affidamento di una controparte, che possa lamentare una troppo estesa rilevanza del motivo; b) nel testamento va dato il maggior rilievo possibile alla volontà del *de cuius* (salva l'esigenza di conservazione); c) nel testamento non si può ipotizzare un rimedio basato sulla rinegoziazione a fronte di erro-

Evidentemente, risulta preferibile una tesi che, in caso di perturbazioni (genetiche) del vantaggio secondario integralmente venuto meno, non vi ri-colleghi mai la radicale nullità del vincolo, ma piuttosto l'annullabilità del contratto⁸⁷. Ove, poi, la perturbazione fosse sopravvenuta, si aprirebbe spa-

ri (proprio perché, nel momento in cui il negozio diventa rilevante per i terzi, manca il suo autore); d) nel testamento non v'è differenza tra errore incidente e determinante (tutti gli errori conducono all'annullamento, salvo quelli di scarsa rilevanza: v. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 193). Conseguentemente, può affermarsi che: 1) va trattato come errore sul motivo unico determinante – tale da consentire l'annullamento della disposizione – anche quello che tocca solo parzialmente una più complessa finalità secondaria, composta da una pluralità di motivi cumulatisi tra loro (Tizio lascia a Caio 100 in parte per affetto e in parte perché suppone che Caio l'abbia salvato da un naufragio), salvo che la rilevanza dell'errore non sia minima (nel qual caso il corrispondente vizio dovrebbe considerarsi privo di importanza) (per la diversa regola valevole per i contratti, comprese le donazioni, v. invece nt. 87 e nt. 91) o, all'apposto, salvo che si voglia accedere all'idea di un'interpretazione integrativa in ambito testamentario (finendo così, nella sostanza, per sostituire la disposizione parzialmente fondata su un motivo irrealizzabile con altra di portata ridotta); 2) la necessità che il motivo “risulti” dalla scheda non attiene alla sua oggettivizzazione nella causa (che avviene sulla base di un criterio prettamente soggettivo), ma intercetta piuttosto problemi di certezza e di prova. Ne deriva che la formulazione dell'art. 624, co. 2, c.c., pur prossima a quella dell'art. 787 c.c., conduce a un risultato ben diverso, incidendo in un ambito governato da principi distanti (si può, in un certo senso, parlare di un “sistema mobile” – *bewegliches System* nel senso di Wilburg – che impone interpretazioni diverse pur a fronte di disposizioni simili o finanche identiche, in virtù del diverso ambito su cui incidono).

⁸⁷ Il che consentirebbe di rinvenire nell'art. 787 c.c. una norma diretta a dettare le specifiche condizioni di rilevanza del motivo unico determinante nella donazione: e, al contempo, a indicare un rimedio, peraltro generalmente adottabile, per la perturbazione genetica del vantaggio secondario (v. sul punto la tesi, pur minoritaria, di V. PIETROBON, *L'errore*, cit., 503 ss.). La proposta in parola si congiunge con l'esigenza di una più generale revisione dei vizi del consenso, volta a riconoscere che l'errore tipicamente disciplinato dal codice è legato ai casi di errore spontaneo, e non comune, con la conseguente necessità di rinvenire, per quest'ultima figura (l'errore comune), apposite condizioni di rilevanza e appositi rimedi: le prime, ruotanti attorno a errori motivi (comprensivi di qualità e motivi in senso stretto, a loro volta entrati nella causa in base alle condizioni di rilevanza di volta in volta applicabili); i secondi, facenti perno sull'annullamento (nel solo caso, però, di errore comune sul motivo unico determinante integralmente irrealizzabile) e sull'obbligo di rinegoziazione (in tutti gli altri casi: e qui è forte il richiamo del § 313 II BGB, secondo cui l'*Anpassung* è il rimedio anche per il caso in cui si rivelino errate le «wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind»). Quanto, poi, all'errore non comune (unilaterale), sia esso spontaneo e riconoscibile, spontaneo e riconosciuto o addirittura causato dalla controparte, andrebbero riviste le condizioni di rilevanza (e in particolare quelle di essenzialità) e andrebbe ammessa una generale annullabilità (con risarcimento del danno), per il caso di errore determinante, e un rimedio risarcitorio (anche se del caso in forma specifica, da calcolare confrontando il contratto supposto e quello realmente concluso), per il caso di errore incidente. Si consenta, per un'esposizione della tesi qui richiamata, di rinviare ad A.M. GAROFALO, *Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law*, 113 ss. (ove, però, si suggeriva di adottare il rimedio della rinegoziazione per tutti i casi di errore comune: proposta in questa sede lievemente modificata, per le ragioni indicate nel testo). Qui vale la pena solo di osservare che la ricostruzione brevemente additata non va incontro alle critiche di eccessivo volontarismo (mosse ad esempio da P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 163 ss.): da un lato, il rilievo dei motivi è comunque assegnato alla ricostruzione della causa; dall'altro lato, non s'intende soggettivizzare oltremodo l'istituto dell'errore, ma solo riconoscerne il vero e proprio ambito di operatività (che è quello delle

zio per il recesso, in coerenza con la necessaria attivazione di un diritto potestativo e, inoltre, in applicazione analogica dell'ultima parte dell'art. 1464 c.c., secondo cui in mancanza di un apprezzabile interesse alla (parte di) prestazione (rimasta possibile) il creditore può recedere del contratto: d'altro canto, proprio la riconosciuta natura "parziale" della disfunzione (che solo parzialmente, come si è detto, incide sullo scopo) gioca a favore dell'applicazione di un simile rimedio.

Ovviamente, annullamento e recesso costituiscono strumenti rimediali rigidi: ma, qui, la mancanza di flessibilità è giustificata dall'obiettivo venir meno di un interesse ed è volta ad attribuire una tutela effettiva (che, nel caso dell'annullabilità, è veicolata da un'azione trascrivibile)⁸⁸. Viceversa, la nullità assoluta e la risoluzione automatica sarebbero riservate ai casi, ancor più gravi, di irrealizzabilità dello scopo tipico: casi spesso individuati positivamente dal legislatore, in cui il contratto non può affatto funzionare (e non ricorre soltanto l'esigenza di fornire una tutela forte a una delle parti).

B) Resta però da vedere – e l'interrogativo non è meno arduo di quelli sinora affrontati – quale sia il giusto rimedio⁸⁹ (il rimedio più congruo, perché al contempo proporzionato ed effettivo⁹⁰) negli altri casi di perturbazione parziale dello scopo: ossia, quelli in cui a cadere siano i connotati rilevanti dei vantaggi primari oppure, ma solo parzialmente, il vantaggio secondario⁹¹.

discrepanze tra il contratto supposto e quello realmente concluso: discrepanze che inevitabilmente si ricollegano al concetto di errore e che impongono una reazione ora mediante rimedi demolitori, ora mediante rimedi manutentivi – o sostanzialmente tali, come il risarcimento – volti a colmare proprio tali discrepanze).

⁸⁸ Il che sconsiglia di invocare per tutti questi casi la rinegoziazione (mentre in Germania è pur sempre l'*Anpassung*, salvo in caso di inesigibilità il recesso, il rimedio cui ricorrere: § 313 II BGB).

⁸⁹ Sul «giusto rimedio» cfr. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1 ss. In relazione alla pandemia v. G. PERLINGIERI, *Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 2021, 77 ss.

⁹⁰ Sul principio di effettività nel diritto dei contratti v. per tutti G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, 5 ss.

⁹¹ Il venir meno parziale della finalità secondaria può dipendere dalla pluralità di vantaggi secondari da perseguire (si tratterà, allora, di motivi tra loro autonomi – non assorbiti da un solo motivo – e, soprattutto, cumulativi e non già alternativi). Un esempio può essere tratto dal caso inglese *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* (1903) 2 K.B. 683: si tratta di un altro dei *coronation cases*, risolto però a sfavore del conduttore di un'imbarcazione, noleggiata per il «fine, contrattualmente specificato, di organizzare una gita a pagamento per passeggeri interessati ad assistere alla parata per l'incoronazione di Edward VII e ad osservare dall'acqua le navi militari radunate per rendere omaggio al nuovo sovrano» (sono parole di M. AMBROSOLI, *Presupposizione*, cit., 447, nt. 22); il caso era risolto negativamente – mancanza di *frustration* – perché lo scopo rimaneva in parte attingibile (per quanto riguarda la visita alle navi; v., sul punto, anche F. MEZZANOTTE, *Il diritto alla rinegoziazione o all'adeguamento giudiziale del contratto*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 213). In ipotesi del genere, più che rintracciare più motivi comuni unici determinanti, autonomi tra loro e corrispondenti a finalità da perseguire separatamente, possiamo ritenere che i motivi si fondano in uno solo (comune unico e determinante). Conseguentemente, il venir meno di una finalità, che non ostacola la realizzazione dell'altra, perturba solo parzialmente lo scopo (ma la parte svantaggiata dalla sopravvenienza potrà comunque esigere – ove l'equità lo consenta, in virtù della totale pre-

In effetti, con riguardo ai rimedi per la perturbazione parziale (s'intende qui: sopravvenuta) si contendono il campo due tesi: la prima propone di applicare analogicamente le norme sull'impossibilità sopravvenuta parziale, ossia l'art. 1464 c.c. (per la parzialità per così dire "materiale", che si ha quando lo scopo viene meno solo in parte, nel senso che in altra parte è attingibile) o gli artt. 1256, co. 2, e 1464 c.c. (per la parzialità per così dire "temporale", che si presenta allorché lo scopo viene meno solo per un certo periodo di tempo, tale da non coprire l'intera durata residua del contratto⁹²) oppure entrambi i gruppi di regole cumulativamente; la seconda tesi, invece, suggerisce di ricorrere a un dovere di rinegoziazione nascente, in capo alle parti, dalla buona fede.

Il dibattito in questione ha coinvolto diverse voci negli anni della pandemia proprio con riguardo al caso, di cui si è detto poc'anzi, delle locazioni commerciali.

Taluni autori⁹³ e alcune sentenze⁹⁴ hanno ritenuto che lo scopo non potesse essere perseguito solo parzialmente: sia in senso materiale (perché i locali di norma continuavano ad avere una funzione, benché minima⁹⁵), sia in senso temporale (perché le sopravvenienze avevano durata limitata rispet-

ponderanza di un vantaggio secondario – la risoluzione, anziché l'adeguamento; a sua volta, l'adeguamento porterà, a seconda dei casi, a una modifica della prestazione e/o dell'entità della controprestazione, salvo che controparte eccepisca fondatamente l'iniquità di considerarla ancora vincolata al rapporto). In altri casi è ancora più appariscente il venir meno solo parziale del motivo comune unico determinante: si pensi all'ipotesi in cui, per un cambio di programma, alla regata storica cui assistere partecipino solo un quarto delle imbarcazioni. Il vaglio dell'interprete dev'essere qui molto rigoroso: il più delle volte, per restare all'esempio, la regata storica sarà concepita come evento unitario, che non muta anche se subisce in parte un cambio di programma; viceversa, il vero e proprio mutamento (con influenza sullo scopo) richiederà una deviazione assai profonda.

⁹² Secondo diversi autori l'impossibilità temporanea nell'ambito di rapporti di durata impone l'applicazione dell'art. 1464 c.c. (v. ad esempio V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 941). A ciò si è aggiunto che, trattandosi di un'impossibilità al contempo pure parziale (rispetto all'intera durata del rapporto), dovrebbe applicarsi anche l'art. 1256, co. 2, c.c.: sicché il creditore della prestazione caratteristica potrebbe recedere ove non avesse più interesse alla prestazione (in ragione della sua natura e del titolo), mentre al debitore sarebbe consentito di invocare la risoluzione (non è chiaro se prodottasi *ipso iure* o in virtù di pronuncia giudiziale) ove, in relazione a natura e titolo dell'obbligazione, non potesse più essere ritenuto obbligato (sul punto v. F. DELFINI, sub *artt. 1463-1464*, cit., 36; S. PAGLIANTINI, sub *art. 1463*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 563 s.).

⁹³ Cfr. E. NAVARRETTA, *CoViD-19*, cit., 88, secondo la quale il temporaneo venir meno della presupposizione può essere disciplinato tramite le regole della temporanea impossibilità della prestazione: e, in particolare, gli artt. 1256, co. 2, e 1464 c.c. Altri autori fanno leva principalmente sull'art. 1464 c.c.: P. SIRENA, *L'impossibilità*, cit., 77 ss., che ipotizza l'applicazione dell'art. 1464 c.c. o l'attribuzione alla parte lesa di un diritto di recesso; in termini pure R. FORNASARI, *Sopravvenienze*, cit., 1676.

⁹⁴ In realtà, non è facile, nelle decisioni che fanno applicazione dell'art. 1464 c.c., comprendere se ciò avvenga in via diretta o in via analogica, risultando praticamente sempre presente – nell'ambito di motivazioni però talvolta sovrabbondanti – il riferimento al venir meno dell'interesse creditorio come causa di risoluzione. Cfr. ad esempio Trib. Milano, 18.5.2021, in *onelegale*, e Trib. Reggio Calabria, 29.3.2022, in *onelegale*.

⁹⁵ Gli immobili locati venivano comunque usati come deposito di beni (G. ALPA, *Note*, cit., 61) e, talvolta, per la ristorazione per asporto (E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo*, cit., 504).



to all'integralità del rapporto⁹⁶). Ne derivava: a) il diritto del conduttore a ottenere la riduzione dei canoni *ex art.* 1464 c.c.; b) il suo diritto di recedere dal rapporto (senza dover rispettare un eventuale periodo di preavviso, ove fosse venuto oggettivamente a mancare un interesse residuo del conduttore).

Altra parte della letteratura⁹⁷ e della giurisprudenza⁹⁸ hanno ragionato in modo differente, supponendo che il conduttore potesse invocare il diritto a rinegoziare il contratto, al fine di ottenerne un adeguamento. Spesso poi si è aggiunto che un simile diritto avrebbe consentito pure di domandare al giudice un adeguamento giudiziale del contratto, ove non fosse stato raggiunto un accordo con la controparte.

Le due posizioni sono state basate su ragioni opposte: la prima, sulla necessità di certezza, cui contribuirebbe l'individuazione di un rimedio scolpito espressamente nel codice (pur da applicare analogicamente e non direttamente); la seconda, invece, sull'esigenza di garantire un margine di flessibilità alle parti. Gli argomenti strutturali e funzionali adottati a favore della prima opinione, tuttavia, non convincono: e portano a preferire la seconda.

Anzitutto, manca l'*eadem ratio* tra norme sull'impossibilità sopravvenuta parziale o temporanea e ipotesi di perturbazione dello scopo, perché solo nel

⁹⁶ Ovviamente, una soluzione diversa si sarebbe imposta per le locazioni cessate, per scadenza del termine (e mancata proroga), durante l'imperversare delle sopravvenienze pandemiche. Inoltre, numerosi autori hanno distinto tra i periodi di chiusura obbligatoria delle attività e i periodi in cui esse erano solo conformate (si pensi, quanto alla ristorazione, alla riduzione di capienza delle sale) o comunque subivano un calo di clienti (dovuto alla minore libertà di spostamento). V. per tutti M. TICOZZI, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 235; F. TOSCHI VESPASIANI e D. MATERASSI, *Rinegoziazione*, cit., 55.

⁹⁷ F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *NGCC*, 2020, 80 ss. (e v. già ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss.); G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 10; V. CUFFARO, *Le locazioni*, cit., 3 ss.; A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 2020, 3.

⁹⁸ V. Trib. Roma, 27.8.2020, cit. (che, sempre ad abbondanza, fa anche riferimento – in subordine – alla logica di cui all'art. 1464 c.c.); Trib. Milano, 21.10.2020, cit. (qui, *ad abundantiam*, si cita pure l'art. 1575, n. 2, c.c.); Trib. Lecce, 24.6.2021, cit. Il riferimento più importante, però, è rappresentato dalla Relazione n. 56 del Massimario della Suprema Corte, secondo cui «ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi negoziali paiono valere *rebus sic stantibus*», stante il rilievo degli artt. 1175, 1375 c.c. e 2 Cost., giacché «la correttezza», innervata dalla solidarietà, «è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale». Si è poi aggiunto che «il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione. Impellenza, questa, che non si pone soltanto con riferimento a prestazioni concretamente interdette dalle misure di contenimento, ma anche con riguardo a quelle che si inseriscono nell'ambito di scambi contrassegnati da stagnazioni e rallentamenti gestionali o da aumenti smisurati dei costi di produzione o approvvigionamento di materie e servizi». E, inoltre, che, «qualora si ravvisi in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato, si potrebbe ipotizzare che il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica *ex art.* 2932 c.c.».



primo caso l'obbligazione può essere eseguita in parte e, dunque, ha senso ridurre automaticamente, e corrispondentemente, la controprestazione⁹⁹. Né può essere obiettato, in senso contrario, quanto si era argomentato con riguardo al recesso: lì si era proposto di applicare analogicamente la porzione di norma che gravita attorno al venire meno dell'interesse creditorio; qui, invece, a venire applicata sempre analogicamente sarebbe un'altra parte della norma e, precisamente, quella che fa perno sull'impossibilità parziale della prestazione.

In una chiave, poi, prettamente sistematica, non si può nascondere che, se la caduta parziale dello scopo non fosse sopravvenuta, ma genetica, il riferimento all'art. 1464 c.c. sarebbe senz'altro fuori luogo: per mantenere il parallelismo occorrerebbe ricorrere a una (di per sé ardua) applicazione analogica dell'impossibilità dell'oggetto, *sub specie* di impossibilità solo parziale dello stesso, con conseguente nullità parziale del contratto, soggetta alla regola (diversa rispetto a quella dell'art. 1464 c.c.) di cui all'art. 1419 c.c. A parte la complessità del percorso ermeneutico, permarrebbe un'eterogeneità di scelte rimediali – diverse in caso di perturbazioni genetiche o sopravvenute – che senz'altro stupirebbe.

A ciò si aggiunga che, funzionalmente, appare corretto, piuttosto che ingessare il rimedio attorno a un serie di effetti prestabiliti in via legislativa, lasciare che siano le parti – quali migliori arbitri della situazione concreta – a determinare la reazione del contratto alla sopravvenienza¹⁰⁰.

Del resto, le parti avevano, a monte, dettato un certo regolamento per la realizzazione di specifici interessi, facendo uso del loro potere di libertà contrattuale¹⁰¹: ammettere che l'ordinamento intervenga in modo rigido su un'area già coperta dall'autonomia privata, solo perché lo scopo è parzialmente inattuabile, costituirebbe un *vulnus* alla libertà contrattuale. Vice-

⁹⁹ Peraltro, sorge qualche dubbio circa il fatto che l'art. 1464 c.c. riesca a tenere in piena considerazione le esigenze del debitore della prestazione caratteristica: è vero che, facendo riferimento anche all'art. 1256, co. 2, c.c., egli si considererà liberato ove l'impossibilità temporanea sia di durata tale da rendere inesigibile la prestazione; tuttavia, può dubitarsi che l'inesigibilità, cui la disposizione fa riferimento, possa collegarsi anche al pregiudizio economico derivante dalla riduzione della controprestazione e non, invece, soltanto alle difficoltà derivanti dal doversi tenere pronto ad adempiere per un lungo tempo (logica, quest'ultima, che sembra quella sottesa all'art. 1256, co. 2, c.c., il quale si riferisce più a uno scambio istantaneo che a un rapporto a esecuzione continuata o periodica).

¹⁰⁰ Sia perché, in linea generale, le sopravvenienze funzionali richiedono una gestione maggiormente flessibile; sia perché in non pochi casi la diminuzione automatica della controprestazione appare essere semplicemente un rimedio sbagliato (perché non effettivo, né proporzionato). Si pensi all'ipotesi in cui la carenza sopravvenuta di utilità possa, e debba, piuttosto condurre a mutare la prestazione caratteristica (come nel caso della gita in barca di nt. 91).

¹⁰¹ Non si dica che si tratta di un'inutile preoccupazione formale: in realtà, ciò che risulta centrale è la necessità di lasciare che siano le parti, quali migliori giudici dei loro interessi, a rendere di nuovo acconcio agli stessi il regolamento contrattuale. Come vedremo, la rinegoziazione prevede binari esterni, che il giudice può individuare: ma al suo interno sono le parti a far valere le reciproche esigenze (anche soggettive e idiosincratice, purché giustificate e comprovate) nella ricerca costruttiva di un nuovo punto di equilibrio.

versa, sembra, se non indispensabile, almeno assai opportuno riservare all'autonomia delle parti un'area già occupata dalla stessa¹⁰².

Né in senso contrario si può addurre che ciò aumenterebbe il contenzioso: l'eventualità di una lite si pone anche se la tutela è somministrata attraverso una modifica contrattuale automaticamente e rigidamente prevista dall'ordinamento; anzi, la tesi dell'obbligo di rinegoziazione può contribuire a ridurre il ricorso agli strumenti di tutela giurisdizionale, rendendo inevitabili un incontro e una discussione tra le parti.

Infine, vale la pena di accennare pure a eventuali ricadute sistematiche della legislazione pandemica, onde verificare se le stesse confortino, o al contrario confutino, le tesi sinora argomentate.

A tal riguardo vanno menzionate soprattutto quelle norme che, durante l'emergenza sanitaria, hanno disposto un'automatica modifica nel contenuto di alcuni contratti, in modo abbastanza simile a quanto previsto dalle norme in tema di impossibilità sopravvenuta. In tema di locazioni commerciali sovviene, ad esempio, l'art. 216, co. 3, d.l. n. 34/2020, conv. in l. n. 77/2020, il quale, a proposito delle locazioni di immobili di proprietà privata adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà privata, ha previsto il diritto del conduttore di ottenere, per i cinque mesi da marzo a luglio 2020, una riduzione del canone, presuntivamente pari al 50% del corrispettivo contrattuale¹⁰³.

Da queste norme non è possibile trarre alcuna valida critica all'opinione poc'anzi esposta.

Non è difficile avvedersi della portata assai limitata della disposizione, il cui tenore peraltro è tanto asistemático, da non poter costituire argomento a favore di qualsivoglia tesi¹⁰⁴. Viceversa, l'intervento del legislatore si spiega alla luce delle particolarità della caduta (pandemica) dello scopo negoziale, coinvolgente quella che i tedeschi chiamano *große Geschäftsgrundlage* (ossia, un insieme di presupposti e circostanze comuni a una molteplicità di contratti): con la conseguenza che, per assicurare una tutela veloce, semplice

¹⁰² Assai diverso, si ripete, è quanto avviene in caso di impossibilità sopravvenuta: ove l'impossibilità, totale o parziale, dell'obbligazione, nella sua rigidità, impone necessariamente l'esonero del debitore e quindi consente una reazione predeterminata fondata sul controesonero dell'altra parte. Viceversa, nelle ipotesi di perturbazione dello scopo, di per sé molto più variegata e tali da implicare un trattamento flessibile, si richiede gioco forza di ridare la parola alle parti.

¹⁰³ «La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23.2.2020, n. 6, e 25.3.2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locativo che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito». Su questa previsione v., tra gli altri e con diversità di accenti, G. D'AMICO, *Emergenza*, cit., 1957 ss., e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali*, cit., 700.

¹⁰⁴ La previsione richiamava, in apertura, gli artt. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c., in modo a dir poco raffazzonato.

e certa, il legislatore ha adottato una disposizione, fondata anche su ragioni eteronome¹⁰⁵, che evidentemente ha derogato al regime generale e ordinario in tema di rimedi per le disfunzioni parziali dello scopo (e vi ha derogato in una misura che si dirà più o meno intensa, a seconda della tesi cui si voglia accedere circa i rimedi in parola¹⁰⁶)¹⁰⁷.

7. A proposito dell'obbligo di rinegoziazione: il suo fondamento...

La preferenza per il dovere di rinegoziazione ci impone però di considerare le diffuse critiche avanzate nei confronti di questo rimedio, di cui è dubbio sia il fondamento, sia il funzionamento (specialmente nel caso di sua violazione). Il che è utile anche per meglio delinearne la natura e tratteggiare il meccanismo di tutela che esso appresta (e, soprattutto, che è apprestato per la sua violazione o comunque per il mancato adeguamento pattizio dell'accordo perturbato nel suo scopo).

Con riguardo al fondamento, non pochi autori – e anche diverse sentenze, relative al contenzioso derivante dalle sopravvenienze pandemiche¹⁰⁸ – hanno sostenuto che, in mancanza di una base positiva espressa, un tale dovere non possa avere cittadinanza nel sistema (salvo il caso in cui, in concreto, il

¹⁰⁵ Si tratta dell'esigenza di certezza, perseguita standardizzando il regime e, cioè, rendendolo uniforme per tutta una serie di rapporti (ciò che era possibile, peraltro, anche grazie alla tendenziale omogeneità delle situazioni considerate dalla norma speciale), nonché della necessità di tutelare in modo particolarmente intenso, anche a scapito delle controparti, i conduttori in un settore particolarmente importante a livello sociale (necessità realizzata adottando una presunzione – di rilevanza della sopravvenienza – che in qualche modo mirava a socializzare certe perdite). Va poi pure considerata l'intenzione di predisporre, sempre per finalità di tutela, un rimedio rigido e predeterminato, a costo di trascurare le peculiarità della singola situazione concreta: il che era volto a soddisfare esigenze di rapidità e semplicità e si giustificava, oltre che alla luce della predetta omogeneità delle situazioni considerate, in virtù della preferenza per la velocità rispetto alla flessibilità.

¹⁰⁶ Sopravvenienze incidenti su una serie ampia di rapporti richiedono spesso interventi eteronomi, volti al sostegno di settori dell'economia (e a una socializzazione delle spese). Nel caso di specie, seguendo la tesi dell'applicazione analogica delle norme sull'impossibilità sopravvenuta, la deroga al diritto comune si sarebbe dovuta rinvenire nella presunzione che accompagnava la riduzione del canone; viceversa, seguendo la tesi della rinegoziazione, si sarebbe rintracciata anche nell'automatica riduzione del corrispettivo (che, peraltro, non è chiaro se avvenisse *ipso iure* o tramite l'esercizio di un diritto potestativo del conduttore).

¹⁰⁷ In questa prospettiva va riletta pure un'altra norma, la quale peraltro, per il suo grado di dettaglio e per la sua asistematicità, poco o nulla aggiunge al nostro discorso. Il riferimento va all'art. 6 *novies*, , d.l. n. 41/2021, conv. in l. n. 69/2021 (per come sostituito dall'art. 4 *bis*, co. 1, d.l. n. 73/2021, conv. in l. n. 106/2021), il quale ha previsto un "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali". Comunque la si voglia intendere, è chiaro che la norma si giustificava in virtù delle peculiarità delle sopravvenienze pandemiche, le quali, incidendo sulla cd. *große Geschäftsgrundlage* e, quindi, toccando contemporaneamente una vastissima serie di rapporti, hanno richiesto un intervento formalizzante, per esigenze, da un lato, di semplificazione e di uniformità di trattamento e, da un altro lato, di socializzazione delle perdite.

¹⁰⁸ V., ad esempio, Trib. Milano, 24.7.2020, in *NGCC*, 2021, 137; Trib. Roma, 9.9.2020, cit.; Trib. Roma, 16.12.2020, in *onelegale*; Trib. Roma, 15.1.2021, in *onelegale*; App. Milano, 20.12.2022, n. 3951, in *dejure*.



dovere trovi fonte in un'apposita clausola contrattuale)¹⁰⁹. La buona fede *in executivis* sarebbe, infatti, un appiglio troppo debole per fondarvi un obbligo così penetrante: se essa può giustificare, e imporre, un sacrificio minimo di una parte, volto a procurare un sensibile vantaggio alla sua controparte, non potrebbe invece condurre addirittura alla perdita di un diritto o di una parte di un diritto in forza di talune sopravvenienze, per quanto significative.

Questa critica, in realtà, non persuade: essa trascura di considerare che, allorché si sostiene che la buona fede è fonte dell'obbligo di rinegoziazione, non si intende evocare una buona fede con funzione fortemente solidaristica, volta a modificare in direzione per l'appunto solidaristica il regime dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto: s'intende, piuttosto, la buona fede quale criterio per consentire il pieno svolgimento del contratto visto come assetto di interessi¹¹⁰. La buona fede, in questa veste¹¹¹, mantiene il ruolo storicamente assunto dall'*oportere ex fide bona* romanistico¹¹², il quale viene oggi in parte cristallizzato dal diritto dispositivo e in altra parte, invece, rimesso proprio alla buona fede in funzione integrativa. Il riferimento va allo svolgimento dell'assetto di interessi (al suo *Zuendedenken*): a quella che in Germania prende il nome di interpretazione integrativa (*ergänzende Auslegung*), che non a caso è ritenuta da diversi autori il fondamento della disciplina in tema di *Störung der Geschäftsgrundlage* (la quale ne rappresenterebbe un «*kodifizierter Fall*»)¹¹³.

¹⁰⁹ In dottrina, contrari all'obbligo di rinegoziazione *de iure condito* ad esempio A. GENTILI, *Una proposta*, cit., 3 ss., e G. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1974.

¹¹⁰ Cfr. ad esempio F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 351 ss.; G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 176. Viceversa, rinviengono nell'equità la fonte dell'obbligo di rinegoziare R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1709 (ma utilizzando l'equità in un senso assai simile a quello che si è attribuito alla buona fede *in executivis*, come parametro per lo svolgimento del patto), nonché G. SICCHIERO, *Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 2317; ID., *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, *ivi*, 2436; ID., *L'equità correttiva*, in *Contr. impr.*, 2021, 1184 ss., seguito in giurisprudenza da Trib. Treviso, 21.12.2020, in *Giur. it.*, 2021, 589.

¹¹¹ Su questo duplice ruolo della buona fede (ora volto semplicemente a “svolgere”, ora invece anche a caricare di “solidarismo” certe interpretazioni e ricostruzioni) si consenta di rinviare, anche per le necessarie citazioni, ad A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in *NGCC*, 2018, 575 ss.

¹¹² Il contratto moderno è di buona fede, nel senso che discende da quelli romani di buona fede, la cui formula faceva perno sull'*oportere ex fide bona* (C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 44; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 548, nt. 1).

¹¹³ Come nota Th. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung bei Individualabreden*, in *AcP*, 2013, 643 ss., nonostante i tentativi della giurisprudenza tedesca di tracciare una linea distintiva tra i due istituti (dando prevalenza al primo sul secondo), è risultato assai difficile individuare questo confine: e la ragione sta semplicemente nel fatto che la disciplina della *Störung* poggia proprio sulla *ratio* dell'interpretazione integrativa, sia storicamente, sia funzionalmente, come peraltro osservato da numerosi studiosi (*ivi*, nt. 142).

In altri termini, va ammesso che la stessa causa del contratto (intesa nella sua prima accezione, come *Interessenlage*¹¹⁴) faccia emergere – in via di “svolgimento” della stessa – una regola particolare, ove lo scopo del contratto risulti inattuabile. Questa regola, da un lato, nasce da una lacuna (l'assenza di una previsione espressa relativa a simili circostanze); da un altro lato, è volta a ricucire una discrepanza (quella divergenza apertasi tra regolamento contrattuale e scopo effettivamente perseguibile¹¹⁵)¹¹⁶. Poiché, poi, è la buona fede lo strumento tecnico di cui l'ordinamento si serve per lo svolgimento dell'assetto di interessi, è corretto sostenere che l'obbligo di rinegoziazione sorga *ex fide bona*.

Tali considerazioni ci permettono, inoltre, di individuare proprio nella buona fede non solo la base, ma anche il criterio per l'adattamento del contratto cui le parti devono provvedere. Lo svolgimento dell'accordo impone di chiamare le parti alla rinegoziazione del patto (alla sua sistemazione, al fine di renderlo acconcio, nelle sue regole specifiche, allo scenario sopravvenuto); al contempo, richiede pure di chiamare le parti a una *specific* rinegoziazione dell'accordo (volta a gestire una certa sopravvenienza e, dunque, perimetrata negli esiti di adeguamento o di risoluzione ammissibili). Il riempimento della lacuna e il riassetto del disallineamento non riguarda solo l'assenza della regola di gestione delle sopravvenienze, ma pure la mancanza di una regola per la gestione di quella specifica sopravvenienza: l'ordinamento supplisce, in via di interpretazione integrativa, a entrambe le lacune in un solo momento, creando un obbligo di rinegoziazione – un obbligo di svolgere una trattativa, di cui meglio diremo – disegnanogli alcuni limiti esterni.

In effetti, non vi è alcuna contraddizione nel ritenere che la buona fede sia tanto fonte, quanto parametro dell'obbligo: nel momento in cui sorge, l'obbligo apre alcuni scenari di adeguamento alle parti, così confinandone la discrezionalità; i limiti esterni che le parti incontrano, a loro volta, derivano proprio dalla buona fede, perché perimetrano tutta quella serie di possibilità di adeguamento che costituiscono un ammissibile riassetto del con-

¹¹⁴ E ricostruita – qui lo si deve ammettere – secondo una scelta politica non eccessivamente formalistica.

¹¹⁵ Questa divergenza deriva da un'inadeguatezza del regolamento contrattuale rispetto alla realtà esistente, che richiede di “riassettarlo”, onde renderlo (nuovamente) acconcio. Il fatto è che il regolamento era di per sé congruo rispetto allo scopo programmato, ma non lo è rispetto a quello effettivamente perseguibile.

¹¹⁶ Dopotutto, anche le regole – già discusse – previste per la caduta integrale dello scopo tipico o per la caduta parziale, in caso di integrale non perseguibilità della finalità secondaria, sono emanazione della stessa *ratio*: con la particolarità che in quelle ipotesi, rispettivamente, è prevista la nullità o la risoluzione *ipso iure* (rimedi caducatori, volti a difendere l'autonomia da se stessa: da un suo uso totalmente incongruo) e l'annullabilità o il recesso (rimedi altrettanto caducatori, per tutelare pienamente la parte di fronte a un venir meno della sostanziale utilità recata dal contratto). Tali regole, in effetto, mirano a reagire alla discrepanza tra scopo programmato, scopo perseguibile e regolamento contrattuale, riempiendo il divario – non gestito mediante una clausola pattizia – per mezzo di un effetto giuridico specifico (lì, però, per l'appunto caducatorio).



tratto perturbato nello scopo (un novero senz'altro ampio di possibilità, rimesso alla discrezionalità pattizia, ma certo non infinito¹¹⁷).

Il tema aperto sollecita ulteriori riflessioni, che a loro volta costituiscono corollario di un unico principio: se la buona fede integrativa è criterio, come si è detto, “esterno” dell’obbligo di rinegoziazione, ciò non toglie che sussistono pure ulteriori parametri che indicano come adempiere un simile obbligo e che, volendo distinguere, potremmo definire “interni”¹¹⁸.

Il primo di questi parametri opera prima ancora che le parti inizino la trattativa cui sono chiamate e va rinvenuto nell’equità. Dopotutto, il sistema del diritto dei contratti fa perno sull’equità tutte le volte in cui sussiste una lacuna “quantitativa”¹¹⁹ che il giudice deve riempire: una lacuna, cioè, per il cui riempimento risultino assenti parametri qualitativi. Conseguentemente, è inevitabile ritenere che, nell’ambito del perimetro esterno tracciato dalla buona fede *in executivis*, ossia all’interno di un ambito in cui i criteri qualitativi non si possono spingere, debba riservarsi uno spazio all’equità.

A sua volta, ciò impone di tenere in considerazione il fatto che la lacuna rispetto a cui l’equità è chiamata operare è assai particolare, intervenendo in un’area che, come si è detto, è coperta da una sorta di riserva di competenza privata: il che porta a escludere che tramite l’equità si possa determinare, in modo dettagliato, il contenuto dell’accordo che le parti dovranno sottoscrivere. Il fatto che l’equità non possa individuare con esattezza il contenuto dell’accordo rinegoziatorio non esclude però che le si debba riservare un ruolo come principio volto a guidare l’attività di rinegoziazione: del resto, se così non fosse, si rischierebbe di giungere a esiti fortemente iniqui, proprio perché la buona fede è regola unicamente qualitativa e non tiene conto della potenziale ingiustizia di certi scenari rinegoziatori.

All’equità va, dunque, attribuito il ruolo di tratteggiare alcune direttive di massima interne al perimetro disegnato dalla buona fede (così escludendo

¹¹⁷ La rinegoziazione è caratterizzata dunque da una notevole, ma non infinita, flessibilità, essendo ovvio il necessario rispetto di una serie di limiti.

¹¹⁸ Il rispetto di questi parametri assume un duplice ruolo: a) per le parti, si tratta di distinguere l’accordo in cui esita la rinegoziazione da fenomeni vicini (ad esempio, transazioni o anche semplici accordi modificativi; sulla distinzione tra rinegoziazione e transazione v. di recente A.A. DOLMETTA, *Il problema*, cit., 5, nt. 9); b) per il giudice, invece, di individuare i limiti del suo intervento in caso di violazione dell’obbligo di rinegoziare (intervento sul quale ci soffermeremo nel prossimo paragrafo). Va evidenziato come le parti, allorché intendano rinegoziare, siano chiamate ad accertare discrezionalmente non solo il contenuto dell’accordo di rinegoziazione, ma anche l’*an* dell’obbligo e il suo perimetro: accertamento assai simile a quello contenuto ad esempio in un accordo di liquidazione, che non è pienamente libero nei suoi estremi, ma che può comunque spaziare in un’area abbastanza ampia di discrezionalità (con la conseguenza che le parti godranno, anche rispetto a questo profilo, di una certa libertà).

¹¹⁹ Secondo una nota, e condivisibile, tesi (L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, § 25), l’equità non «si traduce in un giudizio di tipo qualitativo, bensì quantitativo e, non di rado, unilaterale, come nei casi in cui uno solo è l’interesse del quale si deve tener conto». Questo carattere “quantitativo” dell’equità, ben visibile in norme come quelle degli artt. 1526 e 1660 c.c., ma anche 1467 e 1468 c.c., sembra attenere al fatto che l’equità si muove entro il perimetro dettato da altre regole (tra cui anche quelle di buona fede), in un’area ad alto tasso di discrezionalità (non di rado economica), inaccessibile ad altri parametri (in quanto poco acconci).

risultati palesemente iniqui e, però, al contempo non eliminando la riserva di competenza pattizia). Una simile guida, che corrisponde a una serie di limiti interni derivanti dall'equità, si sviluppa lungo diverse linee:

1) dal lato del debitore della prestazione pecuniaria (solitamente parte svantaggiata dalla sopravvenienza funzionale):

- 1.a) ove manchi – per una qualsiasi ragione – un detrimento dovuto alla perturbazione dello scopo, non sorge il dovere di rinegoziare (e, inoltre, ove il detrimento non corrisponda a quello normalmente derivante dalla perturbazione dello scopo, l'adeguamento dovrà tenere conto dell'effettivo pregiudizio). Ad esempio, se il solito ristorante sito su una via di passaggio turistico non risentisse in nulla del calo del flusso di turisti dovuto alla chiusura della via (magari perché, nonostante la sua posizione lungo la via di transito avesse originariamente influito sulla misura del canone e fosse quindi entrata nella causa del contratto, il gestore del ristorante aveva già, nel tempo immediatamente successivo all'inizio della locazione, riorientato la sua attività non sui servizi ristorativi per turisti, ma su una cucina *gourmet* molto ricercata, tanto da venire premiato con una stella Michelin), si deve ritenere che non potrebbe domandarsi alcun adeguamento: non perché lo scopo, nella sua oggettività, non sia perturbato, ma perché soggettivamente non si subisce alcun pregiudizio (fattore, questo, che incide equitativamente sul contenuto dell'accordo di adeguamento);

2) dal lato del debitore della prestazione caratteristica (solitamente parte non toccata dalla sopravvenienza funzionale, di cui deve però subire giuridicamente il peso):

- 2.a) ove l'adeguamento del contratto risulti insostenibile per la controparte (che sopporta il rischio della sopravvenienza, pur non venendone materialmente toccata), si deve giungere alla risoluzione dal vincolo contrattuale¹²⁰ e, così, alla conclusione di un accordo risolutorio, anziché di adeguamento¹²¹. Ad esempio: se, nel caso già più volte discusso, il locatore provasse

¹²⁰ Così rendendo demolitorio il rimedio: ne deriva che il rimedio fondato sulla rinegoziazione è solo *normalmente* manutentivo. Del resto, anche il § 313 III BGB (secondo il quale «ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung») esprime un'esigenza analoga (seppur con una differenza rispetto all'ordinamento italiano: chi ammetta che in Italia la rinegoziazione sia l'oggetto di un vero e proprio obbligo deve pure ritenere che la risoluzione avvenga sulla base di un accordo risolutorio e non già in virtù dell'esercizio di un diritto potestativo, sia esso un recesso o una disdetta). Sulla norma tedesca v. Th. FINKENAUER, sub § 313, cit., Rn. 110 ss. Quanto al recente art. 1195 Code civil, che rimette al giudice la scelta tra adeguamento e risoluzione («le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe»), cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016, p. 413, specialmente con riferimento ad alcuni dubbi che la previsione solleva (ad esempio, non è chiaro fino a che punto il giudice sia libero di scegliere tra adeguamento e risoluzione e se serva una domanda per ciascun provvedimento oppure se la domanda da formularsi in giudizio sia sempre e comunque unica).

¹²¹ L'insostenibilità non deriva semplicemente dal fatto che questa parte, sciolto il contratto, potrebbe concluderne un altro più conveniente (pur dovendo sopportare evidenti costi transattivi): serve che l'adeguamento sia fortemente svantaggioso. Ove non si inserisse questa precisazione, si renderebbe assai facile per la parte che sopporta il rischio giuridico della

che, attribuendo il godimento dei locali adibiti a ristorante prettamente per turisti a uno *chef* stellato incasserebbe un canone non ridotto, non potrebbe pretendere di sciogliersi dal contratto e dovrebbe semplicemente subirne l'adeguamento; se, però, egli provasse che la diminuzione del canone cui andrebbe incontro in forza dell'adeguamento durerebbe per un tempo assai lungo e sarebbe sproporzionata (a fronte di costi transattivi, per reperire l'altro contraente, ridotti o comunque assai più bassi), la parte svantaggiata non potrebbe che insistere per lo scioglimento del contratto;

- 2.b) qualora la sopravvenienza renda qualitativamente inadeguata la prestazione caratteristica e, conseguentemente, la parte lesa ne chieda una modifica, non possono ammettersi scenari rinegoziatori che contemplino modifiche esagerate, quand'anche *ex fide bona* ragionevoli. Ad esempio: se, nel solito caso, il conduttore chiedesse di stravolgere i locali (idonei per un bar per turisti, ma non per un ristorante *gourmet*), ristrutturandoli al fine di consentire l'installazione di un'attività parzialmente diversa, e tale ristrutturazione fosse assai costosa, non si potrebbe ritenere il locatore tenuto a considerare questa proposta di adeguamento del contratto, che evidentemente supererebbe i limiti di quanto è equo pretendere¹²².

Accanto all'equità vi è, poi, un altro parametro interno da considerare: ed è fornito, ancora una volta, dalla buona fede, in un ruolo però differente da quello prima esaminato. Si tratta, per la precisione, di un parametro che a differenza degli altri due è dinamico e non statico; come l'equità, opera internamente, selezionando solo alcuni tra tutti gli esiti rinegoziatori ammessi *ex fide bona*.

L'obbligo di rinegoziazione impone alle parti di condurre una trattativa: una trattativa, però, assai peculiare, perché vincolata nel risultato (che deve consistere in un accordo: di adeguamento o di risoluzione, a seconda dei casi). Si tratta, cioè, non solo di una trattativa necessaria, ma anche di una trattativa che obbligatoriamente deve condurre a un accordo finale.

Da ciò deriva che il generale dovere di buona fede *in contrahendo* assume qui (quale dovere di buona fede *in recontrahendo*¹²³) un volto peculiare, imponendo non solo di non ledere gli affidamenti prodotti o, a monte, di non produrre affidamenti inutili o addirittura controproducenti, ma anche di collaborare costruttivamente verso la conclusione dell'accordo di rinegoziazione¹²⁴. Conseguentemente, come in ogni negoziazione, il criterio da seguire

sopravvenienza andare di fatto indenne dalle conseguenze negative della sopravvenienza stessa, a tutto pregiudizio della parte che invece non sopporta il rischio e che va per ciò stesso tutelata (specialmente se ha compiuto investimenti in ragione dell'esistenza del contratto e in vista della sua permanenza). L'equità, pure in questa prospettiva, deve provvedere a un bilanciamento che tenga conto anche delle esigenze della parte svantaggiata.

¹²² Ovviamente le parti possono prevedere che il locatore si faccia carico di questi costi: ma, ove essi siano irragionevolmente alti, si supererà il limite dell'equità e, dunque, non si potrà qualificare l'accordo concluso come rinegoziatorio (sicché si tratterà, piuttosto, di una modifica della precedente pattuizione o di una transazione).

¹²³ È il neologismo di F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 401.

¹²⁴ Si dirà che è illusorio costruire un obbligo di negoziare che assicuri la conclusione di un accordo. Ma, come riferisce F. MEZZANOTTE, *Il diritto*, cit., 222, ciò è già stato sperimentato in alcuni settori economico-giuridici, con successo (il riferimento va lì «al caso dei mercati presidiati da tecnologie essenziali, nei quali la disciplina pro-concorrenziale ha elaborata

nel corso della stessa sarà la buona fede; tuttavia, poiché questa trattativa è volta a un risultato (l'accordo finale), e dunque impone, in positivo, di raggiungere un accordo, la buona fede assumerà un'intensità particolare, escludendo – via via che la negoziazione prosegue – la congruità di alcune ipotesi di adeguamento.

Ne deriva ad esempio che, a fronte di una proposta avanzata dalla parte svantaggiata, l'altra parte potrà sempre – nell'ambito della discrezionalità delimitata dall'esterno (*ex fide bona*) e dall'interno (equitativamente) – formulare un'altra proposta; al contempo, però, dovrà tenere in debito conto gli elementi (anche soggettivi e idiosincratici) che la prima proposta veicola e sottende. Il che vuol dire: l'altra parte potrà legittimamente far valere le sue istanze (anche solo di convenienza), ma dovrà anche, a fronte di esigenze di rilievo della parte proponente, avvicinarsi alla sua posizione (così come dovrà poi fare anche la controparte).

Questi criteri, valevoli tanto da un punto di vista qualitativo che quantitativo, si traducono nella necessità di privilegiare le proposte che avvantaggiano molto una parte e pregiudicano poco l'altra parte, garantendo però al tempo stesso che non si finisca per trascurare uno dei due contraenti (e che, dunque, si cerchi un bilanciamento salomonico dei rispettivi interessi, ove non siano particolarmente incisive e penetranti le esigenze fatte valere dall'una o dall'altra parte)¹²⁵.

A ciò si associa, poi, un ulteriore elemento: il semplice fatto che si sta svolgendo una trattativa impedisce di tornare sui propri passi (salvo giustificato motivo) e, dunque, limita gli scenari possibili, così perimetrando anche sotto questo punto di vista la discrezionalità dei rinegozianti. Di conseguen-

to una tutela per le imprese interessate ad accedervi, gravando il titolare dei diritti di privativa sui brevetti-presupposto dell'obbligo di negoziarne la licenza con i *newcomers* a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie»).

¹²⁵ Esemplicando: in un caso in cui la parte svantaggiata dalla sopravvenienza ha a disposizione (perché rientranti nei limiti esterni e interni) sia la richiesta di adeguamento, sia quella di risoluzione (situazione che non si può escludere *ex ante*, ove la perturbazione dello scopo, pur parziale, sia assai forte), ella potrebbe domandare alla controparte di risolvere il contratto, dimostrando che soggettivamente è caduto qualsiasi interesse al contratto; la controparte, però, potrebbe attestare la difficoltà che ciò le creerebbe; conseguentemente, le parti potrebbero trovare un compromesso in un adeguamento a condizioni qualitativamente favorevoli per la parte svantaggiata, di cui si riserverebbero un'ulteriore individuazione nel prosieguo della trattativa. Ancora: in un'ipotesi in cui l'equità non chiarisce a fondo se sia inesigibile, per la controparte, un certo adeguamento richiesto (e se non si debba piuttosto optare per la risoluzione del vincolo, come unica soluzione possibile), la controparte stessa potrebbe addurre tale inesigibilità, allegando motivazioni soggettive o comunque evidenziando il disagio che le arrecherebbe un adeguamento, a fronte di un beneficio minore per la parte svantaggiata dalla trattativa. Più in generale, si può sostenere che solo in casi plateali i limiti di equità operino immediatamente (a prescindere dalla trattativa); il più delle volte, invece, corrispondono a elementi che in seno alla trattativa si possono valorizzare a favore dell'una o dell'altra parte (e che, finché non valorizzati, non costituiscono limiti al contenuto dell'accordo rinegoziatorio: conseguentemente, non potrebbero nemmeno essere rilevati come tali – ed *ex officio* – dal giudice). Così avveniva nell'esempio precedente *sub* 2.a), in cui era il locatore a far valere il superamento (in concreto) del limite di equità: lì, precisamente, si doveva ammettere la conformità a buona fede della condotta del locatore che, a fronte di una richiesta di adeguamento, si dichiarava disponibile solo alla risoluzione del contratto.



za, nel corso della trattativa le possibilità a disposizione delle parti si restringono progressivamente anche semplicemente in virtù delle esigenze concretamente manifestate da ciascuna e delle sue aperture nei confronti dell'altra: e, questo, proprio perché dovrà essere rispettato il canone della buona fede *in contrahendo* anche sotto forma di ossequio al principio di non contraddizione rispetto a quanto già di volta in volta indicato.

8. (segue) ... e il suo funzionamento

Quanto al funzionamento del dovere di rinegoziazione (nel caso di violazione dello stesso), diversi autori finiscono per criticarne la stessa ammissibilità – e così è avvenuto anche durante la fase pandemica – ritenendolo ora un'arma spuntata (un rimedio ineffettivo), ora uno strumento intimamente contraddittorio (un semplice velo volto a nascondere un meccanismo di tutela in realtà differente). Vediamo separatamente le due opinioni.

Anzitutto, chi ritiene che il dovere di rinegoziare obblighi a iniziare una trattativa, ma non a proseguirla, lasciando libere entrambe le parti di non raggiungere un accordo¹²⁶, finisce per ridurre l'obbligo di rinegoziazione a uno strumento privo di consistenza¹²⁷. Non vi è ragione, però, per condividere queste tesi: ben può sussistere un obbligo di (ri)negoziare costruito in positivo e, cioè, quale obbligo delle parti di avvicinare le loro reciproche posizioni (rimanendo all'interno di quelle imposte dalla buona fede e dall'equità), superando condotte pretestuose, smussando le asperità e collaborando anche mediante reciproche concessioni¹²⁸.

Tutto al contrario, chi ritiene che, ove le parti non trovino un accordo, possa essere il giudice – mediante una sentenza *ex art. 2932 c.c.* – ad adeguare il contratto¹²⁹ finisce, evidentemente, per snaturare l'obbligo di rinegoziazione¹³⁰. Se il giudice dispone di un tale potere, l'obbligo non ha ragion d'essere: la parte tutelata dal corrispondente diritto potestativo potrebbe esercitarlo immediatamente (sicché non avrebbe nemmeno senso parlare di un obbligo di rinegoziare¹³¹)¹³². E se, invece, si ritenesse che il potere è

¹²⁶ Tale è, ad esempio, la tesi di F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2007, 10, secondo cui il dovere lascia integra la libertà di non concludere l'accordo.

¹²⁷ Cfr. per tutti A.A. DOLMETTA, *Il problema*, cit., 4 s., secondo cui «a contare ... è il risultato, non già il tentativo».

¹²⁸ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 343. *Contra* G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 134

¹²⁹ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 426; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 973; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1711 (ove, non a caso, si ritiene che il dovere di negoziare «null'altro è, se non un obbligo di contrarre»; di recente anche U. MALVAGNA e M. RABITTI, *Filiere produttive*, cit., 374).

¹³⁰ Convincono meno le critiche che si appuntano, invece, sull'indeterminatezza del contenuto della sentenza e sul fatto che le sentenze costitutive seguono, *ex art. 2908 c.c.*, un principio di stretta tipicità. Ma di queste diremo dopo, al punto B.2).

¹³¹ Non è un caso che taluno abbia sostenuto, portando questa critica all'estremo, che in caso di sopravvenienze rilevanti l'apparente dovere di rinegoziazione nasconde invece qualcosa di diverso: precisamente, un adeguamento *ex lege*, che è poi il giudice ad accertare

esercitabile solo in caso di inadempimento all'obbligo, si finirebbe per dar luogo a un rimedio, di nuovo, poco effettivo: da un lato, la parte chiamata a rinegoziare potrebbe facilmente nascondere un suo inadempimento dietro a un intendimento di trattare, solo per differire l'esercizio del diritto potestativo; da un altro lato, la parte protetta potrebbe dolersi di un inadempimento, agire in giudizio facendo valere il suo diritto potestativo e vedere poi la sua domanda integralmente rigettata, quand'anche avesse diritto all'adeguamento, solo per assenza di un vero e proprio inadempimento della controparte¹³³. Senza dire che, in ogni caso, attribuire un potere così incisivo al giudice vorrebbe dire, nella sostanza, svuotare la riserva di competenza pattizia.

In realtà vi è, tra questi gruppi di tesi, uno spazio: quello in cui si ammette che l'obbligo di negoziare non sia altro che un obbligo in senso proprio; niente meno, niente più¹³⁴. Niente meno di un obbligo, evidentemente tutelato in positivo, che impone di trattare onde raggiungere un accordo; niente più di un obbligo, con esclusione dunque di ogni tutela in forma specifica mediante sentenza costitutiva¹³⁵. Tesi, questa, che richiede ovviamente qualche precisazione in più, a partire da un cenno di teoria generale.

A) Come si diceva, l'idea della gestione della sopravvenienza mediante un obbligo di rinegoziare mira a tutelare la riserva di competenza delle parti sulla manutenzione (o se del caso risoluzione) del loro accordo (riserva fondata sia sulla necessaria flessibilità del rimedio, altrimenti difficilmente attingibile, sia sul fatto che le parti sembrano essere i migliori giudici del caso concreto).

mediante una sentenza dichiarativa. Per altro verso, l'apparente contraddittorietà tra l'obbligo di rinegoziare e il diritto a ottenere dal giudice l'adeguamento era già avvertito dal padre nobile della rinegoziazione, ossia da N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *AcP*, 1981, p. 256.

¹³² Cfr. S. THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur.*, 2020, 634. Questo problema affatica anche la dottrina tedesca, la quale deve fare i conti con un § 313 BGB che non menziona nemmeno l'obbligo di rinegoziare, richiamando solo – e direttamente – il diritto di chiedere al giudice un adeguamento del contratto: v. a tal riguardo W. DORALT, *Langzeitverträge*, Tübingen, 2018, 400 ss.

¹³³ Mentre il nuovo art. 1195 Code civil supera questo problema semplicemente prevedendo che, «en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation», e che, «a défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». Sulla previsione, che accorda il diritto a ottenere il provvedimento giudiziale a fronte della mancanza di un accordo *dans un délai raisonnable*, v. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2^a ed., Paris, 2018, p. 478 ss., i quali, traendo spunto dal tenore letterale della previsione, tendono a escludere che oggi in Francia esista una vera e propria obbligazione di rinegoziare.

¹³⁴ Tale è anche la tesi di chi ritiene che questo obbligo vada tutelato in via risarcitoria: v. ad esempio M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 920 ss.; M. RABITTI, *Rinegoziazione dei contratti d'impresa e principio di buona fede (considerazioni sul post-pandemia)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 2310. Tuttavia, come si vedrà a breve, diversa è la posizione di chi scrive.

¹³⁵ O addirittura, come avviene secondo altre proposte, mediante un «intervento perequativo *ope iudicis*» (cfr. A. FACHECHI, *Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1136).



Allorché invoca una rinegoziazione, il titolare del diritto a ottenerla si trova giocoforza di fronte a una pluralità di esiti rinegoziatori, di volta in volta più o meno favorevoli per lui. Alcuni di questi scenari potenziali appaiono fin da subito inattuabili oppure, al contrario, illegittimi, tanto che, se la controparte insistesse per il loro accoglimento, ella risulterebbe senz'altro inadempiente; altri scenari, invece, diventano inattuabili o illegittimi in virtù del modo in cui sono condotte le trattative. Vi è, per così dire, un insieme di limiti di legittimità e un'area invece di scelte di merito; questa commistione produce, per le parti, uno spazio di discrezionalità¹³⁶, che si restringe via via che la trattativa prosegue (ma al cui interno restano quasi sempre presenti più scelte tutte ugualmente integranti un adempimento e, per ciò stesso, tra loro equipollenti).

Così ricostruito, l'obbligo di rinegoziare – inteso come obbligo di esercitare (in senso lato) un potere, quello di autonomia privata, che viene limitato e reso discrezionale proprio in ragione dell'esistenza dell'obbligo e del suo specifico contenuto¹³⁷ – ricorda, per vero, da vicino l'interesse legittimo pretensivo di diritto amministrativo¹³⁸: in entrambi i casi una parte (la p.a. o la parte non toccata dalla sopravvenienza) è titolare di un potere, ma al contempo di un dovere; l'esercizio del potere è sindacabile dalla controparte, benché solo entro determinati limiti (il sindacato tocca solo alcuni profili, sussistendo un'area di riserva di competenza – amministrativa o privata – in cui il giudice non può entrare); parimenti, in entrambi i casi non è affatto detto che l'esercizio, legittimo, del potere soddisfi, o soddisfi pienamente, le iniziali ambizioni della controparte (che, come si suol dire, gli procuri per intero il “bene della vita”¹³⁹ cui egli aspirava, che nella rinegoziazione è

¹³⁶ Che la discrezionalità sia al centro della rinegoziazione è evidenziato già da F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 421. Di “potestà”, nel senso di potere esercitato per soddisfare un interesse altrui, parla F. GAMBINO, *Problemi*, cit., 171 ss. (pur giungendo a soluzione assai diversa rispetto a quella del testo): e, in effetti, la parte tenuta a rinegoziare, dotata di un potere che deve esercitare per soddisfare l'interesse altrui, è tenuta a considerare tale interesse, ma al contempo mantiene un'area di libertà. Tant'è vero che il titolare del diritto (o interesse, che dir si voglia) a rinegoziare può pretendere l'esercizio del potere e può sindacarne la legittimità, ma non può – entro l'area di libertà comunque riservata a controparte – dolersi di un suo certo esercizio.

¹³⁷ Obbligo che comprende pure la necessità di collaborare costruttivamente con la controparte per raggiungere un accordo: e, dunque, l'esigenza di esercitare il potere anche considerando interessi altrui.

¹³⁸ Sull'interesse legittimo quale posizione che tutela solo “eventualmente” l'interesse a un bene della vita (in tanto in quanto la sua attribuzione coincida con il miglior perseguimento dell'interesse pubblico), v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4^a ed., Bologna, 1994, 94. Per P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 119, «le situazioni giuridiche soggettive non si distinguono per i diversi interessi che ne costituiscono il contenuto, sibbene per il tipo di protezione che dalle stesse deriva ai vari interessi sostanziali»; e sul punto v. pure L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 26. Sulle varie teorie ricostruttive dell'interesse legittimo, sia oppositivo che pretensivo, v. F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 49 ss.

¹³⁹ È la nota espressione di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, 342, assai in uso nel diritto amministrativo.

rappresentato dalla modifica contrattuale richiesta o comunque da quella che più soddisferebbe la parte)¹⁴⁰.

B) Questa somiglianza è di spunto anche per rintracciare lo strumento rimediabile volto a sanzionare la violazione dell'obbligo di rinegoziare (a prescindere dalla questione relativa alla sua vera e propria qualificazione come interesse legittimo pretensivo o della sua semplice vicinanza a tale figura: questione che finisce per essere per lo più nominalistica e, soprattutto, in questa sede non dirimente).

Così ragionando, si possono adottare, e adattare, alcune figure del processo civile, al fine di raggiungere un esito analogo a quello tipico del giudizio amministrativo.

B.1) Nel diritto amministrativo l'interesse legittimo pretensivo non consente, di regola, alla parte di ottenere dal giudice un ordine di provvedere in un certo senso (di emettere un provvedimento con un certo contenuto): quel che il cittadino può chiedere è, semmai, di annullare l'atto di esercizio del potere, con una sentenza che ha un effetto conformativo¹⁴¹, obbligando la p.a. a provvedere senza cadere nello stesso vizio di illegittimità (ormai giudicato tale dalla sentenza emessa). A fronte, poi, del silenzio della p.a., il cittadino può chiedere che la stessa sia condannata a esprimersi¹⁴².

Nel diritto privato si può ipotizzare che, avviata una rinegoziazione, la parte non immediatamente svantaggiata dalla sopravvenienza possa risultare inadempiente: in particolare, ciò avverrà ove ella si sottragga alle trattative oppure ove non collabori costruttivamente nell'ambito delle stesse¹⁴³. In tali ipotesi – lasciando da parte qui, per ragioni di spazio, eventuali rimedi in autotutela o d'urgenza¹⁴⁴ – il contraente pregiudicato potrà rivolgersi al giudi-

¹⁴⁰ A ciò si potrebbe opporre che l'interesse legittimo di diritto pubblico sorge allorché la p.a. è munita di un potere altrettanto pubblico, da esercitare per la migliore tutela dell'interesse pubblico: di conseguenza, l'eventualità della tutela del privato discende dal fatto che l'amministrazione non deve soddisfare il suo interesse (ossia, l'interesse del privato), ma un diverso interesse. Tuttavia, il risultato finale è pur sempre che la p.a., nei confronti del privato, deve esercitare un potere in modo parzialmente vincolato, senza però che tali vincoli assicurino al privato la soddisfazione (o comunque la piena soddisfazione) del suo interesse.

¹⁴¹ V. per tutti Cons. Stato, 9.1.2001, n. 253, in *Giur. it.*, 2001, 1273.

¹⁴² È l'azione di tutela avverso il silenzio: artt. 31, co. 1 e 2, e 117 cod. proc. amm. Cfr. di recente M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 283 ss.

¹⁴³ Oltre al rifiuto di trattare, la «forma classica di inadempimento astrattamente afferente a clausole di rinegoziazione di qualsiasi tipo si realizza in caso di scorrettezza del comportamento delle parti nella fase delle trattative»: F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 399 (e v. già la pagina 346, ove si trova scritto che entrambi i contraenti «sono tenuti a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato»).

¹⁴⁴ Basti qui dire – nell'ambito di un discorso assai complesso, qui solo riassumibile per sommi capi – che, per numerosi autori, le trattative rinegoziatorie non consentono di sospendere l'esecuzione delle prestazioni (come incisivamente oggi prevede l'art. 1195 Code civil: «elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation»); tuttavia, a fronte di un inadempimento dell'obbligo di coltivare le trattative da parte dell'altro contraente, è possibile «sospendere l'esecuzione ex art. 1375 e in particolare ex art. 1460 c.c., salvo il diritto a risarcimento del danno» (F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 321 s. e 397); sospensione che secondo taluno (A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus*, cit., 3) può tradursi

ce, chiedendogli un ordine di rinegoziare: ordine che dovrà contenere pure (come avviene per l'effetto conformativo nel diritto amministrativo) un'identificazione delle condotte già tenute, che hanno costituito inadempimento, e pure un'indicazione dei principi che in concreto dovevano (e dovranno) guidare l'attività (in senso lato, di esercizio del potere). Principi che verranno espressi, a seconda dei casi, in termini generali o con esemplificazioni¹⁴⁵.

Quanto all'effettività di tale condanna, è da ritenere che essa, avendo a oggetto un *facere* infungibile, possa essere accompagnata da *astreintes*, ossia da penalità di mora, volte per l'appunto a renderla effettiva. In tal senso, del resto, si sono già espresse alcune sentenze proprio in materia di rinegoziazione, nonché alcuni autori¹⁴⁶. L'effetto conformativo, dunque, può essere raggiunto nel processo civile mediante la previsione di *astreintes* a carico della parte che dovesse continuare a non adempiere.

Due precisazioni.

Si può supporre che, al venir meno di qualsiasi forma di discrezionalità (il che di regola avverrà solo ove l'esito rinegoziatorio obbligato appaia essere, purtroppo, la risoluzione), il giudice possa condannare a concludere un accordo con un ben definito contenuto¹⁴⁷: del resto, lo stesso avviene nel diritto amministrativo, qualora venga meno la discrezionalità della p.a.¹⁴⁸

Preme poi osservare che alla domanda di condanna si potrà cumulare la richiesta di un risarcimento, il cui esatto ammontare potrà però venire liquidato solo conoscendo l'esito finale della trattativa. Profilo, questo, che evoca proprio il risarcimento degli interessi legittimi amministrativi, in caso di ritardo nell'adozione di un provvedimento¹⁴⁹; risarcimento che li assume le forme del danno da ritardo nell'attribuzione del bene della vita o del danno

finanche nella «autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consensualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi)».

¹⁴⁵ Questo appare possibile perché è una parte privata a chiedere al giudice di ordinare di rinegoziare, sicché il giudice può – e anzi deve – specificare qual è il contenuto dell'obbligo. Nell'ambito del diritto amministrativo, la condanna in caso di silenzio non potrebbe invece contemplare indicazioni simili, in virtù del divieto di cui all'art. 34, co., 2, cod. proc. amm. (inoperante laddove la riserva di competenza non poggi sulla divisione tra poteri, ma sulla tutela dell'autonomia privata: in casi del genere, tutt'al contrario, il principio di effettività impone una simile pronuncia, cui non osta la generale architettura istituzionale).

¹⁴⁶ In giurisprudenza v. Trib. Bari, 14.6.2011, in *Contratti*, 2012, 571. V. pure F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, *ivi*, 573 ss., nonché A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *juscivile*, 2020, 749 s.

¹⁴⁷ Anzi, ci si potrebbe chiedere se, per ragioni tecniche analoghe a quelle di cui si dirà al punto B.2), il giudice, ove richiesto mediante apposita domanda, possa anche pronunciare sentenza costitutiva che tiene luogo dell'accordo (risolutorio) non concluso.

¹⁴⁸ Sull'azione di condanna per esaurimento della discrezionalità v. l'art. 31, co. 3, cod. proc. amm. e, in dottrina, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 225 ss.; S. FLORIAN, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedere e silenzio dell'amministrazione*, Torino, 2022, *passim*.

¹⁴⁹ Art. 30, co. 3 e 4, cod. proc. amm., nonché art. 2 *bis*, l. n. 241/1990.

da incertezza¹⁵⁰, a seconda dei casi, e che identiche forme assumerà anche nel diritto privato (così, se il contraente ha aspettato diversi anni per raggiungere un accordo di adeguamento, dovrà vedersi risarcito il danno per il ritardo nel suo ottenimento; se poi, contrariamente alle aspettative e in virtù di una specifica difesa della controparte, dovrà accontentarsi della risoluzione del vincolo, si potrà valutare se ricorrano gli estremi di un danno provocato dall'incertezza).

B.2) L'esecuzione dell'ordine di rinegoziare è senz'altro affidata alla possibilità di attivare le misure compulsorie in sede esecutiva. Ovviamente, qualora la controparte ritenesse di aver adempiuto all'ordine contenuto nella sentenza, si opporrà (al precetto o) all'esecuzione e si aprirà, su questo, un giudizio di cognizione¹⁵¹.

Ma vi è di più.

Il processo amministrativo conosce, come noto, il giudizio di ottemperanza, che può essere attivato tra l'altro ove la p.a. non si adegui all'effetto conformativo del giudicato di annullamento di provvedimenti che incidono su interesse legittimi pretensivi. Così avviene, in particolare, ove la p.a. violi o eluda il giudicato, ad esempio adottando ulteriori provvedimenti illegittimi (anche per ragioni di illegittimità diverse da quelle già rilevate), che debbono essere considerati nulli. In ipotesi del genere il giudice amministrativo può tra l'altro violare la riserva di competenza dell'amministrazione, provvedendo egli stesso (e dunque entrando nel merito). Per lo più, a dire il vero, il giudice amministrativo non interviene direttamente, ma nomina un commissario *ad acta*: ciò che gli è consentito dalla legge («ove occorra») e che solitamente consente di far emanare il provvedimento a un soggetto dotato di maggiori competenze di merito (sempre sotto la stretta osservanza del giudice amministrativo).

Nell'ambito del giudizio civile non esistono forme nemmeno vagamente riconducibili a una sorta di “ottemperanza civilistica”, per mezzo delle quali un giudice possa sostituirsi alle parti nell'adeguare o risolvere il contratto. Tuttavia, ci si può chiedere se, ove a valle di un ordine di rinegoziare la parte condannata non vi adempia, il contraente tutelato possa chiedere, finalmente, una sentenza *ex art. 2932 c.c.*

A ciò si potrebbe opporre che, in linea generale, un simile potere non è previsto dalla legge, mentre invece dovrebbe essere tipicamente riconosciuto (art. 2908 c.c.)¹⁵². Questa critica, peraltro assai diffusa¹⁵³, non convince:

¹⁵⁰ Oggi, nel diritto amministrativo, si distingue più precisamente tra ritardo nell'attribuzione del bene della vita e danno da ritardo mero. Su quest'ultimo v'è, in realtà, ancora dibattito: l'art. 2 *bis*, co. 1 *bis*, l. n. 241/1990, prevede nel caso di ritardo mero un indennizzo, che secondo taluno però può concorrere (se del caso, venendo assorbito) con il risarcimento, ove sussistano gli estremi per lo stesso (e, in particolare, sussista la prova del danno). V. sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 4.5.2018, n. 5, e più di recente Cons. Stato, 16.2.2024, n. 1576, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵¹ Conseguentemente, giudice dell'adempimento sarà il giudice della parentesi di cognizione di un eventuale processo di esecuzione relativo alla debenza delle *astreintes*.

¹⁵² Un'altra critica diffusa si appunta sulla presunta indeterminatezza del contenuto della sentenza che il giudice sarebbe chiamato a emanare (cfr. A. GENTILI, *La replica*, cit., 714, con riferimento alle clausole di rinegoziazione, ma con argomentazione estendibile ai casi



la tipicità qui è rispettata, giacché quel che si chiede al giudice è emettere una sentenza senz'altro prevista dall'ordinamento (esecutiva di un obbligo di contrarre). Né la legge richiede che la fonte dello specifico obbligo di contrarre sia tipica: la tipicità, infatti, si collega alla sola previsione del tipo di tutela¹⁵⁴.

Semmai, v'è da chiedersi se sia opportuno immaginare che nasca un vero e proprio obbligo di contrarre. A suo tempo si escludeva che così fosse: in effetti, prima dell'emanazione della sentenza che condanna ad adempiere ipotizzare un simile obbligo vorrebbe dire, come già rilevato, dar vita a un rimedio che talvolta rischia di essere poco effettivo e che comunque appare sempre lesivo della riserva di competenza pattizia. A valle della sentenza, tuttavia, si può ritenere che le perplessità vengano meno: da un lato, il contraente deluso dalla controparte ha già ottenuto un provvedimento giurisdizionale e, nel chiedere una tutela ulteriore e diversa, agisce a suo rischio e pericolo (ben potendo limitare la sua iniziativa all'esecuzione forzata per ottenere il pagamento delle penalità di mora)¹⁵⁵; da un altro lato, a fronte dell'inerzia protratta occorre superare eventuali ritrosie nell'immaginare un intervento del giudice sul contratto (beninteso, ove richiesto dal soggetto che aspira a una simile ulteriore protezione)¹⁵⁶.

di obblighi *ex fide bona*). In realtà, la buona fede, ove venisse meno la riserva di competenza pattizia, sarebbe idonea a individuare (a permettere al giudice di individuare) uno e un solo contenuto del contratto (come avviene in altri ambiti: anche la buona fede *in contrahendo* impone di reperire una e una sola regola del caso concreto, per verificarne il rispetto). Ben diverso è supporre che l'ordinamento compia un atto di *self-restraint*, facendo in modo che il giudice non intervenga immediatamente sul contratto da rinegoziare.

¹⁵³ Sulla tipicità, anche come tassatività, della tutela costitutiva, v. ad esempio A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 61, secondo il quale l'art. 2908 c.c. impone «il marchio della tassatività alle ipotesi riconducibili nello schema dommatico della tutela costitutiva».

¹⁵⁴ Detto in altri termini, non potrebbe essere riconosciuta una sentenza costitutiva in ipotesi non legislativamente regolate; ma può essere senz'altro riconosciuta una sentenza *ex art.* 2932 c.c. in ogni caso in cui vi è un obbligo a contrarre, anche non tipicamente previsto dal legislatore. Per di più, a ciò va aggiunto che, secondo un autore (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11^a ed., I, Torino, 2017, 30), le sentenze costitutive non sono tassative, ma piuttosto tipiche, dal che deriverebbe l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva e, tutt'al più, la preclusione di quella analogica (al che, peraltro, potrebbe aggiungersi che nell'ambito di sottosistemi chiusi sembrerebbe ammessa finanche l'interpretazione analogica, purché essa non sia volta a mutare i tratti dell'azione costitutiva oggetto di analogia e purché non finisca per estendere quella specifica tutela costitutiva al di fuori dell'istituto per cui il legislatore l'ha disegnata: entro questi limiti, infatti, sarebbe rispettata la tipicità, ove riferita alla connessione tra rimedio ed esigenza di tutela – come sembra ragionevole –, più che alla singola azione e alla sua fattispecie).

¹⁵⁵ Sicché, se agirà col giudizio costitutivo andando poi incontro a un rigetto (per la mancanza, a monte, di un inadempimento all'obbligo di rinegoziare), non potrà dolersi di aver intrapreso una simile iniziativa per la mancanza di altri strumenti di tutela.

¹⁵⁶ La sentenza in esame conterrà una specifica condizione, ove si ritenga che non possa essere implicitamente condizionata *ex art.* 336, co. 2, c.p.c. all'esistenza della condanna a rinegoziare. Del resto lo stesso vale per l'accordo di esecuzione della sentenza a monte (ove l'accordo non sia tombale, ma solo interlocutoriamente esecutivo di una sentenza non passata in giudicato).

Lo spazio riservato alla competenza pattizia verrà allora occupato dal giudice, che si avvarrà dell'operare combinato (e, questa volta, senza limitazioni) di buona fede ed equità quali criteri per cercare, tra tutti gli scenari possibili, quello migliore, perché più adeguato e congruo (anche tenendo conto delle aspettative del soggetto che cerca tutela¹⁵⁷).

B.3) Nel diritto amministrativo si prevede poi pure il risarcimento del danno, nei limiti delle *chances* di ottenere un provvedimento favorevole¹⁵⁸, ove questo irrimediabilmente manchi (e salva l'applicazione dell'art. 1227 c.c., ove la parte tutelata non abbia agito per la caducazione del provvedimento illegittimo¹⁵⁹).

Nel caso del diritto alla rinegoziazione si deve ammettere la facoltà della parte pregiudicata di agire per chiedere, anziché la condanna a rinegoziare, il solo risarcimento del danno, nei limiti delle *chances* di ottenere accordi rinegoziatori corrispondenti a un certo spettro (e con gradi diversi di vantaggiosità)¹⁶⁰.

Non vi sarebbe ragione, qui, di ipotizzare un'applicazione dell'art. 1227 c.c.: ma si potrebbe ritenere che, giacché il diritto di credito si converte in diritto al risarcimento del danno solo allorché manca in capo al soggetto tutelato l'interesse all'adempimento sanante, finché la rinegoziazione mantiene un senso (anche *ex post*, ossia relativamente a un contratto già in parte o del tutto eseguito), non vi sia ragione per far luogo al rimedio risarcitorio¹⁶¹.

¹⁵⁷ Il quale nella sua citazione chiarirà, dal suo punto di vista, come occorra adeguare il contratto o se esso debba addirittura essere risolto; conseguentemente, il giudice terrà conto – e dovrà tenere conto – anche della sua prospettiva (del resto, egli è la parte fedele, che non deve essere svantaggiata dalla mancanza di un'ideale trattativa).

¹⁵⁸ V. già F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 174 ss.; in giurisprudenza, di recente, T.A.R. Puglia - Lecce, 4.8.2022, n. 1346, in *dejure*, secondo cui «la *chance* è un'ipotesi – assai ricorrente nel diritto amministrativo – di danno solo “ipotetico”, in cui non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato. Pur essendo certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha causato la perdita della possibilità, non ne è conoscibile l'apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale»; e v. pure Cons. Stato, 11.7.2018, n. 4225, in *dejure*.

¹⁵⁹ Art. 30, co. 3, cod. proc. amm. (che, pur senza richiamare espressamente l'art. 1227, co. 2, c.c., ne riproduce la logica).

¹⁶⁰ Sul risarcimento delle *chances* di ottenere nuove condizioni grazie alla rinegoziazione v. E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 809. Per altre posizioni v. A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1713, per il quale si tratterebbe dell'interesse negativo (questa ricostruzione, però, si basa evidentemente sulla ricostruzione dell'obbligo di rinegoziare come obbligo di meramente condurre una trattativa: lo nota S. THOBANI, *Il contenuto*, cit., 638), nonché v. F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. contr.*, 2012, 453 s., secondo cui andrebbe risarcito l'interesse positivo, eventualmente valutato *ex art.* 1226, commisurato su quanto si sarebbe potuto trarre dal contratto se esso non fosse stato afflitto dalla sopravvenienza. In ogni caso, sulle difficoltà nel determinare questo risarcimento v. G. MAGRI, *Rinegoziazione e revisione del contratto*, in *Revista de derecho privado*, 2021, 408.

¹⁶¹ V., per notazioni simili (anche se non del tutto sovrapponibili), F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 216, nt. 68, secondo il quale «di risarcimento del danno non dovrebbe discorrersi, sin tanto che sia ancora possibile l'*Anpassung*, anche mediante l'intervento giudiziale».

Un tale rimedio, viceversa, sarà invocabile ove risulti irrimediabilmente mancata la prestazione caratteristica¹⁶².

Parimenti, si può ammettere che la parte svantaggiata dalla sopravvenienza possa anche chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento. Poiché, però, convertire un diritto a rinegoziare in una domanda risolutoria vorrebbe dire far assurgere a rimedio caducatorio un rimedio che nasce come manutentivo, deve in qualche modo circoscriversi il diritto a ottenere la risoluzione, riconoscendolo – oltre che nei casi poc’anzi menzionati, in cui si è persa definitivamente una prestazione (e forse salvo che il contratto sia poi fisiologicamente continuato, una volta cessato l’effetto della sopravvenienza) – nelle ipotesi in cui il ritardo nel rinegoziare, lungi dall’arrecare semplicemente un danno, faccia sorgere un’obiettiva necessità di sciogliersi dal contratto, al fine di reperire altrove, sul mercato, la stessa prestazione¹⁶³.

9. Conclusione

Molto vi sarebbe ancora da dire.

In particolare, l’esposizione che precede apre altri temi di indagine, tra i quali vanno annoverati almeno i seguenti:

- poiché solo un intervento legislativo – di per sé formalizzante – potrebbe dare stabilità e certezza al discorso giuridico, superando la messe di opinioni che allo stato sussistono non solo sull’*an* e sul *quando* della rinegoziazione, ma anche e soprattutto sul suo *quomodo*, sarebbe opportuno tratteggiare – come già taluno ha provato a fare¹⁶⁴ – i lineamenti di una possibile introduzione e regolamentazione, *de iure condendo*, dell’obbligo di rinegoziare. A tal riguardo, se si condivide l’idea per cui l’obbligo in parola, se “preso sul serio”, assomiglia molto da vicino a un interesse legittimo pretensivo, potrebbe essere utile disciplinare la fase di esecuzione della condanna a rinegoziare prendendo spunto da alcuni tratti del giudizio amministrativo, in particolare immaginando una possibile fase di ottemperanza civilistica, in seno alla quale il giudice, di fronte all’inerzia della controparte, si sostituisca alla stessa (se del caso, nominando un apposito esperto);

¹⁶² Ad esempio, perché il suo debitore non l’ha fornita, ritenendo infondata l’eccezione di inadempimento a sua volta sollevata dalla parte pregiudicata dalla sopravvenienza (a fronte del preteso inadempimento dell’obbligo di rinegoziare).

¹⁶³ Ciò potrà avvenire, ad esempio, ove la controparte, di fronte all’eccezione di inadempimento a sua volta sollevata dalla parte pregiudicata dalla sopravvenienza, rifiuti la prestazione caratteristica e il ritardo assuma una durata intollerabile.

¹⁶⁴ Cfr., solo tra i più recenti contributi, F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021, 625; F. MACARIO, *Prima ipotesi*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 206; E. TUCCARI, *Seconda ipotesi*, *ivi*, 207; M. ZACCHEO, *Terza ipotesi*, *ivi*, 207; F. MEZZANOTTE, *Il diritto*, *cit.*, 209 ss.; U. SALANITRO, *Il diritto alla rinegoziazione del contratto: l’articolazione della buona fede nella proposta de iure condendo*, *ivi*, 225 ss. (questi ultimi, tutti attorno a proposte di esercizio della delega di cui al d.d.l. delega n. 1151/2019, poi non approvato); M. DE PAMPHELIS, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de iure condendo*, Bologna, 2020, *passim*.

- partendo dal presupposto secondo cui l'obbligo di rinegoziazione emerge ogniqualevolta sussiste un'area di riserva di competenza pattizia (ossia, un'area in cui non vi è una lacuna che l'ordinamento deve integrare, ma piuttosto un'inadeguatezza di un regolamento già dettato e che, dunque, va modificato¹⁶⁵), verrebbe da chiedersi se un simile obbligo sussista anche in altre ipotesi, oltre che in quelle delle sopravvenienze funzionali parziali su cui ci si è soffermati: si pensi, più che ai casi di sopravvenienze quantitative (volutamente lasciate fuori dall'indagine, perché poco o per nulla venute in rilievo durante la pandemia, e comunque forse già regolate in modo esaustivo dall'art. 1467 c.c. e dalle varie norme speciali dei vari tipi, specie ove le si volesse applicare analogicamente a casi simili¹⁶⁶), alle ipotesi di malfunzionamento di singole clausole (come potrebbe essere una clausola di indicizzazione non più funzionante a causa della mancata rilevazione dell'indice su cui essa faceva perno¹⁶⁷)¹⁶⁸;

- si è visto quanti siano i punti di contatto tra il regime delle sopravvenienze funzionali e i vizi del consenso: d'altronde, la disfunzione dello scopo, ove genetica, non sempre dà luogo a nullità, giacché nella maggior parte dei casi (ossia, se non incidente sullo scopo tipico), produce, secondo quanto si è detto sopra, annullabilità (ove venga meno integralmente lo scopo concreto) e, secondo una proposta altrove articolata¹⁶⁹, obbligo di rinegoziazione; ne consegue che una revisione ad ampio spettro del dovere di rinegoziazione dovrebbe farsi carico di sciogliere anche alcuni temi tuttora problematici dell'errore comune, nell'ambito di una – più volte additata – generale revisione (ermeneutica, se non anche legislativa) della disciplina dei vizi del consenso, peraltro da più parti auspicata¹⁷⁰;

¹⁶⁵ Non ci si riferisce all'inadeguatezza causale (o immeritevolezza), che si ha – secondo la tesi cui qui si è aderito – allorché una regola risulti contraddittoria rispetto agli interessi contrattuali (v. nt. 54). Il riferimento va, piuttosto, a parti del contratto che contrastano (non già con elementi interni al contratto, ma piuttosto con) la realtà esterna.

¹⁶⁶ È la tesi, ampiamente argomentata e in buona parte condivisibile, di E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti*, cit., 98 ss. Tuttavia, il Code civil francese, con la riforma del 2016, si è interessato proprio (e solo) di tali sopravvenienze, al fine di collegarvi l'esperibilità di un rimedio manutentivo facente perno sulla rinegoziazione: «si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant». Cfr. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *Le nouveau droit*, cit., p. 476.

¹⁶⁷ V. ad esempio Trib. Roma, 6.7.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 708, con nota di F. MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*. In generale, sulle clausole di indicizzazione, v. di recente l'ampio lavoro di F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, Trento, 2023 (*ivi*, 292 ss., l'autore propone invece di applicare, in caso di mancata rilevazione dell'indice, la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta o la riduzione della prestazione «per il periodo in cui si siano verificate interruzioni o malfunzionamenti»); in giurisprudenza, cfr. la famosa pronuncia Cass., 29.6.1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132 (su cui si può leggere *ivi* la nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*).

¹⁶⁸ O a quelle di caduta, integrale o parziale, del presupposto, di cui già si è detto (nt. 46).

¹⁶⁹ V. sopra, nt. 87, e il rinvio *ivi* formulato.

¹⁷⁰ In dottrina v. ad esempio F.P. PATTI, *"Fraud" and "Misleading Commercial Practices": Modernising the Law of Defects in Consent*, in *ERPL*, 2016, 310. Cfr. poi il già menzionato d.d.l. delega n. 1151/2019, che conteneva, alla lettera f), una proposta specifica-

- i tratti descritti dell'obbligo di rinegoziazione potrebbero valere anche per l'obbligo (non di rinegoziare, ma) di negoziare: a tal riguardo può ricordarsi come la giurisprudenza abbia distinto, con riferimento alla discussa figura del preliminare di preliminare¹⁷¹, casi in cui esso si riduce a una minuta, casi in cui assurge a vero e proprio preliminare e, infine, casi in cui dà luogo a un obbligo (positivo) di trattare (erroneamente poi ritenendo che tale obbligo sia tutelato solo in negativo), così proprio delineando una scala di intensità che va dalla responsabilità precontrattuale all'obbligo di trattare e dall'obbligo di trattare all'obbligo di concludere un certo contratto (dove l'obbligo di trattare – obbligo positivo, tale da condurre necessariamente a un esito – altro non sarebbe che il predetto “obbligo di negoziare”).

Come si vede, il tema delle sopravvenienze funzionali e, soprattutto, dell'obbligo di rinegoziazione è ben lontano dal ricevere una compiuta sistemazione. Anche la pandemia, lungi dall'aver indicato alcune linee chiare, ha fatto nuovamente emergere i contrasti tra le diverse posizioni e, in un certo senso, anche le contraddizioni dell'ordinamento, stretto tra esigenze spesso opposte e difficilmente realizzabili se non a costo di compromessi.

Resta, in ogni caso, l'estremo interesse per un tema posto al crocevia dei numerosi principi fondamentali che dominano l'autonomia privata e che, pur oggetto di svariati studi e di numerose recenti discipline di fonte legislativa, resta ancora sfuggente: e richiede uno sforzo corale da parte di dottrina e giurisprudenza, prima ancora che un intervento legislativo, onde fissare alcuni punti fermi che consentano ai pratici di orientare la loro attività, così come di preparare la via per un futuro legislatore.

mente relativa all'informazione precontrattuale (su cui v. MATTEO DELLACASA, *L'informazione precontrattuale nel disegno di legge di riforma del codice civile*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 141 ss.).

¹⁷¹ Su cui ci si può limitare a richiamare Cass., S.U., 6.3.2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, 2016.

