

EMERGENZA SANITARIA E DIRITTO DEI CONTRATTI:
GLI ORIZZONTI DELLA CAUSA CONCRETA E DELLA
PRESUPPOSIZIONE

*HEALTH EMERGENCY AND CONTRACT LAW: THE HORIZONS
OF THE CONCRETE CAUSE AND OF THE PRESUPPOSITION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1948-1979



Giovanni
D'AMICO

ARTÍCULO RECIBIDO: 21 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il presente scritto si propone di analizzare come, nel dibattito dottrinale che si è avviato fin dai primi interventi posti in essere dal legislatore per cercare di fronteggiare l'“emergenza Coronavirus” si siano profilati due diversi atteggiamenti. Il primo, muovendo da una valutazione di insufficienza ed inadeguatezza dell'attuale normativa codicistica regolante il fenomeno delle “sopravvenienze contrattuali” – ha espresso il rammarico per avere il legislatore perso l'occasione di rivedere sul punto gli istituti del codice civile. A questo primo atteggiamento si è accompagnata l'indicazione di colmare la “lacuna” legislativa dai giudici attraverso il ricorso a principi del sistema e alle clausole generali, rispetto alle quali quei principi fungono da direttive di concretizzazione. A questo primo orientamento se ne è contrapposto un secondo, che, pur riconoscendo che l'attuale regolamentazione legislativa delle “sopravvenienze contrattuali” ha bisogno di essere rivista in alcuni punti, sottolinea come il momento dell'emergenza non fosse quello più adatto per operare scelte su temi che sono ben lontani dall'aver trovato una sintesi condivisa, sì da fare ritenere atteggiamento più saggio quello di rinviare queste scelte all'esito di una discussione più meditata e meno condizionata da fattori “emotivi”.

PALABRAS CLAVE: Emergenza; sopravvenienze contrattuali; clausole generali; principi generali; buona fede.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze how, in the doctrinal debate that has begun since the first interventions put in place by the legislator to try to deal with the “Coronavirus emergency”, two different attitudes have emerged. The first, obviously starting from an assessment of the insufficiency and inadequacy of the current code of law governing the phenomenon of “contractual contingencies” - expressed regret that the legislator missed the opportunity to review the institutions of the civil code on this point. This first attitude was accompanied by the indication to fill the legislative “gap” by the judges through the use of system principles and general clauses, with respect to which those principles act as directives of concretization. This first orientation was contrasted by a second one which, while acknowledging that the current legislative regulation of “contractual contingencies” needs to be revised in some points, underlines how the moment of emergency was not the most suitable one for making choices on issues that are far from having found a shared synthesis, so as to make it a wiser attitude to postpone these choices to the outcome of a more meditated discussion and less conditioned by “emotional” factors.*

KEY WORDS: *Emergency; contractual contingencies; principles act; directives.*

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. CENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLA DISCIPLINA GENERALE DEL CODICE CIVILE, IN PARTICOLARE CON RIFERIMENTO ALL'IMPOSSIBILITA' (SOPRAVVENUTA) DELLA PRESTAZIONE.- III. IL RICHIAMO A QUESTA DISCIPLINA NELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE E LE NOVITA' (LIMITATE) INTRODOTTE DA TALE LEGISLAZIONE.- IV. ULTERIORI DISPOSIZIONI DELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE CHE RICHIAMANO LA NORMATIVA (GENERALE O SPECIALE) SULL'IMPOSSIBILITA' SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE OVVERO ALTRE NORMATIVE SETTORIALI IDONEE A RISOLVERE I PROBLEMI POSTI DALL'INCIDENZA DELL'EMERGENZA SANITARIA SULLO SVOLGIMENTO DEI RAPPORTI CONTRATTUALI.- V. EMERGENZA SANITARIA E RIMEDI CONTRATTUALI: GLI ORIZZONTI DELLA CAUSA CONCRETA E DELLA PRESUPPOSIZIONE.- I. Rilievi critici sul ricorso alla nozione di "causa concreta".- 2. (Segue): e sull'utilizzazione del concetto di presupposizione.- VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

I. INTRODUZIONE.

Nel dibattito dottrinale che si è avviato già all'indomani dei primi interventi posti in essere dal legislatore per cercare di fronteggiare l'"emergenza Coronavirus" – in primo luogo con l'adozione di misure (di varia natura) volte al contenimento della diffusione del contagio, e poi con diverse previsioni aventi lo scopo di limitare le conseguenze economiche e sociali strettamente collegate all'emergenza determinata dalla pandemia – si sono profilati, abbastanza nitidamente, due diversi atteggiamenti.

Il primo atteggiamento – muovendo evidentemente da una (implicita) valutazione di insufficienza/inadeguatezza dell'attuale normativa (codicistica) regolante il fenomeno delle "sopravvenienze contrattuali" – ha espresso il rammarico per avere il legislatore perso l'occasione di rivedere sul punto gli istituti del codice civile, accusati soprattutto di non contemplare, a fianco dei rimedi di tipo "caducatorio", anche rimedi che offrano la possibilità (in particolare alla parte che subisce gli effetti della sopravvenienza, ma che è comunque interessata a mantenere in vita il rapporto contrattuale) di chiedere e di ottenere una "revisione" (e un adeguamento) del regolamento contrattuale¹. A questo primo atteggiamento si è – quasi sempre – accompagnata l'indicazione volta ad auspicare che la (perdurante) "lacuna" legislativa sia colmata dai giudici attraverso il ricorso a principi del sistema (solidarietà sociale, proporzionalità, ragionevolezza, etc.) e alle clausole generali (in particolare, la clausola di buona fede), rispetto alle quali quei

¹ La critica che riferiamo nel testo è rivolta (peraltro, da tempo) a una norma come l'art. 1467 c.c., che consente alla parte che subisce l'eccessiva onerosità della prestazione (per eventi sopravvenuti ed imprevedibili) di chiedere soltanto la risoluzione del contratto, rimanendo poi affidata esclusivamente a controparte la facoltà di offrire una modifica del rapporto idonea a ricondurlo ad equità.

• Giovanni D'Amico

Professore Ordinario di istituzioni di diritto privato, Università Mediterranea di Reggio Calabria. E-mail: gdamico@unirc.it

principi fungono (o si suppone possano fungere) da direttive di concretizzazione (ad es. con riferimento a rimedi come obblighi di rinegoziazione, presupposizione, causa concreta, etc.).

A questo primo orientamento se ne è contrapposto un secondo, che – pur riconoscendo che l'attuale regolamentazione legislativa delle “sopravvenienze contrattuali” ha bisogno di essere rivista in alcuni punti (individuati, anche in questo caso, con la carenza o insufficienza di rimedi “conservativi” del rapporto contrattuale, “adeguato” alle intervenute sopravvenienze) – sottolinea come il momento dell'emergenza non fosse quello più adatto per operare scelte su temi che (sebbene discussi da anni) sono ben lontani dall'aver trovato una sintesi condivisa, sì da fare ritenere atteggiamento più saggio quello di rinviare queste scelte all'esito di una discussione più meditata e meno condizionata da fattori “emotivi” (la sede potrebbe essere – ovviamente – quella della discussione sul progetto di riforma di alcune parti del diritto contrattuale codicistico, pendente in Parlamento già da prima dello scoppio della pandemia). Si accompagna a questo secondo orientamento una valutazione meno negativa circa la complessiva capacità della normativa codicistica di regolare adeguatamente il fenomeno sotteso alla disciplina delle sopravvenienze contrattuali, fenomeno che si riassume in definitiva nella questione di chi debba sopportare il rischio di tali sopravvenienze (c.d. “rischio contrattuale” *in senso stretto*). E, strettamente collegata a tale valutazione è anche la cautela verso soluzioni che facciano ricorso a rimedi di marca “pretoria”, anziché a soluzioni di tipo legislativo, idonee come tali a garantire una maggiore “prevedibilità” (e, per ciò stesso, a ridurre il rischio di contenziosi diffusi), e al contempo ad assicurare risposte omogenee per situazioni identiche (esigenza particolarmente importante, in considerazione del carattere “sistemico” – e, dunque, di massa – delle conseguenze che la pandemia ha provocato sui rapporti contrattuali).

Dico subito che questo secondo atteggiamento mi sembra senz'altro da preferire, e che in questa prospettiva la risposta complessivamente data dal nostro legislatore – con riferimento al tema delle ripercussioni sui rapporti contrattuali dell'emergenza sanitaria e dei provvedimenti che si sono dovuti adottare per fronteggiarla – mi sembra vada considerata, in definitiva, adeguata (salvi i problemi che può aver posto la formulazione poco accurata di qualche norma – fenomeno certo non inedito, ma qui in qualche modo “giustificato” dall'urgenza e dall'esigenza di dare risposte immediate –, o la mancanza di coordinamento tra alcune disposizioni, con la conseguenza che si sono magari regolate in maniera diversa situazioni che forse avrebbero meritato una soluzione identica).

Questo giudizio, peraltro, sconta – anche da parte di chi scrive – quella valutazione positiva della regolamentazione codicistica delle sopravvenienze

contrattuali (salve le “carenze” già segnalate²), di cui si è già accennato, pur dovendosi adesso aggiungere che siffatta valutazione presuppone che di tali norme si fornisca un’interpretazione corretta, dovendosi constatare che spesso (come avremo modo di evidenziare) sono proprio interpretazioni anguste od erronee delle norme in questione a far credere che esistano “lacune” legislative, e a coonestare – sulla base di questa infondata supposizione – la “necessità” di rimedi *extra ordinem*, o “atipici” che dir si voglia. Vedremo, in particolare, come lo stesso giudizio (alquanto diffuso) circa la carenza di strumenti di “adeguamento” del rapporto contrattuale, senza metterne in discussione la permanenza in vita, vada probabilmente ridimensionato, e comunque sottratto a visioni unilaterali (che considerino esclusivamente il punto di vista del debitore, senza un “bilanciamento” con la posizione – che talora può essere altrettanto meritevole di considerazione e di tutela – del creditore)³.

II. CENNI ALLA REGOLAMENTAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLA DISCIPLINA GENERALE DEL CODICE CIVILE, IN PARTICOLARE CON RIFERIMENTO ALL’IMPOSSIBILITÀ (SOPRAVVENUTA) DELLA PRESTAZIONE.

Il legislatore dell’emergenza, nei vari interventi dedicati alla materia contrattuale, ha spesso fatto richiamo alle norme che, nel codice civile, disciplinano

2 Peraltro – con riferimento alla necessità di potenziare lo strumentario che consenta, in ipotesi di sopravvenienze contrattuali, non soltanto di caducare il contratto, ma anche (se del caso) di mantenerlo in vita, modificandone il contenuto (attraverso una “rinegoziazione” tra le parti) – è opportuno evidenziare che la critica che si rivolge all’attuale testo dell’art. 1467 c.c. (v. la nota precedente) nella parte in cui non attribuisce anche al contraente colpito dalla sopravvenuta eccessiva onerosità l’iniziativa di chiedere la “revisione” del rapporto, non deve – a nostro avviso – indurre a pensare che questo possa tradursi in un *obbligo* dell’altra parte di mantenere in vita il rapporto (a condizioni diverse da quelle originarie). Quest’altra parte, infatti, potrebbe valutare che nuove ipotetiche condizioni contrattuali non corrispondano più all’interesse che la aveva spinto a concludere il contratto: ad es., in una locazione commerciale in relazione al quale il locatario chieda di ridurre a 4.000 euro il canone mensile originariamente fissato in 6.000 euro, il locatore potrebbe riconsiderare la stessa scelta di mantenere sul mercato il bene in questione, ritenendo più conveniente riacquisirne la disponibilità (sia per uso personale, sia per tentare di riallocarlo a controparti che abbiano maggiori disponibilità economiche). Come che sia, non si vede la ragione per la quale una (eventuale) soluzione “giudiziale” possa/debba sostituirsi al diretto interessato rispetto a decisioni che riguardano una tipica valutazione di convenienza rimessa alla sua autonomia. Va da sé che – per restare all’esempio che stiamo facendo – può ben darsi che sia lo stesso locatore a valutare come opportuno/conveniente (anche per il suo interesse) accedere ad una “revisione” degli originari patti contrattuali (e ad accordarsi in tal senso con la controparte); ma, ove ciò non sia (o quando, comunque, un accordo non venga raggiunto), non si vede come possa essere prospettata una violazione della buona fede per il fatto solo che il contraente (il locatore, nel nostro esempio) non abbia ritenuto di addivenire ad un accordo di revisione. E, viste le cose sotto questo profilo, la stessa disposizione dell’art. 1467 c.c. acquista una sua “logica”: se l’accordo con il debitore viene raggiunto (e lo sarà, verisimilmente, prima che il debitore agisca in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto), *nulla quaestio*; nessun problema neanche nel caso in cui il debitore agisca per la risoluzione del contratto, magari confidando di costringere così controparte a fare una proposta di revisione delle condizioni contrattuali (migliore di quella eventualmente già prospettata in sede stragiudiziale); ma se neanche questo avviene, la risoluzione del contratto sarà – a quel punto – l’unico esito possibile, perché significa che le parti (tutt’ e due, e non solo una) non hanno valutato come “conveniente” il (nuovo) punto di equilibrio che ciascuna di esse ha proposto.

3 V. la nota precedente.

le sopravvenienze contrattuali, e, in particolare, alle norme sull' "impossibilità sopravvenuta della prestazione".

Il richiamo a queste disposizioni è avvenuto sotto un duplice profilo, e con una duplice finalità: da un lato, ovviamente, esso è valso a richiamare la regolamentazione (ossia la disciplina) che esse ricollegano alla fattispecie della "impossibilità sopravvenuta della prestazione"; dall'altro, è valso a qualificare alcuni "fatti" (in particolare l'osservanza delle "norme di contenimento" emanate dallo stesso legislatore) come ipotesi da ricondurre (se non in virtù di una presunzione "assoluta", quanto meno di una presunzione *iuris tantum*) alla fattispecie in questione.

Ciò è accaduto ad es. nella disposizione (che è tra quelle che hanno richiamato maggiormente l'attenzione degli interpreti) dell'art. 3, comma 6 bis del D.L. n. 6/2020 (inserito dall'art. 91 D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia"), in forza del quale "Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, *ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c.*, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

La norma – ove interpretata alla lettera – sembrerebbe del tutto superflua, se non addirittura erronea. E' chiaro, infatti, che l'osservanza delle "misure di contenimento" (disposte dal legislatore) integra il classico *factum principis* (e, dunque, una causa estranea *non imputabile*) che *esclude la responsabilità del debitore*: conclusione cui si sarebbe pervenuti anche in mancanza della disposizione in esame⁴, la quale anzi potrebbe apparire addirittura fuorviante, laddove, accennando ad una "valutazione" da parte del giudice, sembrerebbe aprire la strada anche un possibile esito diverso del giudizio. A quest'ultimo riguardo, deve tuttavia osservarsi

4 Ciò ha indotto qualche autore (cfr. DE CRISTOFARO, G.: "Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonerazione del debitore da responsabilità per inadempimento", *Nuove leggi civ.*, 2020, 571 ss., 580-581) – proprio evitare una simile conclusione – a prospettare la tesi *secondo* la quale la disposizione in esame riguarderebbe l'ipotesi in cui l'applicazione delle misure di contenimento *non* abbia comportato l'impossibilità (in senso stretto) di esecuzione della prestazione dovuta, bensì "abbia creato per il debitore ostacoli e impedimenti (astrattamente superabili con uno sforzo non esorbitante i limiti della diligenza cui il debitore è tenuto ex art. 1176 c.c., ma) a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli e far incorrere il debitore che non ponga in essere uno sforzo siffatto nelle conseguenze giuridiche tipicamente connesse alla responsabilità per inadempimento di una obbligazione". Si tratta, tuttavia, di tesi che contrasta con il tenore letterale della disposizione (che, richiamando una valutazione "ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c.", chiaramente allude ad un giudizio di non responsabilità per sopravvenuta impossibilità dell'adempimento), ed anche con l'opinione decisamente prevalente in dottrina, che vede nell'art. 3 comma 6-bis un riconoscimento *ex lege* dell'impossibilità temporanea non imputabile al debitore ex art. 1256, comma 2, c.c. (v. in questo senso, ad esempio, BENEDETTI, A.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'", *Contratti*, 2020, 213 ss.; e DOLMETTA, A.A.: "Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione", *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020, pagg. 3-4). Da registrare è anche l'opinione (per la quale v. SCOGNAMIGLIO, C.: "Il governo delle sopravvenienze e la pandemia COVID-19", *Corriere giuridico*, 2020, 581 ss., 583 ss.) che ravvisa nella disposizione dell'art. 3, comma 6-bis una concretizzazione (legale) della buona fede contrattuale (e, per suo tramite, del principio di solidarietà sociale), che giustificherebbe l'adattamento del rapporto alla mutata situazione di contesto.

che la formula legislativa può acquistare un senso se la si legge come un modo (per la verità un po' contorto) di porre una "presunzione legale relativa": in altre parole, posto che spetterebbe al creditore provare non tanto il *factum principis* (che, nella specie, consisterebbe nell'emanazione delle "misure di contenimento della pandemia", che costituiscono un fatto notorio), quanto il *nesso di causalità* tra tale "fatto sopravvenuto" e l'esecuzione della specifica prestazione dedotta nel concreto rapporto obbligatorio, la disposizione sembra per l'appunto porre una presunzione circa la sussistenza di tale nesso, esonerando il debitore dalla prova dello stesso, e spostando sul creditore l'onere di provare (eventualmente) il contrario⁵.

Il richiamo alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (considerata sempre come causa di estinzione dell'obbligazione, ma – questa volta – non tanto per la sua incidenza sulla responsabilità debitoria e come causa di esclusione della stessa, bensì nei suoi riflessi – nei contratti a prestazioni corrispettive – sulla permanenza in vita del contratto) è presente in numerose altre disposizioni della legislazione "emergenziale".

Prima di passare ad esaminare qualcuna di queste previsioni normative, conviene richiamare – sia pure molto rapidamente – la disciplina generale contenuta al riguardo nel codice civile. Il che evidenzierà subito l'idoneità di questa disciplina (nelle sue varie articolazioni) a regolare varie ipotesi che si sono prospettate anche nel corso dell'emergenza Coronavirus.

a) L'impossibilità della prestazione⁶ può anzitutto presentarsi come *totale e definitiva*, e in tale caso – sempreché si tratti di una impossibilità incolpevole – la conseguenza non potrà che essere l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256, comma 1, c.c.) e, nei contratti a prestazioni corrispettive, il venir meno della pretesa del debitore liberato dalla propria obbligazione di ottenere la controprestazione⁷.

5 Attribuisce questa portata alla disposizione in esame PIRAINO, F.: "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti", *Contratti*, 2020, 485 ss., spec. 489-490. Bisognerebbe, comunque, precisare che l'inversione dell'onere della prova dovrebbe riguardare non tanto il fatto impeditivo in sé considerato (costituito dalle "misure di contenimento", che di per sé costituiscono un fatto notorio), quanto l'esistenza di un nesso di causalità tra tale fatto e la possibilità di porre in essere la specifica attività che il debitore avrebbe dovuto svolgere per adempiere alla propria obbligazione. Questa interpretazione confermerebbe, comunque, che una delle finalità della disposizione è quella di "bloccare" (per quanto possibile) l'insorgere di contenziosi giudiziali, "scoraggiando" i creditori che intendessero contestare l'inadempimento dei rispettivi debitori.

6 E' appena il caso di precisare che la "prestazione" a cui si fa riferimento è la prestazione c.d. "caratteristica" (es.: prestazione di trasporto, fornitura di beni o di servizi, etc.), non quella generica (quale è il pagamento del corrispettivo in denaro).

7 Si pensi – per fare un esempio che si è presentato più volte in questi ultimi mesi – al caso in cui una compagnia aerea che avrebbe dovuto trasportare un passeggero da Roma a Londra in un giorno determinato non possa eseguire il volo perché la Gran Bretagna ha temporaneamente "chiuso le frontiere" a stranieri provenienti da determinati paesi o località (tra cui l'Italia).

b) Il più delle volte, tuttavia, l'impossibilità è solo *temporanea* (e può riguardare sia l'intera prestazione che una parte soltanto di essa). L'impossibilità temporanea rileva, di per sé, solo come causa di esclusione della responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento, anche se può anch'essa determinare l'estinzione dell'obbligazione – e, conseguentemente, la risoluzione del contratto⁸ – 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” (art.1256, comma 2, secondo periodo)⁹.

c) C'è un altro caso in cui l'impossibilità temporanea si tramuta in impossibilità *definitiva*, ma senza – questa volta – comportare (come tale) la caducazione del contratto. Ciò avviene nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nei quali il “tratto di prestazione” rimasto ineseguito (perché temporaneamente impossibile), sovente non è più “recuperabile”¹⁰, sicché per queste prestazioni l'impossibilità è da considerarsi definitiva, ma determina una situazione assimilabile a quella dell' impossibilità *parziale*.

Quando l'impossibilità (definitiva) riguardi solo *una parte della prestazione*, il debitore (non risponde dell'inadempimento della prestazione divenuta impossibile, ma) continua ad essere tenuto ad effettuare la parte di prestazione rimasta possibile e si libera eseguendo questa prestazione parziale (art. 1258 c.c.); inoltre – se la prestazione è prevista nell'ambito di un contratto sinallagmatico – l'altra parte ha *diritto ad una riduzione della prestazione da essa dovuta* (o, in alternativa, a recedere dal contratto, qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale) (art. 1464 c.c.)

Come risulta da questa rapidissima illustrazione, è alquanto approssimativo qualificare i rimedi (contrattuali) collegati all'impossibilità sopravvenuta della prestazione come rimedi di tipo (invariabilmente) *caducatorio*. Se ciò è vero quando l'impossibilità sopravvenuta sia *totale e definitiva*, non è (necessariamente) vero per l'impossibilità *parziale* e, a maggior ragione, per un'impossibilità che sia solo temporanea. Inoltre – come si è sopra ricordato – l'impossibilità “parziale” non soltanto è, di regola, compatibile con il mantenimento in vita del contratto,

8 Come ritengono dottrina e giurisprudenza sulla base di un “principio” (generale) che si assume ricavabile dall'art. 1464 c.c. (che lo enuncia espressamente con riferimento all'impossibilità parziale: v. *infra* nel testo).

9 Quest'ultima disposizione è abbastanza interessante, perché mostra che l'impossibilità della prestazione (o meglio: l'estinzione dell'obbligazione che ad essa consegue) può ricollegarsi anche al venir meno dell'utilità che il creditore si riprometteva di trarre dal comportamento del debitore. E' bene osservare sin da ora che la vicenda descritta viene sovente confusa (o concettualizzata) come “irrealizzabilità della causa concreta”. In realtà, essa è una vicenda (estintiva) *dell'obbligazione*, che si ripercuote naturalmente (e non potrebbe essere diversamente) sul sinallagma contrattuale, ma che non fa venir meno la *causa del contratto*.

10 Si pensi ad un contratto di abbonamento semestrale ad un servizio di trasporto pubblico (con diritto dell'abbonato ad effettuare due corse giornaliere), che sia stato sospeso in conseguenza di misure di contenimento della pandemia.

ma dà *diritto* al creditore, che abbia ricevuto solo in parte la prestazione che gli era dovuta, di ottenere una corrispondente *riduzione* della (contro-)prestazione su di lui gravante, ossia (in sostanza) di ottenere un *adeguamento* del contratto, con riferimento al periodo temporale durante il quale perdura l'impossibilità e all'entità della riduzione a sua volta subita dalla prestazione caratteristica.

Sotto questo profilo, applicare (ove ne ricorrano i presupposti) la disciplina sopra sinteticamente richiamata consentirebbe di venire incontro ad alcune delle esigenze che più frequentemente sono state evidenziate nel dibattito di questi mesi (prima fra tutte l'esigenza di "riequilibrare" – sia pure per il periodo di durata dell'emergenza – i rapporti contrattuali, consentendo al contempo di mantenere in vita i rapporti contrattuali) senza ricorrere a meccanismi di ancora controversa configurazione (come l'obbligo di rinegoziazione¹¹) e senza invocare non meno problematiche applicazioni giudiziali di principi (solidarietà, ragionevolezza, proporzionalità, etc.), sui quali è tanto facile la condivisione valoriale, quanto difficile riuscire a trovare criteri che consentano una concretizzazione che sfugga all'accusa di risolversi in una valutazione puramente "soggettiva".

III. IL RICHIAMO A QUESTA DISCIPLINA NELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE E LE NOVITA'(LIMITATE)INTRODOTTE DA TALE LEGISLAZIONE.

Collocare gli interventi del legislatore dell'emergenza sullo sfondo della disciplina generale richiamata nel paragrafo precedente consente di percepire con maggiore nettezza il senso e la portata delle varie disposizioni introdotte in

11 Un particolare obbligo di rinegoziazione è stato espressamente previsto dal comma 2 dell'art. 216 del D.L. n. 34/2020 (Decreto "Rilancio"), il quale ha così disposto: « In ragione della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione. In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto. In tale caso, il concessionario ha di ritto al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto».

Al riguardo, si noti: i) che l'obbligo di rinegoziazione riguarda un rapporto di concessione di impianti sportivi di proprietà pubblica; ii) che la sua previsione è motivata con l'esigenza in particolare di consentire "l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati" (tant'è che si prevede che la revisione possa anche essere attuata attraverso una proroga della durata del rapporto); iii) che sono in qualche modo predeterminati i criteri (o alcuni dei criteri) che devono sovrintendere alla revisione del rapporto (la quale, in particolare, "deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione"); iv) che è prevista una dettagliata regolamentazione delle conseguenze del mancato accordo.

quest'ultimo anno con riferimento ai vari rapporti contrattuali relativamente ai quali il legislatore ha ritenuto di dover intervenire.

Si consideri, ad esempio, la disposizione dell'art. 216, comma 3, del D.L. n. 34/2020, che – con riferimento ai contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi *di proprietà di soggetti privati* – ha stabilito che “ La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione”, disponendo che “In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito”¹².

La norma è sicuramente innovativa se la considera in rapporto alla disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (non solo perché qualifica *ex lege* come “eccessiva” la maggiore onerosità del rapporto derivante, per il locatario, dalla sospensione delle attività sportive per i cinque mesi da marzo a luglio 2020, ma soprattutto perché attribuisce al locatario il *diritto* di pretendere da controparte una riduzione di almeno il 50% dei canoni dovuti per il periodo suddetto), superando completamente la norma codicistica che attribuisce invece alla parte che non è colpita dalla eccessiva onerosità la possibilità (per evitare la risoluzione chiesta da controparte) di formulare una proposta di riconduzione ad equità del contratto.

Se invece si considera la disposizione in esame in rapporto alla disciplina generale della impossibilità sopravvenuta, gli elementi di novità appaiono molto meno marcati. Premesso che la sospensione delle attività sportive disposta dai vari decreti governativi che si sono succeduti ha concretato sicuramente un'impossibilità (se pure parziale¹³) per i locatari di strutture sportive di godere dei beni locati, deve dirsi che il diritto di questi contraenti di ottenere una riduzione del canone era già scritto nell'art. 1464 c.c., e avrebbe dovuto essere riconosciuto anche se non fosse stata dettata la disposizione “emergenziale”,- sicché il *novum* da essa introdotto è soltanto la fissazione di una misura minima di tale riduzione (o – se si

12 Una previsione normativa ancora più radicale (riferita - questa volta - a un *canone di concessione*) è quella contenuta nell'art. 69, co. 2, del d.l. n. 18 del 2020, in base al quale «A seguito della sospensione dell'attività delle sale bingo ... non è dovuto il canone [concessorio] di cui all'articolo 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 e ss.mm. e ii. a decorrere dal mese di marzo e per tutto il periodo di sospensione dell'attività».

13 I locatari hanno, infatti, conservato la disponibilità degli immobili locati, e hanno continuato ad utilizzarli, se non altro per il ricovero dei beni aziendali.

vuole – la presunzione assoluta che l'impossibilità di svolgere l'attività abbia ridotto il godimento del bene locato per un ammontare) di almeno il 50%¹⁴. Previsione che – al pari di tante altre che più avanti richiameremo – ha l'evidente scopo (fra l'altro) di prevenire un contenzioso, che, nel disaccordo delle parti (in questo caso: sulla misura della riduzione del canone), avrebbe potuto eventualmente sorgere, investendo i Tribunali di un rilevante numero di ricorsi, e magari aprendo la strada a soluzioni alquanto diversificate (nonostante l'oggettiva comparabilità dei vari casi).

La sottolineatura della circostanza secondo cui, già in base alle norme generali (e, per così dire, "ordinarie") in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione, sarebbe stato ben possibile risolvere il problema (sicché – come detto – la funzione principale delle norme "emergenziali" sin qui considerate può apparire soprattutto quella di favorire composizioni stragiudiziali dei residui aspetti controversi che si sarebbero potuti prospettare) consente di vedere sotto altra luce anche la vicenda – che ha, forse più di tutte, richiamato l'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza – della sospensione/riduzione dei canoni dei contratti di locazione commerciale strumentali all'esercizio di attività economiche oggetto di provvedimenti governativi (o anche di ordinanze locali) che ne abbiano (direttamente o indirettamente) limitato o addirittura escluso completamente lo svolgimento.

La questione si è posta ripetutamente all'attenzione dei giudici, per lo più in sede di richiesta di provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c. volti a disporre la "sospensione" del pagamento dei canoni (di cui il conduttore chiedeva la riduzione, almeno parziale) ovvero a "bloccare" l'escussione da parte dei locatori delle garanzie (fideiussioni e altro) che assistevano il loro credito. E, significativamente, essa è stata per lo più risolta – senza particolari complicazioni¹⁵ – riconoscendo ai

14 Ne consegue che non ha senso l'alternativa che qualche autore prospetta tra il considerare la disposizione dell'art. 216, comma 3, come eccezionale per intero (e dunque confermativa – a contrario – della esclusione di pretese di riduzione o di revisione del corrispettivo al di fuori della specifica previsione di legge) ovvero solo limitatamente alla parte che predetermina legalmente la misura minima della riduzione del corrispettivo cui ha diritto il locatario (v. NAVARRETTA, E., *op.cit.*, 91). È evidente – a nostro avviso – che solo il secondo corno dell'alternativa prospettata ha senso.

15 Complicazioni destinate, invece, inevitabilmente a sorgere laddove qualche giudice ha ritenuto di dover pervenire al risultato della riduzione (temporanea) del canone, ipotizzando l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione del contratto, derivante dalla buona fede, e il cui (preteso) inadempimento da parte del creditore legittimerebbe il giudice a disporre appunto la riduzione richiesta dal debitore (cfr. Trib. Roma, sez. VI, 27 agosto 2020, G.I. Grauso, pubblicata in *Contratti*, 2021, unitamente ad altre tre pronunce che richiamiamo nelle note seguenti, e con *Commento* di GELLI, R.: "Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e di affitto di azienda"). La cosa veramente singolare è che – nella parte finale del provvedimento – il giudice capitolino riconosce che «...Alle medesime conclusioni si perviene qualificando la suddetta fattispecie come peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione della locatrice resistente di natura parziale e temporanea ...», attesa la sostanziale impossibilità di utilizzazione dei locali locati per l'attività di ristorazione, idonea ad incidere sui presupposti alla base del contratto, e che dà luogo all'applicazione del combinato disposto degli articoli 1256 c.c. (norma generale in materia di obbligazioni) e 1464 c.c. (norma speciale in materia di contratti a prestazioni corrispettive) ».

locatari il diritto alla riduzione del canone *sulla base di una impossibilità temporanea parziale della prestazione*¹⁶.

Chiaramente “spuntate” sono due possibili obiezioni alla riconduzione della sopravvenienza in esame alla figura della “impossibilità sopravvenuta”. La prima obiezione è quella di chi dovesse ritenere che non sussiste alcuna impossibilità (non solo – come è pacifico – della prestazione del conduttore, trattandosi di un’obbligazione pecuniaria; ma anche) della prestazione dovuta dal locatore,

Risulta del tutto incomprensibile, allora, la ragione per la quale la decisione, anziché essere presentata (ed argomentata) come applicazione di un rimedio legale, venga fatta apparire come frutto di un rimedio “pretorio”, ciò che – a tacer d’altro – ne accentua l’incertezza e la contestabilità. Si aggiunga che applicazioni così discutibili (perché sostanzialmente superflue) della dottrina dell’obbligo di rinegoziazione (ma nella pronuncia in esame non si omette di richiamare anche la teoria della presupposizione), finiscono per indebolire la stessa “figura” a cui fanno riferimento, che invece – per accreditarsi (anche giurisprudenzialmente) – ha bisogno di essere fondata su basi rigorose, che individuino con precisione i casi e i presupposti in presenza dei quali può farsi ricorso a questa costruzione, e inoltre (e si tratta, forse, dell’aspetto più problematico) enuncino i rimedi che possano essere utilizzati in caso di “violazione” dell’asserito obbligo di rinegoziazione.

Critiche alla pronuncia in questione sono state formulate anche da CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell’attivismo giudiziale nell’emergenza Covid-19”, *Contratti*, n. 6_2020, 712 ss., spec. 714, dove i principali punti deboli della argomentazione dell’ordinanza *de qua*, pur definita come “suggestiva”, sono così individuati: « ... a) il difetto di variazioni della misura dello scambio che alterino l’originario equilibrio contrattuale, considerate correntemente presupposti della rinegoziazione obbligatoria; b) l’errata riconduzione alla figura della presupposizione dell’idoneità del bene all’uso convenuto, che costituisce invece oggetto di un’obbligazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.); c) l’illegittima disapplicazione dei rimedi codicistici all’impossibilità sopravvenuta parziale di carattere temporaneo (artt. 1258 e 1464 c.c.), nonostante la riconosciuta adeguatezza funzionale».

In particolare, per quanto riguarda il profilo sub b) – che è quello che qui maggiormente interessa – CARAPEZZA FIGLIA contesta al ragionamento del Tribunale di Roma di non aver considerato che « i provvedimenti di contenimento del contagio, che hanno disposto la sospensione di attività produttive o la loro organizzazione «in modalità a distanza o lavoro agile» – lungi dall’incidere su una situazione di fatto esterna al contratto, destinata a verificarsi o a venir meno in modo indipendente dall’attività delle parti – conformano l’idoneità del bene all’uso pattuito, che costituisce oggetto di una specifica obbligazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.). L’incidenza dello stato di emergenza – conclude pertanto l’A.- può essere riportata dal piano (esterno al contratto) dei presupposti di efficacia o, secondo altro indirizzo, dei motivi, a quello interno dell’attuazione delle obbligazioni collegate dal sinallagma, sotto forma di riduzione dell’uso convenuto in contratto o desumibile dalle circostanze» (v. *op.cit.*, 716-717).

Si vedano anche le considerazioni critiche che BRIGUGLIO, A. (“Novità sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziale a spese dell’autonomia dei privati”, *Editoriale* del 7.10.2020, *Giustiziacivile.com*) ha rivolto ad una recente *Relazione tematica* dell’Ufficio del Massimario della Cassazione (dal titolo “*Novità normative sostanziali del diritto ‘emergenziale’ anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, Roma, 8 luglio 2020, a firma del consigliere Salvatore Leuzzi) che dà avallo all’utilizzazione dello strumento dell’“obbligo di rinegoziazione” del contratto *ex fide bona*, addirittura ritenendolo presidiato (in presenza di determinati presupposti) dalla tutela costitutiva ex art. 2932 c.c.

- 16 Esemplare per la chiarezza e il rigore dell’argomentazione è la pronuncia resa da Trib. Roma, sez. VI, ord. 29 maggio 2020, G.I. Miccio (cui si allinea integralmente Trib. Roma, sez. V, ord. 25 luglio 2020 – G.I. Corbo; entrambe le pronunce si leggono in *Contratti*, 2021, con nota di GELLI, cit.), che – in relazione ad un contratto di affitto di ramo d’azienda (in particolare, si trattava di un negozio di vendita di articoli di pelletteria, borse, valigeria, portafogli, etc.) – ha affermato che “i provvedimenti limitativi della libertà di iniziativa economica emanati per effetto della diffusione del virus “Covid-19” determinano un’ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione dell’affittante, cui consegue, quale riflesso sull’obbligo di corrispondere il canone, una riduzione destinata a cessare, nel momento in cui tale prestazione potrà tornare ad essere compiutamente eseguita” (nel caso di specie – pur respingendo il ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., per mancanza del requisito del *periculum in mora* – (nel caso di specie, il Tribunale ha ipotizzato, in considerazione della sospensione dall’11.3.2020 al 18.5.2020 dell’attività di commercio al dettaglio di beni diversi da generi alimentari, il diritto dell’affittuario a una riduzione del canone ex art. 1464 c.c. nella misura del 70%, corrispondenti in concreto a ca. 10.000 euro di minori somme che l’affittuario avrebbe dovuto corrispondere all’affittante).

restrittivamente identificata con la mera “messa a disposizione” del bene locato¹⁷. A questa obiezione è possibile replicare che l'art. 1575, n. 2. c.c. ricomprende nell'orbita dell'impegno obbligatorio del locatore il mantenimento della cosa in istato da servire all'uso convenuto: espressione, quest'ultima, che non va intesa genericamente, ma con riguardo allo specifico uso concordato tra le parti, e menzionato nell'enunciativa dell'oggetto del contratto.

Ma più in generale – e veniamo così alla seconda (e più insidiosa) obiezione che potrebbe essere prospettata – v'è da dire che, al di là di previsioni specifiche (come quella del ricordato art. 1575, n. 2, c.c.), il concetto di “prestazione” deve essere ricostruito in termini che ricomprendano, accanto al comportamento dovuto dal debitore, anche l'utilità (o, se si vuole, il “risultato”) atteso dal creditore, sicché “impossibile” dovrà dirsi divenuta la prestazione non solo quando sia sopravvenuto un impedimento che non consenta al debitore di adempiere, ma anche quando risulti “oggettivamente” impossibile al creditore di fruire dell'utilità che il comportamento del debitore è destinato a procurargli¹⁸. Torneremo più avanti su questo punto, che è di estrema importanza: qui, ci limitiamo semplicemente ad osservare che ciò che conta è che l'impedimento alla fruizione della prestazione non sia meramente “soggettivo” (non attenga, cioè, alla mera sfera personale o al rischio connesso all'attività svolta dal creditore), ma abbia carattere “oggettivo”, ossia consista in un impedimento che incide direttamente sulla prestazione, in sé e per sé considerata.

IV. ULTERIORI DISPOSIZIONI DELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE CHE RICHIAMANO LA NORMATIVA (GENERALE O SPECIALE) SULL'IMPOSSIBILITA' SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE OVVERO ALTRE NORMATIVE SETTORIALI IDONEE A RISOLVERE I PROBLEMI POSTI DALL'INCIDENZA DELL'EMERGENZA SANITARIA SULLO SVOLGIMENTO DEI RAPPORTI CONTRATTUALI.

Salvo che per alcune norme di ambito applicativo molto esteso (anzi, coestensivo alla totalità dei rapporti contrattuali) – come il sopra ricordato art. 3, comma 6 bis del D.L. n. 6/2020 –, il legislatore dell'emergenza è intervenuto per lo più dettando disposizioni relative a specifici rapporti contrattuali, e richiamando per tali rapporti, oltre che la disciplina generale sopra vista, anche la disciplina *specificata* delle sopravvenienze contrattuali propria *in via ordinaria* di tali rapporti. Naturalmente, anche in questo caso, sono state introdotte alcune integrazioni e/o modifiche (invero, alquanto limitate), quando esse sono parse indispensabili

¹⁷ Vedi, per un'argomentazione di questo tipo, Trib. Roma, Sez. VI, 9 settembre 2020, ord.- G.I. M. Corrias, in *Contratti*, 2021, cit.

¹⁸ Per alcune indicazioni dottrinali, v. *infra*, nota 22.

(o comunque opportune) alla luce della particolare situazione determinata dall'epidemia da Covid-19.

Esamineremo, qui di seguito, alcune delle disposizioni che rientrano in questo ambito.

a) Una prima fattispecie che merita di essere menzionata è quella dei contratti di trasporto (aereo, ferroviario o marittimo), rispetto ai quali l'art. 28 D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (che – come vedremo – si occupa anche dei contratti di “pacchetto turistico”)¹⁹ ha disposto che ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione, *ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c.*, quando il soggetto trasportato (creditore della prestazione) sia stato posto in quarantena (nel periodo in cui dovrebbe effettuarsi il viaggio) in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, oppure sia destinatario di un provvedimento di divieto di allontanamento da aree interessate dal contagio (1° comma)²⁰. La disposizione in esame, che si preoccupa di regolare in particolare l'obbligo restitutorio (in caso di anticipato pagamento, totale o parziale, del corrispettivo), ha stabilito un onere di comunicazione (entro 30 giorni) al vettore del ricorrere di una delle situazioni predette, disponendo che il vettore debba - nei successivi 15 giorni - procedere al rimborso dei titoli di viaggio (anche quando questi siano stati acquistati tramite un'agenzia di viaggi) oppure può emettere un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

Varie sono le novità contenute in questa disposizione, non tanto rispetto alla disciplina codicistica, quanto rispetto alla normativa “settoriale”, che ben conosce il problema, e lo regola a propria volta in maniera diversa rispetto alla disciplina generale. Ad es., in materia di trasporto marittimo, l'art. 400 c.nav., con riferimento all'ipotesi in cui il passeggero si trovi impossibilitato a viaggiare per una causa a lui non imputabile, dispone la risoluzione del contratto, ma impone al creditore l'obbligo di pagare un quarto del corrispettivo, al netto del vitto, se compreso nel prezzo. Una disciplina ancora diversa è poi prevista, in materia di trasporto aereo, dall'art. 945 c. nav., il quale dispone bensì l'obbligo del vettore aereo di restituire al viaggiatore “impossibilitato” *l'intero corrispettivo*, ma lo fa con norma derogabile, e – di fatto – sistematicamente derogata dalle c.g.c. (che, per lo più, prevedono regole di rimborso differenziate a seconda della tipologia tariffaria applicata).

19 L'art. 28 è stato poi abrogato dalla L. 24.4.2020 n. 27, e sostituito con l'art. 88-bis del D.L. n. 18/2020 (che ha aggiunto ai contratti di viaggio e di pacchetti turistici anche i contratti di soggiorno).

Una disciplina analoga è stata poi dettata dall'art. 88 del medesimo d.L. n. 18/2020, con riferimento al rimborso dei corrispettivi pagati per l'acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, quando la fruizione del servizio acquistato sia stata resa impossibile dalle misure restrittive emanate per fronteggiare l'epidemia da Covid-19.

20 E' appena il caso di evidenziare che quella considerata dalla norma è un'ipotesi di impossibilità *totale e definitiva*, che determina la risoluzione del contratto.

Ora, rispetto a questo quadro normativo preesistente, è evidente che l'art. 28 ha adottato (generalizzandola) la soluzione prevista in materia di trasporto aereo, imponendola peraltro con una norma che dovrebbe considerarsi prevalente rispetto anche ad eventuali clausole contrattuali di deroga (ossia a clausole contrattuali che addossino al viaggiatore il rischio di una impossibilità, anche dovuta a forza maggiore, di fruire della prestazione di trasporto).

Peraltro, per venire incontro anche ai vettori (già duramente colpiti dalle limitazioni introdotte dalla normativa d'emergenza), e per evitare che gli stessi potessero subire anche il contraccolpo negativo dell'obbligo di restituire immediatamente le somme già "anticipate" dal viaggiatore, si è introdotto il meccanismo del *voucher*, come modalità alternativa di esecuzione dell'obbligo di rimborso del corrispettivo dei titoli di viaggio²¹.

Senza soffermarci ulteriormente su queste fattispecie, ci limitiamo qui soltanto segnalare come il legislatore abbia, nel regolarla, accolto – con tutta evidenza – l'interpretazione maggioritaria (e che anche a noi sembra la più corretta, come già sopra abbiamo avuto modo di evidenziare) che ricomprende nel concetto di "*impossibilità della prestazione*" (ai sensi e per gli effetti degli artt. 1463 e ss. cod.civ.), accanto all'impedimento che rende impossibile il comportamento del debitore, anche l'impedimento che colpisca la possibilità per il creditore di ricevere la prestazione²².

21 Si è molto discusso, ad es., sulla natura del *voucher*. Ci sembra, fondamentalmente, corretta l'impostazione di PIRAINO (*op.cit.*, 510 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti), il quale – premesso che il rilascio del *voucher* è solo una modalità di effettuazione di una restituzione conseguente ad una risoluzione, e che non ci si trova pertanto di fronte ad "una ridefinizione *ex lege* del contenuto del contratto" (come invece sostiene qualche autore), e nemmeno ad una novazione oggettiva del rapporto originario – afferma che "il buono costituisce una modalità cartolare di restituzione del corrispettivo che attribuisce al contraente un valore monetario nei confronti della controparte a impiego discrezionale", e trae da questa definizione la conseguenza che, allo scadere del periodo previsto, il contraente (che non è più vincolato al contratto, che deve considerarsi risolto) potrà a propria scelta chiedere il rimborso monetario o utilizzare il "buono" per usufruire di una prestazione di corrispondente valore. In giurisprudenza, sulla "legittimità" del rimborso del corrispettivo tramite il meccanismo del *voucher* si veda l'articolata pronuncia di Trib. Verona, 19 gennaio 2021.

22 Com'è noto, alcuni autori ritengono che le vicende che riguardano la sfera personale del creditore, impedendogli di prestare la cooperazione dovuta o, comunque, di ricevere la prestazione messa a disposizione dal debitore, non possono essere fatte ricadere su quest'ultimo, perché è giusto che costituiscano un rischio ricadente sul creditore (anche nel caso in cui nessun addebito a titolo di colpa possa essergli mosso).

Ma l'opinione maggioritaria è nel senso di equiparare l'impossibilità (non imputabile) del creditore di ricevere la prestazione all'impossibilità che colpisce l'attività dovuta da parte del debitore.

In tale ultimo senso, v. COTTINO, C.: "*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*", Milano, Giuffrè, 1955, 8 ss. BIANCA, C.M., "*Diritto civile, V. La responsabilità*", Milano, Giuffrè, 1994, 383 ss.; per l'opposta (e minoritaria) tesi cfr., invece, TRIMARCHI, P.: "*Il contratto: inadempimento e rimedi*", Milano, Giuffrè, 2010, 24 ss.

Una breve discussione sul punto si legge in PIRAINO, *op.cit.*, 498, il quale evidenzia opportunamente come la soluzione (giustamente) prevalente non sia altro che il riflesso di una corretta ricostruzione del concetto di "prestazione", che comprende sia il profilo del comportamento dovuto dal debitore sia quello del "risultato" atteso dal creditore.

b) Un'ulteriore tipologia di rapporti contrattuali presa in considerazione dal legislatore dell'emergenza è costituita dai contratti di "pacchetto turistico", anch'essi disciplinati dall'art. 28, del quale abbiamo poc'anzi esaminato alcune previsioni.

Il comma 5 di tale norma ha disposto che i soggetti che si trovino in una delle situazioni "impossibilitanti" di cui al comma 1, possono *recedere* dai contratti di "pacchetto turistico", che avrebbero dovuto ricevere esecuzione nei periodi di quarantena, isolamento domiciliare, etc., e hanno diritto al rimborso integrale dei corrispettivi anticipati²³.

Qui la terminologia (in particolare l'uso del verbo "recedere" e del termine "recesso") si adegua a quella della normativa "ordinaria" che regola questo tipo di rapporti contrattuali, normativa oggi contenuta – sotto il titolo di "*Contratti del turismo organizzato*" – nel "Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo" (in breve; "Codice del turismo"), approvato con l'art. 1 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, e contenuto nell'Allegato I a detto d.lgs.²⁴.

Tralasciando altre facoltà attribuite al viaggiatore (come quella di cedere a terzi il contratto di pacchetto turistico, prevista nell'art. 38 del Codice), giova richiamare subito l'art. 41, che al comma 4, prevede il diritto del viaggiatore di sciogliersi dal contratto senza corrispondere alcuna spesa di recesso (c.d. recesso gratuito), nel caso in cui siano sopravvenute «*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 dei passeggeri verso la destinazione*»²⁵.

Rispetto alla previsione dell'art. 41, or ora citata, quella del 5° comma dell'art. 28 D.L. n. 9/2020 esibisce alcune differenze, in particolare sotto due profili: da un lato, infatti, la disposizione in esame amplia (rispetto alla regola "ordinaria") la tutela del viaggiatore ammettendo il recesso "gratuito" anche in relazione a circostanze

23 Anche in questo caso è concesso all'organizzatore (*tour operator*) l'alternativa tra il procedere al rimborso nei 15 giorni successivi alla comunicazione di recesso ovvero effettuare il rimborso mediante l'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

24 Il d.lgs. n. 79/2011 (e, in particolare, le specifiche norme che citeremo in appresso) sono state modificate dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2015/2302 UE.

25 Il Considerando 31 della Direttiva 2015/2302 UE (cui il nostro legislatore ha dato attuazione con il cit. d.lgs. n. 62/2018) esemplifica le circostanze inevitabili e straordinarie (di cui all'art. 12 dir.), richiamando le ipotesi di "conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia ... o calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche che impediscano di viaggiare in modo sicuro" (corsivo aggiunto). Sul recesso "gratuito" previsto dall'attuale art. 41 comma 4 del d.lgs. n. 79/2011 (in attuazione dell'art. 12, par. 2, dir. 2015/2302 UE), e sulla sua configurabilità come rimedio a una situazione di "impossibilità oggettiva" di attuazione del rapporto, cfr. per tutti PAGLIANTINI, S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro limiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE", AA.VV. *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Milano, § 4 (e, già prima, Id., "Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302 UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura", *Contratto ed Impresa-Europa*, 2017, pp., § 7).

che riguardano la persona del creditore (come la messa in quarantena o in stato di permanenza domiciliare fiduciaria) e non (solo) a situazioni “oggettive” verificatesi “nel luogo di destinazione del viaggiatore”; dall’altro essa tutela altresì la posizione del *tour operator*, consentendogli – oltre che di procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell’articolo 41 del citato d.lgs. n. 79/2011 – anche di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, oppure ancora di emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante²⁶.

Per concludere va detto che la tutela del viaggiatore è completata dalla possibilità (che deve ritenersi sempre sussistente) di esercitare – quando non ricorrano i presupposti per poter recedere dal contratto senza spese (o quando comunque – magari per ragioni di *privacy* – il viaggiatore non intenda ricorrere a tale istituto) – il recesso c.d. “oneroso” previsto dal 1° comma dell’art. 41 del Cod. del Turismo, ai sensi del quale il viaggiatore, senza alcun onere di motivazione, può recedere dal contratto di pacchetto turistico in ogni momento prima dell’inizio del pacchetto turistico, *rimborsando all’organizzatore le spese da questi sostenute*, purché adeguate e giustificabili²⁷. E si noti come, in presenza di quest’ulteriore rimedio “tipico” (e della sua evidente “complementarietà” con il recesso gratuito di cui al 4° comma del medesimo art. 41), non ci dovrebbe essere spazio per allargamenti dell’area del “recesso gratuito”, giustificati magari dall’invocazione della c.d. “irrealizzabilità della causa concreta”²⁸. Ove ciò accadesse, ci si troverebbe di fronte ad un sovvertimento delle regole legali di ripartizione del rischio contrattuale, regole alle quali il legislatore (anche dell’emergenza pandemica) ha mostrato di prestare particolare attenzione attraverso la disciplina sopra sinteticamente illustrata.

26 Disciplina analoga, anche se non identica, è prevista nel comma 9 dell’art. 88-bis del D.L. n. 18/2020 (che ha sostituito l’originario art. 28 del D.L. n. 9/2020), con riferimento ai viaggi e alle altre iniziative d’istruzione oggetto di *sospensione* ai sensi degli artt. 1 e 2 del D.L. 23.2.2020, n. 6. La norma prevede *tout court* l’applicazione di quanto previsto (in ordine al diritto di recesso del viaggiatore prima dell’inizio del pacchetto di viaggio) dall’art. 41, comma 4, d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79 (Codice del Turismo) e dall’art. 1463 c.c., aggiungendo soltanto la previsione della possibilità di effettuare il rimborso delle somme anticipate mediante l’emissione di un *voucher*.

27 Si tratta di una sorta di *ius poenitendi* che sembra disciplinato più che sul modello dello *ius poenitendi* noto alla legislazione consumeristica, su quello dello *ius poenitendi* che è previsto in alcuni rapporti contrattuali (es.: appalto, contratto di prestazione d’opera intellettuale, etc.) relativamente ai quali si vuole lasciare al creditore la possibilità *re melius perpensa* (e, comunque, senza un particolare onere di motivazione) di “rinunciare” alla prestazione prevista nel contratto (per motivi che possono attenersi alla persona della controparte [si pensi alla revoca di un incarico professionale per ragioni di “fiducia” nei confronti del professionista], oppure anche per ragioni che attengono alla sfera del creditore [ad es., una sopravvenuta impellente esigenza di liquidità, che suggerisce di abbandonare un costoso progetto di ristrutturazione della propria abitazione]), tenendo peraltro indenne la controparte delle spese sostenute, e corrispondo il compenso per la parte di prestazione sino a quel momento eseguita (si tenga presente che, nel caso della vendita di pacchetto turistico, può darsi che – al momento dell’esercizio del recesso da parte del viaggiatore – l’organizzatore abbia già eseguito *in larga parte* la propria prestazione, che precede naturalmente la fase di esecuzione del pacchetto turistico).

28 E cfr. PAGLIANTINI, S.: “Tra diritto delle Corti e teoria dei contro-limiti”, *l.c.ult.cit.*, il quale proprio nella “codificazione”, nel citato art. 41 Cod. tur., delle ipotesi (ben distinte) del recesso “oneroso” (comma 1) e del recesso “gratuito” (comma 4), ha acutamente intravisto il ripudio «...a chiare lettere [di] quell’indirizzo giurisprudenziale imputante, mercé l’escamotage di una causa concreta irrealizzabile, il rischio del fortuito *interamente* al professionista».

V. EMERGENZA SANITARIA E RIMEDI CONTRATTUALI: GLI ORIZZONTI DELLA CAUSA CONCRETA E DELLA PRESUPPOSIZIONE.

Le considerazioni sin qui svolte dovrebbero aver già fatto trasparire la posizione (negativa) dell'autore di queste pagine in ordine alla necessità, o anche solo all'opportunità, di implementare il sistema dei rimedi attraverso i quali affrontare l'incidenza che la sopravvenienza "pandemica" ha avuto (su scala vastissima) sui rapporti contrattuali.

Si è visto, nelle pagine che precedono, come sia probabilmente infondato (se non *in toto*, certamente in larga misura) il giudizio che postula l'esistenza di una significativa inadeguatezza del nostro sistema rimediale (in materia di disciplina delle sopravvenienze), in particolare per l'asserita mancanza di rimedi di tipo conservativo (che mantengano in vita il contratto al contempo "adeguandolo" alle mutate condizioni sopravvenute).

Ma – anche ammesso, per un attimo, di voler accreditare una simile opinione – non ci sembra che rimedi "pretori", quali quelli che vanno sotto il nome di "presupposizione" e di "causa concreta", possano offrire un completamento – e, tanto meno, una "correzione" delle (pretese) inadeguatezze del sistema legale – che possa esibire tratti di razionalità e di equilibrata composizione degli interessi.

Senza riprendere il tema (cui si è accennato nel paragrafo introduttivo) della (in) opportunità di "gestire" una crisi "sistemica", come quella generata dalla pandemia da Covid-19, con strumenti di ancora incerta e controversa configurazione²⁹ – la cui applicazione, da un lato, è affidata ad una (problematica) concretizzazione giudiziale di principi e clausole generali non poco indeterminati, e dall'altro sconta i tempi (notoriamente non brevi) della giurisdizione³⁰ –, osserviamo intanto come non possa non apparire singolare che, nonostante si individui nell'assenza di strumenti "conservativi" del contratto il limite principale dell'attuale normativa sulle sopravvenienze contrattuali, si faccia poi appello a rimedi (per così dire "atipici" o preterlegali) che hanno a loro volta una funzione (per lo più) "caducatoria" del contratto³¹.

29 E' significativo ad es. che, nell'ordinamento tedesco, si sia pervenuti alla "codificazione" della "presupposizione" solo recentemente, nonostante la figura in questione vanti un dibattito dottrinale e una elaborazione giurisprudenziale più che secolari. Sul punto v. anche *infra*.

30 Problema quest'ultimo che non è affatto eliminato dalla possibilità di ricorrere alla tutela cautelare (in particolare all'art. 700 c.p.c.), attesa la problematicità di ammettere (al di là del *fumus boni iuris*) la sussistenza del requisito del *periculum in mora*, venendo in gioco generalmente la richiesta di sospensione di obbligazioni di natura pecuniaria.

31 Ciò vale certamente per la "causa concreta", ma può dirsi anche per la presupposizione. E, invero, che il rimedio collegato al "venir meno" della presupposizione (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) sia un rimedio di tipo caducatorio (in senso lato) appartiene alla storia dell'istituto, anche se si deve subito aggiungere che la recente riforma tedesca dello *Schuldrecht* ha codificato l'istituto nel § 313 BGB, il quale non parla però di *Wegfall* bensì di semplice *Störung* (=alterazione, disturbo, turbamento) della *Geschäftsgrundlage*, ipotizzando quale rimedio principale il c.d. "adeguamento" (*Anpassung*) del contratto,

Ma, a parte questa osservazione, ce n'è un'altra che ci sembra opportuno enunciare sinteticamente *in limine*. Causa concreta e presupposizione – come vedremo subito – sono invero costruzioni nate per coprire (pretesi) “vuoti di tutela” della disciplina legale delle sopravvenienze. Sennonché gli asseriti “vuoti di tutela” o non sono realmente sussistenti (dipendendo piuttosto da interpretazioni non adeguate delle norme che disciplinano rimedi “tipici”), oppure non meritano di essere colmati con i rimedi preterlegali in questione (palesandosi, invece, come corretta la scelta del legislatore di non attribuire rilievo a determinati interessi o a determinate situazioni).

1. Rilievi critici sul ricorso alla nozione di “causa concreta”.

La nozione di “causa concreta” è una nozione per molti versi ambigua.

Mentre, infatti, il sostantivo “causa” induce a pensare che si tratti del “requisito” di cui all'art. 1325 c.c. (requisito che però – come noto – riguarda l'atto, e la c.d. fase genetica del contratto, come è dimostrato dal rimedio della nullità - e cioè della inefficacia originaria - che viene ricollegato alla mancanza della causa dall'art. 1418 c.c.), il rimedio che viene predicato per le fattispecie variamente catalogate come “venir meno” o “inutilizzabilità” o “irrealizzabilità” della causa concreta” è quello della risoluzione del contratto, cioè un rimedio che attiene al rapporto (e più precisamente ad una alterazione sopravvenuta del sinallagma funzionale)³². Del resto, è del tutto ovvio che, nei contratti a prestazioni corrispettive, *sempre* (e non solo nelle ipotesi in cui la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di “causa concreta”), l'estinzione (per impossibilità sopravvenuta non imputabile) di una delle obbligazioni contrapposte, fa venir meno il “sinallagma funzionale” (ossia la ragione che lega le due prestazioni corrispettive). E, sotto questo profilo, l'espressione “irrealizzabilità della causa concreta” appare solo un modo diverso per indicare un fenomeno notissimo e antico (e, oltre tutto, non legato a fattispecie circoscritte).

mentre solo “se un adattamento del contratto non è possibile o è irragionevole per una parte” è previsto lo scioglimento del rapporto attraverso un potere di recesso attribuito alla parte svantaggiata.

32 E che di questo si tratti (ossia di un modo di evocare le tradizionali ipotesi di “sopravvenienze”, incidenti sul rapporto, prima fra tutte l'impossibilità della prestazione, e la conseguente estinzione dell'obbligazione di una delle parti) – nonostante il ricorso al termine “causa” – lo si evince chiaramente dalla lettura delle sentenze.

Si veda, ad es. Cassazione civile sez. III - 22/08/2007, n. 17844 (repertoriata sotto la voce “Risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta”), dalla quale è tratta la seguente massima : « In caso di impossibilità, determinata da evento sismico, di godere degli immobili locati e di utilizzarli per l'uso (nella specie, scuola pubblica) cui gli stessi erano adibiti, tanto da essere oggetto di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità, qualora non sia stata emanata in relazione al predetto evento una specifica disciplina legislativa volta a regolare le vicende dei contratti di locazione aventi ad oggetto gli immobili rimasti danneggiati, occorre far riferimento alla disciplina generale in tema di estinzione del rapporto contrattuale per sopravvenuta impossibilità della prestazione non imputabile alle parti ex art. 1463 c.c., quale rimedio all'alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta, comportante l'automatica risoluzione “ex lege” del contratto, con conseguente liberazione del debitore dall'obbligazione divenuta impossibile che nello stesso trovava fonte » (corsivo nostro).

Ci si potrebbe fermare semplicemente a questa denuncia circa il carattere equivoco della formula (e l'inopportunità del suo uso in alternativa ad espressioni ben più precise e collaudate), se non fosse che le discussioni circa la genesi del nostro concetto confermano che, parlando di "causa concreta", sovente si ritenga veramente che il riferimento sia alla "causa", come requisito del contratto ex art. 1325 c.c.

Ciò avviene quando si individua questa genesi nel passaggio dalla concezione della causa come "funzione economico-sociale" alla concezione della causa come "funzione economico-individuale"³³. Sul punto bisogna, tuttavia, intendersi. Il passaggio in questione ha un significato sicuro, se esso viene rinvenuto sul terreno del rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico: vuole significare un atteggiamento più "liberale" dell'ordinamento nel valutare la rilevanza (e nel riconoscere l'efficacia) degli atti di autonomia privata (senza condizionare questo giudizio ad una valenza "sociale" dell'interesse perseguito dai contraenti).

Più dubbio è, invece, che la formula della funzione "economico-individuale" (e quella – ad essa, impropriamente, collegata – della "causa concreta") abbia, invece, apportato una significativa novità sul terreno della modalità di effettuazione del giudizio causale. E, invero, che tale giudizio debba avvenire *in concreto*, ossia con riferimento al singolo specifico atto di autonomia privata, non è cosa che potesse (in passato) o possa essere messa seriamente in dubbio³⁴. È evidente (ma lo era anche prima che si cominciasse a parlare di causa concreta), insomma, che solo guardando alla *specifica compravendita, tra due specifiche parti contrattuali (quel venditore e quell'acquirente), con riferimento a quello specifico "oggetto",* che si potrà accertare se il contratto di cui trattasi abbia o non abbia una causa, abbia o non abbia (eventualmente) una causa *illicita*, e così via.

Non ci sembra neanche vero che la formula della (causa come) "funzione economico-individuale" abbia avuto il merito di far uscire il giudizio causale dall'angustia di una considerazione limitata al solo piano del rapporto tra atto di autonomia privata e ordinamento giuridico, restituendogli anche una funzione

33 V., ad es., SCOGNAMIGLIO, C.: "La causa concreta: una proposta dottrinale di successo", *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 588 ss., sebbene l'A. avverta che il concetto di "causa concreta" non si identifica (né si sovrappone) con quello di "causa come funzione economico-individuale del contratto".

Sul passaggio dalla nozione di causa come "funzione economico-sociale" a quella di causa come "funzione economico-individuale" del contratto (passaggio che matura, in gran parte, a seguito della nota monografia di FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, *passim*) cfr., in generale, SCOGNAMIGLIO, C.: *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo V. (dir.), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.; ALPA, G.: *La causa e il tipo*, in E. GABRIELLI (cur.), *I contratti in generale*, I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2a ed., Torino, 2006, p. 550 ss.; e, a livello monografico, GIROLAMI, M.: *L'artificio della causa contractus*, Padova 2012, p. 62 ss.

34 È evidente, del resto, che solo guardando alla *specifica compravendita, tra due specifiche parti contrattuali (quel venditore e quell'acquirente), con riferimento a quello specifico "oggetto",* che si potrà accertare se il contratto di cui trattasi abbia o non abbia una causa, e se questa causa sia o non sia (eventualmente) una causa *illicita*, e così via (su quest'ultimo punto v. anche *infra*, testo e nt.35)

pratica sul terreno della tutela *tra i contraenti*³⁵. In verità, quest'ultimo ruolo il concetto (tradizionale) di "causa" lo ha sempre svolto sotto almeno due profili : i) in primo luogo consentendo – mediante l'individuazione dell'*interesse fondamentale* perseguito (dai contraenti) attraverso il proprio atto di autonomia – di operare la *qualificazione* del contratto, riconducendolo a questo o a quel *tipo legale*, ovvero decretandone la *atipicità* (con tutte le conseguenze che – nell'uno come nell'altro caso – discendono, in particolare sul terreno della disciplina applicabile all'atto e al rapporto)³⁶; ii) in secondo luogo, consentendo di distinguere ciò che appartiene all'*interesse effettivamente regolato dal contratto* da ciò che costituisce mero *motivo individuale* dell'uno o dell'altro contraente (distinzione fondamentale per evitare che la frustrazione dei motivi soggettivi possa essere invocata per ottenere la caducazione o la modificazione del contratto)³⁷.

Forse è proprio su quest'ultimo terreno che può trovare spiegazione – sotto un profilo in parte diverso da quelli sin qui richiamati – il "successo" della formula della "causa concreta". Con essa, infatti, non sembra farsi altro che dare un nome (comune) a una serie di situazioni nelle quali, per diverse ragioni, si vuole attribuire rilevanza ad elementi (e interessi) che normalmente non sembrerebbero doverla avere (primi fra tutti – ma non solo – i motivi *soggettivi* dei contraenti)³⁸, ma poi

35 Così, invece, NAVARRETTA, E.: "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti", *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 981 ss., dove si legge che « la causa, nel dover giustificare la dialettica fra negozio e ordinamento, in quanto medio fra volontà e norma o in quanto strumento di controllo dell'autonomia negoziale, riferito all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto, cessa quasi integralmente di svolgere un ruolo pratico e di tutela delle parti».

Aderisce a questo giudizio SCOGNAMIGLIO, C.: *op.cit.*, 591 e nt. 9.

36 Appartiene – a nostro avviso – a questo *tipo di problemi* anche l'utilizzazione (da parte della dottrina tradizionale) della "causa" come strumento per valutare se il concreto contratto posto in essere (richiamando - magari - uno specifico tipo contrattuale, ad es. la compravendita) non sia stato utilizzato per consentire alle parti di conseguire finalità *estrane* alla logica del tipo prescelto. Rientrano in questa prospettiva la tematica del *negozio in frode alla legge* (che, non a caso, l'art. 1344 c.c. riconduce all'alveo della causa), come pure - più in generale - quella del c.d. *negozio indiretto*.

Ritematizzare queste problematiche in termini di "causa concreta" è legittimo, purché si usi l'avvertenza di non ritenere che i fenomeni a cui si fa riferimento siano nuovi. Sotto questo profilo saremmo abbastanza cauti nel considerare come espressiva di un concetto inedito (espresso appunto dal sintagma "causa concreta") la massima che si legge in Cass. 8 maggio 2006, n. 10490 (in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di ROLFI, "La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un *idolum tribus?*"), secondo cui la causa concreta sarebbe « lo scopo pratico del negozio ... sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, *al di là del modello astratto utilizzato* », dove la parte finale (che abbiamo messo in corsivo) sembrerebbe per l'appunto alludere alla tipica problematica del "negozio indiretto" (ma cfr. ROPPO, *op.cit.*, 963 ss., che vede nella sentenza in questione la pronuncia cui si deve "la creazione del marchio" della causa concreta; in realtà, peraltro – al di là della formula definitoria –, nella specie si trattava, probabilmente, di una banale ipotesi di *mananza di causa*).

37 Il che conferma che non è vero che lo strumento della "causa", anche nella teorica tradizionale, non serva (anche) a definire alcuni aspetti della *tutela dei contraenti*. Del resto, questo emerge anche dai rapporti che esistono, indubbiamente, tra il profilo della causa e quello dell'interpretazione (di un "rapporto circolare" parla, giustamente, BIANCA, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv.dir.civ.*, 2014, I, 251 ss., spec. 267 ss.

38 A volte, peraltro, la "causa concreta" viene invocata anche con riferimento ad ipotesi in cui si vuol dare rilevanza a "motivi", in casi in cui questa rilevanza è però già riconosciuta dall'ordinamento. Si pensi, oltre che al caso – già ricordato *supra* (penultima nota) – del "negozio in frode alla legge" (per il quale è risalente la teorizzazione in termini di eccezionale rilevanza del motivo comune), all'ipotesi della nullità ex art. 1345 c.c. per illiceità del motivo illecito comune ai due contraenti (e, per l'affermazione secondo cui «Nel campo

anche sopravvenienze che incidono sulla *convenienza* economica del contratto stipulato, ma che non attribuiscono al contraente - di regola - né una tutela in termini invalidatori né in termini risolutivi³⁹.

Ma è proprio con riferimento a questi (ulteriori) usi che il concetto di “causa concreta” rischia di palesarsi non solo come un concetto superfluo (perché indicativo di fenomeni e di funzioni che sono già denotati da altre, ben più risalenti e appropriate, nozioni, come quella del venir meno del sinallagma funzionale), ma altresì come un concetto pericoloso (o, comunque, da maneggiare con estrema attenzione).

dell'illiceità, ... non c'è particolare bisogno della creatività degli interpreti per scoprire la causa concreta», perché «questa è già scritta nelle norme. Parlo ovviamente degli artt. 1344 e 1345 c.c.», v. ROPPO, *op.cit.*, 974, il quale conclude icasticamente nel senso che «Viene il sospetto che la “scoperta” della causa concreta nel campo dell'illiceità contrattuale non si distacchi più che tanto dalla scoperta dell'acqua calda»; e per un'ipotesi giurisprudenziale, che avrebbe potuto tranquillamente essere risolta facendo applicazione dell'art. 1345 c.c., v. la pronuncia di Cass. 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655, con nota di Galati, *Brevi osservazioni in tema di c.d. «causa concreta» del contratto*, citata dallo stesso Roppo).

- 39 Antesignano di un nuovo approccio, volto a dare rilievo ad “interessi” che – secondo l'impostazione corrente – venivano considerati “estranei” al profilo causale (e, comunque, inidonei ad aprire le porte a rimedi a favore del contraente portatore di tali interessi) è il volume di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1969, che costituisce anche una originale reimpostazione del tema del “rischio contrattuale”.

Si pensi, ad es., al caso (che ROPPO, *op.cit.*, 960-961, annovera tra quelli in cui per primo emerge – se pur non ancora a livello lessicale - il profilo della “causa concreta” di quel tifoso del Torino calcio, che aveva stipulato un abbonamento per assistere alle partite di calcio della squadra nel campionato successivo, e che aveva agito per chiedere la “caducazione” del contratto, dopo la (inaspettata) “cessione” a inizio campionato del centravanti Lentini, la cui presenza nelle file del Torino costituiva (a detta del ricorrente) il *motivo* per cui egli aveva sottoscritto l'abbinamento. La Cassazione (v. Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2502) – com'è noto – ha dato ragione all'abbonato, ritenendo che nella specie dovesse darsi rilevanza “causale” (con riferimento al concreto contratto) all'interesse dedotto.

Discorso analogo (anche se solo in parte) si può fare per un'altra pronuncia (anch'essa ricordata da ROPPO, *op.cit.*, 961), nella quale – in un'ipotesi di c.d. mutuo di scopo (si trattava di un finanziamento concesso in vista dell'acquisto di un'autovettura) la Corte di cassazione ha ritenuto che il “collegamento” tra il finanziamento e la compravendita (che, nella specie, era stata oggetto di risoluzione consensuale) assumeva rilevanza causale, sicché la destinazione delle somme mutate allo scopo previsto travalicava la semplice sfera dei “motivi”, e giustificava il venire meno anche del contratto di finanziamento (così Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, *Contratti*, 2001, p. 1126, con nota di PERROTTI, “Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale”).

In fondo, poi, pongono (almeno in parte) un problema simile (ossia un problema di rilevanza del “motivo”) anche quelle pronunce (in tema di contratti di viaggio “tutto compreso”) che hanno dato rilievo alla circostanza che (al di là delle specifiche prestazioni espressamente menzionate nel “pacchetto turistico”) la situazione di contesto avesse reso non fruibili da parte del turista una serie di attività (di svago o culturali) solitamente svolte in occasione di una vacanza, se pur non specificamente dedotte in contratto (cfr. la *leading case* di Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, già cit.). Circostanza quest'ultima – osserviamo – che, teoricamente, dovrebbe portare semmai ad escludere che gli interessi non specificamente dedotti in quello specifico contratto possano essere ricompresi nell'orbita della “causa concreta” (altro sarebbe se, in un pacchetto turistico acquistato da un turista amante della pesca subacquea, fossero state previste una serie di “escursioni” in località particolarmente adatte a praticare questo tipo di sport, ma divenute inaccessibili a questo scopo per l'inquinamento del mare prodotto da un incidente occorso ad una grossa nave petroliera). Comunque, va segnalato che – nella sentenza da ultimo citata – si percorre la strada di una (non facile distinzione) tra “motivi rilevanti” (riassunti nella formula dello “scopo vacanziero” – di relax e divertimento – connesso di per sé al “contratto turistico”) e “motivi irrilevanti” (quali « il desiderio di allontanarsi per un po' dal coniuge o dalla cerchia degli amici o dall'ambiente di lavoro »): il che, paradossalmente, porta a ricondurre ad un profilo di “tipicità” (*recte*: di conformità al “tipo”) anche la c.d. “causa concreta”, che invece sembrerebbe volersi distaccare da una impostazione siffatta. Parimenti, è confermato che anche lo strumento della “causa concreta” non può prescindere dalla fondamentale distinzione causa/motivi, e che il problema è semplicemente quello di una (diversa) selezione degli interessi da ricondurre alla “causa” (tipica) dell'atto, differenziandoli da quelli che rimangono relegati nell'area dei (semplici) “motivi” individuali.

Ma su quest'ultimo aspetto ci soffermeremo nel paragrafo seguente, parlando della presupposizione, nozione alla quale non di rado quella della “causa concreta” viene accostata, sotto il profilo della rilevanza che – attraverso sia l'uno che l'altro di tali concetti – si intende dare ad interessi (incisi da sopravvenienze di vario genere, ma) che non sembrerebbero poter trovare tutela in rimedi “tipici” accordati al contraente.

2. (Segue): ... E sull'utilizzazione del concetto di “presupposizione”.

L'aspetto evidenziato alla fine del paragrafo precedente segnala un punto di contatto assai significativo tra “causa concreta” e “presupposizione”⁴⁰, istituti che del resto – secondo un'opinione diffusa (tanto in dottrina che in giurisprudenza), che ci sentiremmo, tendenzialmente, di condividere – sono destinati (almeno parzialmente) a sovrapporsi⁴¹ sotto il profilo del tipo di problema che le due nozioni finiscono per affrontare (e che si riassume nella domanda su come sia possibile dar rilievo alla frustrazione di interessi di un contraente, che sembrerebbero non averlo, non essendo stati esplicitamente dedotti né sul piano delle obbligazioni assunte né su quello della previsione di una condizione risolutiva dell'efficacia dell'atto).

I punti di contatto tra la teorica della “causa concreta” e quella della presupposizione⁴² sono confermati dalla considerazione degli elementi che si ritiene debbano sussistere per applicare l'istituto della “presupposizione” : il “presupposto” deve essere comune ad entrambi i contraenti, i quali devono aver

40 La letteratura sulla presupposizione è vastissima, anche limitandosi soltanto alla dottrina italiana. Tra le trattazioni più recenti del tema (alle quali si rimanda anche per indicazioni bibliografiche più risalenti, ma non meno importanti) sono dovute a: SCOGNAMIGLIO, C.: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, Cedam, 1992, 189 ss.; CAMARDI, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, Giuffrè, 1997, 331 ss.; BELFIORE, A.: *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. 4, Torino, Giappichelli, 2003, 39 ss.; AL MUREDEN, E.: *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, Cedam, 2004; MANTELLO, M.: *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, Jovene, 2003; MACARIO, F.: *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, t. V, *Rimedi-2* a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 495 ss., 517 ss.

41 Mostra, ad esempio, di ritenere fondata questa (almeno parziale) sovrapposizione tra i due “strumenti” (causa in concreto e presupposizione) NAVARRETTA, *op.cit.*, 88. Nel senso di una (netta) distinzione tra le due figure si veda, invece, Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, I, p. 1177 (su cui v. le condivisibili notazioni critiche di Roppo, *op.cit.*, 966-967, e nt. 18, dove si cita in senso opposto Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1085). In generale, sui rapporti tra presupposizione e causa concreta, si veda FERRI, G.B., “Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza”, *Europa e diritto privato*, 2009, 331 ss. 360 ss.

42 Punti di contatto che sono testimoniati dall'opinione (non poco singolare) che vorrebbe addirittura ricondurre alla problematica della “causa concreta” persino i c.dd. *coronation cases*, che da sempre hanno costituito l'esempio più ricorrente e noto, utilizzato per illustrare la figura della presupposizione (si veda, ad es., Cass. n. 12235/2007, nel quadro peraltro – come è stato segnalato nella nota precedente – di una posizione volta a distinguere nettamente gli ambiti in cui opererebbero i due “istituti” della causa concreta e della presupposizione). Più in generale, non è affatto lontano dal vero supporre che la “causa concreta” abbia – negli ultimi tempi – finito per coprire (o per occupare) una considerevole parte delle fattispecie che prima venivano inquadrate (o avrebbero potuto esserlo) nel concetto di *Geshäftsgrundlage*, e correlativamente che la *irrealizzabilità* della causa concreta non sia concettualmente e praticamente molto diversa (né per presupposti, né per conseguenze) dal *Wegfall* della “base negoziale”.

dato per certo il suo verificarsi, e il suo venir meno deve sopraggiungere per l'operare di fattori "oggettivi" che *privano di senso* l'operazione negoziale conclusa⁴³.

Ciò posto, deve dirsi che anche con riferimento alla figura della presupposizione (come per la "causa concreta") si può sollevare il dubbio se i problemi che essa ha la funzione di risolvere non siano (già) – almeno nella maggior parte dei casi – risolvibili attraverso gli strumenti tradizionali della interpretazione/integrazione della legge o del singolo patto⁴⁴, individuando rimedi anch'essi riconducibili a istituti noti⁴⁵.

Ad es.- come è stato ricordato di recente – il classico caso del balcone locato per assistere al passaggio del corteo reale, potrebbe essere risolto tenendo presente che tra le obbligazioni del locatore vi è quella di garantire il godimento del bene, non (tanto) genericamente, bensì con riferimento allo *specifico uso determinato in contratto* o che può altrimenti desumersi dalle circostanze (ad esempio, ma non solo, dal corrispettivo pattuito)⁴⁶, sicché l'annullamento del corteo può ben costituire causa di risoluzione del contratto *per impossibilità della prestazione*⁴⁷.

43 Peraltro – come è stato notato - proprio questi caratteri escludono sia che il (verificarsi del) "presupposto" venga dedotto in condizione (mancando – almeno nella rappresentazione delle parti – il requisito della "incertezza" dell'evento), sia che esso possa in qualche modo considerarsi oggetto di obbligazione (essendo il verificarsi o meno del presupposto del tutto indipendente dalla volontà e dall'attività del contraente), correlativamente restando escluso uno scioglimento del contratto sia per il verificarsi di una condizione risolutiva sia per il realizzarsi di un inadempimento contrattuale. Cfr. SALANITRO, U.: *Rischio contrattuale*, cit. p.18 dell'estratto.

44 È questa la prospettiva in cui si colloca l'indagine di BELFIORE, A.: *La presupposizione*, cit., *passim* (alla quale mostra di aderire - di recente - SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., pp. 18 ss. dell'estratto), che rappresenta probabilmente, nella nostra dottrina, la posizione che più radicalmente ha contestato la costruzione dell'istituto della presupposizione.

45 In qualche caso, ad es., si è fatto ricorso alla disciplina del (la risoluzione per) inadempimento, come accade per il caso del fondo agricolo venduto come edificabile (sul presupposto della sicura approvazione di una variante al piano regolatore), che nell'analisi di un autore (CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966, 293, cit. da SALANITRO, U.: *op.cit.*, p. 19 e nt. 166) viene risolto facendo riferimento alla disciplina dell'inadempimento per mancanza di qualità promesse.

Nella impostazione di SALANITRO, U. (v. *op.cit.*, p. 20 dell'estratto) si propone di trattare la medesima fattispecie facendo ricorso alla "qualificazione" del contratto come "vendita di cosa futura", per cui ove venga meno l'interesse risultante dal contratto (ossia l'acquisizione nella sfera dell'acquirente della futura edificabilità del fondo) il contratto sarebbe nullo ex art. 1472 c.c. (*rectius*, si risolverebbe). Naturalmente, tale "qualificazione" potrà essere operata solo in presenza di indici adeguati emergenti dal testo contrattuale (come ad es., la maggiorazione del prezzo rispetto al valore di mercato dei fondi agricoli circostanti, lo spostamento nel tempo del pagamento in un momento successivo alla conclusione del contratto coincidente con il tempo necessario per l'approvazione della variante, etc.).

46 Cfr. BELFIORE, A.: *La presupposizione*, cit., 100 ss., la cui posizione viene ripresa da SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., pp. 19-20 dell'estratto, il quale (richiamando anche altri precedenti scritti: SALANITRO, U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", *Giustiziaviv.com*, 21 aprile 2020; Id., "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", *Nuova giur. civ.*, 2020, suppl. al n. 3, 110 ss.; Id., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, Giuffrè, 2003) osserva come questa soluzione « non appare in contrasto con la correlazione tra vantaggi e rischi nell'assetto contrattuale della locazione », alla stregua della quale deve ritenersi che si ripercuotono sulla sfera del conduttore le sopravvenienze che incidono sull'attività esercitata nel bene, mentre la sfera del locatore è destinata ad assorbire le variazioni che attengono alla utilizzabilità del bene locato (ipotesi che - se non intendiamo male – dovrebbe ritenersi sussistente anche quando "il bene locato non possa essere destinato all'uso pattuito perché è oggettivamente impossibile raggiungere il bene o perché autorità ne ha vietato quello specifico utilizzo").

47 Altre ipotesi (anch'esse, sovente, ricondotte all'istituto della presupposizione) sono invece risolvibili – sempre secondo la dottrina in esame – attraverso lo strumento dell'*integrazione del contratto* (art. 1374 c.c.):

Si conferma, insomma, anche con riferimento alla presupposizione, l'idea che l'istituto – che indubbiamente esibisce le vesti di un “rimedio” atipico, di chiara matrice “pretoria”⁴⁸ – risponde ad esigenze che, nella gran maggioranza dei casi, possono trovare adeguata risposta attraverso strumenti più consueti (o “tipici”, che dir si voglia); ma si conferma altresì – aggiungiamo – che, quando si vada al di là di quanto consentito da tali strumenti, la figura apre le porte ad esiti che non di rado appaiono discutibili⁴⁹.

Quest'ultimo giudizio è riferibile anche ad alcune opinioni che hanno richiamato l'istituto della presupposizione con riferimento a fattispecie presentatesi in occasione della situazione determinata dall'emergenza Covid-19.

Si è scritto, ad esempio, che «... L'impossibilità di produrre con un macchinario industriale o l'impossibilità di gestire l'attività commerciale per chi prende in locazione un fondo per tale uso sono ... fatti presupposti dal contratto che oggettivamente si inferiscono *ex fide bona* quali presupposti che colorano di un senso concreto il complessivo affare. Viene cioè in considerazione l'istituto della 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»⁵⁰.

si pensi al caso del contratto di compravendita stipulato sul presupposto della concessione all'acquirente di un finanziamento o al caso del contratto con il quale il compenso del professionista, obbligato a redigere il progetto, sia subordinato all'inserimento dell'opera progettata in un programma di finanziamento. Per l'esemplificazione attraverso le fattispecie richiamate v. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, cit., 20-21 (sempre sulla scia dell'impostazione di Belfiore).

48 Di “categoria preterlegale” parla, ad es., NICOLUSSI, A.: “Presupposizione e risoluzione”, *Europa e diritto privato*, 2001, 841.

49 Esiti a cui sembrano aprire le porte formulazioni amplissime, come quella che si legge in BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III, *Il contratto*³, Milano, Giuffrè, 2019, 422 ss., in part. 425, dove la presupposizione viene indicata come un «*principio generale di rilevanza giuridica di ogni elemento, fatto o circostanza che ha per le parti un'importanza determinante ai fini della conclusione, della permanenza o dell'esecuzione del contratto*».

Se esistesse veramente un “principio generale” siffatto, esso sarebbe idoneo ad incidere profondamente sulla disciplina legale del contratto, scavalcando i requisiti e i limiti che il legislatore enuncia nel delineare i vari rimedi giuridici (ad es. in materia di annullamento o di risoluzione del contratto), e contraddicendo altresì una serie di “principi” (questi, sì, di carattere generale) come il principio della irrilevanza dei *motivi soggettivi*. E, ancora una volta, tutto ciò avverrebbe all'insegna di una utilizzazione (che rischia di essere) poco controllata del principio di buona fede, che diventa il criterio per designare un'allocazione del rischio contrattuale diversa da quella ricavabile dai rimedi “tipici” previsti dalla legge (e della presupposizione come tecnica di «*allocazione dei rischi guidata dalla buona fede contrattuale*» parla, adesso, BENEDETTI, A.: voce *Presupposizione*, in *Enc.dir.-I Tematici*, I, *Contratto* (a cura di G. D'Amico), Milano, Giuffrè, 2021, p. 3 dell'estratto; si veda altresì MACARIO, F.: “Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare”, *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss., in particolare 65, dove si legge che «il concetto di presupposizione può sembrare ancora il referente nobile, per così dire, di ogni discorso in materia di rischio contrattuale»).

50 Così NAVARRETTA, E.: “CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema”, *Supplemento Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3_2020, 87 ss., 88.

Anche ZACCARIA, A.: “L'insostenibile “pesantezza” del canone. Onirismi giuridici da Covid-19”, *Studium iuris*, n. 10, 2020, 1153 ss., 1157 – sia pure seguendo un diverso percorso argomentativo – richiama l'istituto della presupposizione, ritenendo che il mutamento delle circostanze fondanti il contratto, avrebbe dovuto indurre il legislatore dell'emergenza a prevedere un obbligo di rinegoziare.

La dottrina in esame distingue – correttamente – la *sopravvenuta "impossibilità" del creditore di svolgere la propria attività* produttiva o commerciale dall'*impossibilità di ricevere la prestazione* (recte: di godere dell'utilità derivante dalla prestazione del debitore), ritenendo (implicitamente) che solo per quest'ultima possa valere l'equiparazione alla impossibilità del debitore di tenere il comportamento dovuto⁵¹. Ma proprio questa distinzione dovrebbe indurre a chiedersi quale sia la ragione per la quale si possa gravare il debitore di un "rischio" che concerne la sfera "personale" del creditore (*la sua attività*), almeno fin tanto che la circostanza che concreta questo rischio non si riverberi in un qualche modo sulla *possibilità oggettiva* di fruire (in tutto o in parte) dell'utilità della prestazione del debitore.

In concreto, allora – se si guarda alla fattispecie cui si riferisce la dottrina in esame (e, cioè, quella della locazione commerciale) – mentre è ben possibile (e plausibile) dire che l'impossibilità del creditore di svolgere la propria attività (ad es. per la chiusura serale dei ristoranti, disposta dal Governo) legittima un rimedio (*sub specie*, in particolare, di riduzione del corrispettivo ex art. 1464 c.c.) *quando (e in quanto)* si traduca in una "impossibilità oggettiva (della fruizione) della prestazione"⁵² (e, in questo caso, *non c'è* bisogno di ricorrere alla "presupposizione", essendo il rimedio già presente nella disciplina legislativa), si dovrebbe invece essere molto cauti nell'estendere (come sembra voler fare l'opinione qui criticata, richiamando per l'appunto l'istituto della presupposizione) la tutela anche ai casi in cui l'"*impossibilità" del creditore di svolgere la propria attività* non coinvolge direttamente la possibilità di fruire dell'utilità della prestazione (del locatore), e costituisce pertanto un rischio che si esaurisce nella sfera giuridica del creditore medesimo, e che su lui solo è giusto che gravi⁵³.

In definitiva, il concetto di "presupposizione" (o, per lo meno, un concetto così ampio, quale quello che sembrerebbe sotteso all'opinione dottrinale che abbiamo richiamato) rischia, di essere per un verso inutile, e per altro verso fuorviante: inutile, nei casi in cui il rimedio può già trovarsi nelle regole che disciplinano la "impossibilità sopravvenuta della prestazione"; fuorviante, laddove esso potrebbe indurre ad attribuire al contraente un rimedio per un rischio che merita di ricadere esclusivamente su di lui⁵⁴.

51 Su detta equiparazione ci siamo soffermati *supra*, testo e nt. 20.

52 Impossibilità – come abbiamo visto (*retro*, § 3) – *parziale*, perché il locatario continua comunque ad usare l'immobile nel quale sono collocati i beni aziendali, ed è "impossibilitato" a godere del bene *solo per ciò che attiene allo svolgimento della (normale) attività d'impresa*.

53 Si pensi, ad esempio, ad un prolungato inadempimento da parte di un fornitore, che costringa l'imprenditore a rallentare la produzione o addirittura ad interromperla temporaneamente.

54 Si osservi, inoltre, come la dottrina in esame affermi che ad entrambe le situazioni considerate (e, dunque, anche a quella di una "impossibilità di svolgere la propria attività" che non derivi da un impedimento che impedisca direttamente di fruire della prestazione fornita da controparte) si applicherebbe (sempre) il medesimo trattamento, ossia quello previsto dal legislatore per la temporanea impossibilità della prestazione (*op.cit.*, pag. 88, col. sin., in fondo).
Non viene spiegato, tuttavia, se ciò avvenga in via di *interpretazione estensiva* della fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (dilatata sino a comprendere anche sopravvenienze che non coinvolgono la

VI. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Risulta, a questo punto, sufficientemente motivata la conclusione sopra anticipata, secondo la quale “causa concreta” e “presupposizione” non sembrano costituire (per tutte le ragioni evidenziate) strumenti/rimedi che possano vedersi riconoscere un ruolo significativo (né in generale, né) per quanto concerne la “gestione” degli effetti che la pandemia da Covid-19 (e le misure ad essa collegate) ha avuto, e continua ad avere, sui rapporti contrattuali.

Nella stragrande maggioranza dei casi questi effetti potranno (e dovranno) essere “trattati” (almeno sin quando si rimane sul terreno della *relazione tra i contraenti*) con gli strumenti che già offre il diritto positivo per regolare le “sopravvenienze” (e si tratta di un insieme di strumenti tutt'altro che limitati, specie se si ha cura di fornire interpretazioni ragionevolmente ampie di alcune norme generali)⁵⁵.

Si può aggiungere – ed è l'ultima considerazione, che si ritiene di dover svolgere – che la soluzione dei problemi che non possano essere soddisfacentemente risolti attraverso lo strumento privatistico, non può che rinvenirsi in strumenti di natura pubblicistica, che, peraltro, risultano ampiamente utilizzati nella legislazione “emergenziale” di quest'ultimo anno.

Basti pensare – e lo si è già accennato – al c.d. “blocco dei licenziamenti”, che è stato disposto allargando considerevolmente le maglie della Cassa integrazione (senza di che, il blocco sarebbe stato irragionevolmente penalizzante per la controparte contrattuale, già per suo conto pesantemente colpita - in molti casi - dai provvedimenti limitativi dello svolgimento di determinate attività economiche imposti dall'esigenza di arginare l'epidemia).

prestazione in sé, e la possibilità della sua fruizione, ma rimangono confinate alla mera sfera “personale”), e non si vede in tal caso l'utilità di ricorrere al concetto di “presupposizione” (evocando un rimedio “atipico”); oppure se la conclusione sia raggiunta in via di applicazione *analogica* (il che, però, imporrebbe l'onere di spiegare quali sarebbero gli elementi che conducono a considerare “simili” le due situazioni considerate)

55 Parzialmente diverso è il giudizio espresso da NAVARRETTA, *op.cit.*, 93, la quale – pur mettendo in guardia da usi impropri e/o poco controllati dei principi e delle clausole generali (“il cui abuso produrrebbe su larga scala effetti distruttivi sull'apparato delle regole contrattuali”) – ritiene che « clausole generali e principi sono proprio gli strumenti elettivi per governare dimensioni fattuali particolari, che sfuggono alle maglie delle fattispecie (quali quelle emergenziali) e, dunque, non ci si può permettere di non avvalersene, perché si resterebbe disarmati dinanzi all'emergenza ...». Riteniamo invece che la disciplina codicistica delle “sopravvenienze” abbia complessivamente dimostrato di offrire all'interprete (che - da questo punto di vista - non sarebbe rimasto affatto “disarmato”) strumenti generali sufficienti ad affrontare (anche) l'emergenza del Coronavirus, salva ovviamente l'esigenza di intervenire per introdurre – ove necessario – delle disposizioni “interpretative” (in senso lato) e “integrative”, necessarie per evitare dubbi interpretativi (che sarebbero potuti altrimenti sorgere) e per scongiurare il pericolo di un contenzioso giudiziario che avrebbe potuto altrimenti assumere dimensioni considerevoli.

Un altro esempio è fornito dalla vicenda delle locazioni commerciali (poc'anzi evocata), riguardo alla quale il legislatore è intervenuto prevedendo (fra l'altro) misure di natura fiscale (il riferimento è al credito d'imposta⁵⁶ nella misura del 60% dell'ammontare mensile del canone di locazione o di leasing, che è stato riconosciuto a favore di esercenti attività d'impresa, arti o professioni con ricavi o compensi non superiori a 5 mill. di euro, che abbiano subito una diminuzione del fatturato o dei corrispettivi di almeno il 50%)⁵⁷.

Si tratta di una risposta ulteriore – questa volta, sì, del tutto estranea agli strumenti “ordinari” con i quali il sistema (privatistico) reagisce alle sopravvenienze contrattuali –, e che è destinata ad affrontare la dimensione “macroeconomica” (più che quella microeconomica) che un fenomeno come quello della pandemia da Covid-19 necessariamente coinvolge.

56 Art. 28 del D.-L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto “Rilancio”). L'agevolazione è commisurata all'importo versato nel periodo d'imposta 2020 con riferimento ai mesi di marzo, aprile, maggio e giugno. Ai sensi dell'art. 122 del medesimo Decreto, i soggetti beneficiari possono, in luogo dell'utilizzo diretto, optare per la cessione del credito d'imposta ad altri soggetti, incluso il locatore (a fronte di uno sconto di pari ammontare sul canone da versare), agli istituti di credito o ad altri intermediari finanziari.

L'art. 8 del D.-L. 137/2020 (c.d. “Decreto Ristori”) ha esteso il beneficio anche ai canoni relativi ai mesi di ottobre, novembre e dicembre. E ulteriori previsioni sono contenute nell'art. 4 del D.-L. 149/2020, noto come “Decreto Ristori-bis”. Come è noto, poi, sono seguiti il “Decreto Ristori-ter” (n. 154/2020) e il “Decreto Ristori-quater” (n. 157/2020). Tutti i testi dei quattro decreti Ristori sono stati poi abrogati dall'art. 1 della legge di conversione (L. 18 dicembre 2020, n. 176), che ha riguardato un testo “unificato” (facendo salvi ovviamente gli effetti prodotti medio tempore da ciascun Decreto legge), nel quale la materia del “credito di imposta” di cui si parla è regolata negli artt. 8 e 8-bis.

57 Assai controversa è l'interpretazione delle conseguenze dell'introduzione di questa misura di tipo “pubblicistico”.

L'opinione prevalente sembrerebbe orientata nel senso che la fruizione del credito d'imposta non è preclusiva della possibilità del locatario di chiedere la riduzione del canone (per impossibilità parziale ex art. 1464 c.c.), ovviamente nei limiti del canone residuo effettivamente pagato o comunque dovuto, a seguito della riduzione (cfr. PIRAINO, *op.cit.*, 495 e nt. 56, e NAVARRETTA, *op.cit.*, 89)

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN, E.: *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, Cedam, 2004

ALPA, G.: *La causa e il tipo*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti in generale*, I, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2a ed., Torino, 2006, p. 550 ss.

AA.Vv. *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, Milano, § 4

AA.Vv. "Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2302 UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura", *Contratto ed Impresa- Europa*, 2017, pp., § 7

BELFIORE, A.: *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. 4, Torino, Giappichelli, 2003, 39 ss.

BENEDETTI, A.: "Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto 'cura Italia'", *Contratti*, 2020, 213 ss.

BENEDETTI, A.: voce *Presupposizione*, in *Enc.dir.-I Tematici*, I, *Contratto* (a cura di G. D'Amico), Milano, Giuffrè, 2021, p. 3

BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1969

BIANCA, C.M., "*Diritto civile, V. La responsabilità*", Milano, Giuffrè, 1994, 383 ss.

BIANCA, C.M.: "Causa concreta del contratto e diritto effettivo", *Riv.dir.civ.*, 2014, I, 251 ss., spec. 267 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile, III, Il contratto*³, Milano, Giuffrè, 2019, 422 ss., in part. 425

BRIGUGLIO, A. "Novità sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziale a spese dell'autonomia dei privati", *Editoriale del 7.10.2020*, *Giustiziacivile.com*

CAMARDI, C.: *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, Giuffrè, 1997, 331 ss.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19", *Contratti*, n. 6_2020, 712 ss.

CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966, 293

COTTINO, C.: "L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali", Milano, Giuffrè, 1955, 8

DE CRISTOFARO, G.: "Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento", *Nuove leggi civ.*, 2020, 571 ss.

DOLMETTA, A.A.: "Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione", *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020, pagg. 3-4.

FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966

FERRI, G.B.: "Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza", *Europa e diritto privato*, 2009, 331 ss. 360 ss.

GALATI, A.: *Brevi osservazioni in tema di c.d. «causa concreta» del contratto*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1655

GELLI, R.: "Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e di affitto di azienda", *I Contratti*, 1/2021, Ipsoa, Milano

GIROLAMI, M.: *L'artificio della causa contractus*, Padova 2012, p. 62 ss.

LEUZZI, S.: *Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, «Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale»*, Roma, 8 luglio 2020

MACARIO, F.: *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, t. V, *Rimedi-2* a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 495 ss., 517 ss.

MACARIO, F.: "Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare", *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.

MANTELLI, M.: *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, Jovene, 2003

NAVARETTA, E.: "Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti", *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 981 ss.

NAVARRETTA, E.: "CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema", *Supplemento Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3_2020, 87 ss., 88.

NICOLUSSI, A.: "Presupposizione e risoluzione", *Europa e diritto privato*, 2001, 841

PAGLIANTINI, S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro limiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE",

PAGLIANTINI, S.: "Tra diritto delle Corti e teoria dei contro-limiti", *lc.ult.cit.*

PIRAINO, F.: "La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti", *Contratti*, 2020, 485 ss.

ROLFI, F.: "La causa come «funzione economico-sociale»: tramonto di un *idolum tribus?* ", in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718

SCOGNAMIGLIO, C.: "Il governo delle sopravvenienze e la pandemia COVID-19", *Corriere giuridico*, 2020, 581 ss., 583 ss.

SCOGNAMIGLIO, C.: "La causa concreta: una proposta dottrinale di successo", *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 588 ss.

SCOGNAMIGLIO, C.: *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo V. (dir.), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano 2006, p. 88 ss.

SCOGNAMIGLIO, C.: *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, Cedam, 1992, 189 ss.

SALANITRO, U.: "La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus", *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020

SALANITRO, U.: "Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea", *Nuova giur. civ.*, 2020, suppl. al n. 3, 110 ss.

SALANITRO, U.: *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, Giuffrè, 2003)

TRIMARCHI, P.: *Il contratto: inadempimento e rimedi*", Milano, Giuffrè, 2010, 24 ss.

ZACCARIA, A.: "L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19", *Studium iuris*, n. 10, 2020, 1153 ss., 1157

