

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

OTTOBRE/DICEMBRE

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La causa concreta del contratto ed emergenza sanitaria da Covid

SOMMARIO*: 1. Prospettive dell'indagine. – 2. La nozione di «causa concreta» nell'elaborazione giurisprudenziale. – 3. (*Segue*): le più recenti, e «dilatate», applicazioni. – 4. (*Segue*) Causa concreta e motivi: la tracciatura dei confini. – 5. Inservibilità del concetto di causa concreta per risolvere i problemi causati dalla pandemia. – 6. (*Segue*): il punto della rinegoziazione problemi connessi alla strada della rinegoziazione; l'esigenza di «modelli normativi apposti e nuovi».

1. Prospettive dell'indagine

1.1. Nella prospettiva dell'emergenza sanitaria, sono stato chiamato ad affrontare il tema della causa concreta.

Lo faccio naturalmente seguendo l'approccio nomofilattico.

L'interrogativo che ne sottende l'interesse è se sia immaginabile, nel diritto vivente, un ulteriore allargamento di un perimetro concettuale già estremamente variegato, quale per l'appunto quello della causa concreta, in modo tale da farne un presidio per le distorsioni connesse alla pandemia.

Chiaramente nel breve spazio di tempo concesso non è possibile scandagliare la questione in modo esaustivo.

Mi limiterò quindi alle linee essenziali, col solo obiettivo di volgere l'analisi sui profili operativi e di metterne in luce le non secondarie criticità.

1.2. Innanzi tutto un'avvertenza. L'espansione del piano applicativo della distinzione – tra la causa oggettiva (o astratta) e la causa concreta – si traduce, nel diritto dei contratti ma anche oltre il diritto dei contratti (come vedremo), nella mancanza di parametri sicuri e facilmente apprezzabili *ex ante* da confrontare con altri concetti, collaterali e confondibili, come per esempio quello dei motivi del contrarre, e quindi

* Lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta al Convegno di studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura il 22 e 23 febbraio 2021 su «Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria».

in ultima analisi in uno stato di perenne incertezza sulle sorti del contratto.

Questa condizione di estrema fragilità si rinviene anche nelle poliformi posizioni espresse al riguardo dalla Corte di cassazione.

Dopodiché, se invece si volge lo sguardo al tema nell’ottica dei rimedi al fattore pandemico, secondo la logica c.d. multilivello che da varie parti oggi appare sommariamente perseguita, ci si accorge che la logica sottesa non è compatibile con la premessa ideologico-dogmatica dalla quale è nato il concetto di causa in concreto: una logica che, esattamente al contrario, è dettata dalla preservazione assoluta dell’autonomia privata, refrattaria a ogni forma di condizionamento finanche in termini di utilità pubblica o collettiva.

Di questo si coglie subito il senso se si pone mente alle ragioni (e all’andamento) dell’evoluzione giurisprudenziale relativa al concetto. Evoluzione sul fondamento della quale pur vanno mantenute, almeno per quanto mi riguarda, forti riserve.

2. La nozione di «causa concreta» nell’elaborazione giurisprudenziale.

2.1. Anche nella giurisprudenza il concetto di causa concreta ha risentito (e risente) della premessa ideologica che ne ha contraddistinto la genesi dottrinale.

Essa consiste nel ritenere la visione della causa oggettiva (cioè della causa come funzione economico-sociale del contratto) troppo vicina all’ideologia del sistema politico illiberale e autoritario che diede corso al codice del ‘42, lontana cioè dall’assetto democratico dell’ordinamento costituzionale del ‘48.

Questa premessa è il fondamento logico, per la verità, di tutte le dottrine che, sia pure con incisività e sfumature diverse, hanno nel tempo ritenuto di poter vedere nella concezione oggettiva della causa un modo per sottrarre il negozio e i suoi effetti alla libera signoria delle parti, e di sottoporlo – come era stato detto con terminologia enfatica – «a un dominio esclusivo dell’ordinamento».

Una premessa del genere, se misurata con le esigenze di una costruzione concettuale rigorosa, è però eccessiva, e da più parti oggi sembra considerata tale.

È il frutto – cioè – della sopravvalutazione del dato storico, integrato dall’essere le norme del codice vigente (e i paragrafi della relazione che

lo accompagnano) inquadrabili (per genesi) all'interno dell'ordinamento corporativo fascista, a fronte di una concezione del vivere sociale non più improntata – invece – alla supremazia assoluta dello Stato.

2.2. Questo aspetto è di una certa importanza perché induce a una riflessione sulla giurisprudenza dal punto di vista logico-sistematico.

Se è vero che il fondamento razionale della teoria della causa concreta è stato individuato nel fatto che nell'Italia dell'epoca coeva al codice civile la libertà dell'individuo era intesa non come innata, ma come in certa misura attribuita dallo Stato e regolata dallo Stato, in tutte le forme di espressione, in conformazione dei fini pubblici dettati in ogni campo della vita associata – cosa che non poteva che influenzare anche l'atteggiamento del pubblico potere verso l'autonomia privata, oltre che verso il concetto di utilità sociale al cui raggiungimento mirava il concetto oggettivo di causa; e se è vero che in tal guisa la nozione di causa oggettiva (funzione economico-sociale) finiva nel pensiero di molti per essere connotata negativamente, come cioè un limite all'autonomia privata, uno strumento di costante e inaccettabile controllo dei traffici economici; se tutto questo è vero, non è men vero, però, che siffatta posizione per lungo tempo non ha trovato in Cassazione terreno di conferma: nel senso che per anni (circa sessant'anni) la giurisprudenza di legittimità è rimasta legata alla formazione classica del diritto civile e ha mantenuto fermo il concetto di causa in senso oggettivo, salve alcune minime aperture a distinti schemi decisionali occasionati da specifiche casistiche – e ben vero con argomenti (a volte) poco solidi.

Si consideri per es. Cass. n. 20398 del 2005 che ritenne nullo, per mancanza della causa in concreto, un contratto stipulato al solo fine di eludere le norme fiscali, sul rilievo che esso non apportasse alcun altro vantaggio ai suoi contraenti. Affermazione – quella della nullità – viceversa in tal caso assolutamente ingiustificata, poiché è ovvio che un simile contratto non è nullo ma, semplicemente, inopponibile all'amministrazione finanziaria in virtù del potere della stessa di riquificarlo secondo il principio c.d. antiabuso. Cosa oggi finanche legislativamente stabilita dall'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, con una regola – peraltro confermativa di un orientamento già stabile della Corte Suprema (*ex aliis* Cass., Sez. Un., nn. 30055,

30056 e 30057 del 2008) – che niente ha da spartire con l’invalidità del contratto: «Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all’amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni».

3. (Segue): *le più recenti, e «dilatate» applicazioni.*

Dicevo che per circa sessant’anni dopo l’avvento dell’ordinamento costituzionale la “causa concreta” non ha trovato grande seguito in Cassazione.

Il riferimento a un simile concetto come elemento essenziale del contratto, “sintesi [si è detto più volte] degli interessi reali delle parti che la pattuizione mira a soddisfare”, e cioè come lo scopo pratico del negozio, e quindi come funzione economico-individuale della singola e specifica stipulazione da cogliersi al di là del modello astratto utilizzato, appare credo per la prima volta in Cassazione nel 2006 (con la sentenza n. 10490 del 2006), e poi da lì risulta perpetuata in istanze analoghe, a proposito del contratto di viaggio “tutto compreso” e della irrealizzabilità della sua funzione concreta.

In quell’occasione venne fatto di affermare che la causa concreta del contratto di viaggio tutto compreso è la finalità turistica che anima il contraente-consumatore.

Dopodiché il panorama delle applicazioni si è progressivamente dilatato, anche se per lo più in funzione demolitoria (o ablatoria) degli effetti del contratto del quale non fosse più da apprezzare – per l’appunto – la “causa concreta”.

Possono esser fatti alcuni esempi di cotale tendenza.

Per affermare, così, la risolubilità di un contratto di soggiorno alberghiero dovuto alla morte, il giorno prima dell’inizio della sua esecuzione, di uno dei coniugi che lo aveva stipulato. In sostanza in casi in cui la questione verteva sulle conseguenze (nel contratto) della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione per ragioni oggettive e sul connesso legame tra questa nozione e quella di causa.

Eguale il concetto è stato richiamato per i casi del contratto ritenuto non conforme a norme o a principi imperativi: per esempio in relazione alla locazione di fondi da utilizzare in spregio dei vincoli di destinazione.

In eguale versante applicativo, e in periodo molto più recente, la valutazione della causa come parametro di meritevolezza degli interessi sottostanti è stata utilizzata per la rivisitazione degli orientamenti in tema di validità di alcune tipologie negoziali nate dalla prassi.

Notissima è in tale ultimo senso la vicenda del c.d. preliminare di preliminare, ossia dell'accordo in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento). Accordo che è stato ritenuto valido ed efficace, e dunque non privo di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti meritevole di tutela «ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali», e ove sia identificabile «la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare» (Cass., Sez. Un., n. 4628 del 2015).

Meno nota, ma certamente non meno importante per i riflessi pratici che ne sono conseguiti, è la vicenda del mutuo fondiario stipulato in misura eccedente il limite di finanziabilità. Cass. n. 17352 del 2017 (e poi le successive) ha deciso di revisionare l'orientamento fin lì esistente e di affermare che, in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità *ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 (c.d. T.u.b.)* è elemento essenziale del contenuto del contratto (perché ne identifica le caratteristiche genetiche di “fondiarietà”, e quindi la causa), sicché il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa.

L'ampia gamma di riferimenti ha però anche travalicato i confini del concetto, al punto da lasciare traccia in funzione di ben diverse necessità: come quelle legate al perseguimento di obiettivi specifici non di contratti ma di procedimenti, e in particolare dei procedimenti

soggetti a controllo giudiziale (come le procedure concordatarie o gli accordi di ristrutturazione).

Si consideri per es. Cass. Sez. Un. n. 1521 del 2013 in tema di concordato preventivo, laddove si è detto che il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Ebbene è stato argomentato che il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e «si attua verificandosene l'effettiva realizzabilità della causa concreta»: quest'ultima, peraltro, da intendersi non come riferita alla negoziazione sottostante, ma «come obiettivo specifico perseguito dal procedimento», come tale priva di contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro.

Infine una altrettanto ampia digressione sul concetto di causa concreta è stata postulata nel settore del diritto dei mercati finanziari, rispetto a operazioni di rilevante complessità per le quali il concetto sembra esser stato impiegato – questa volta – per sottolineare l'atipicità degli interessi regolati. Per es. per l' IRS ("Interest rate swap") – che è un contratto derivato, le cui caratteristiche sono di essere "over the counter", vale a dire con contenuto fondamentale (a) non eteroregolamentato, ma deciso dalle parti sulla base delle specifiche esigenze dell'interessato; (b) non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione, essendo privo del requisito della c.d. negoziabilità; (c) stipulato mediante intermediari in una situazione di naturale conflitto di interessi, per la somma delle qualità di offerente e consulente, e di controparte del proprio cliente. Per codesto contratto di IRS-OTC Cass. Sez. Un. n. 8770 del 2020 ha dettato il principio che la causa concreta, per la cui individuazione non rileva la funzione di speculazione o di copertura in concreto perseguita dalle parti, non coincide con quella della scommessa, ma consiste in generale «nella negoziazione e

monetizzazione di un rischio finanziario, che si forma nel relativo mercato e che può appartenere o meno alle parti», atteso che tale contratto, frutto di una tradizione giuridica diversa da quella italiana, concerne dei differenziali calcolati su flussi di denaro destinati a formarsi durante un lasso temporale più o meno lungo ed è espressione di una logica probabilistica, non avendo ad oggetto un'entità specificamente ed esattamente determinata.

4. *Causa concreta e motivi. La tracciatura dei confini.*

4.1.- Da queste brevi indicazioni è legittimo trarre un primo esito: e cioè che la nozione di causa in concreto, se ancora oggi resta per lo più identificata con la funzione del regolamento pattizio rispetto agli interessi perseguiti dalle parti – da quelle parti di quella specifica negoziazione –, è nel tempo anche divenuta, in tal senso, un medio logico-interpretativo capace di aprire la via a valutazioni non molto distanti, infine, dall'indagine sui motivi del contrarre; indagine che però è usualmente preclusa salvi i casi del motivo illecito, determinante e comune alle parti.

E questo è un fatto.

Tanto è vero che le più recenti acquisizioni manifestano (non infondatamente) il dubbio, che traspare anche alla lettura delle motivazioni più consapevoli e accorte, circa l'effettiva attualità di un siffatto modo di intendere la causa del contratto all'interno del quadro costituzionale mutato, che considera libera l'iniziativa economica avvertendo, però, anche, che essa non può obliarsi in spregio dell'art. 41 Cost.: l'iniziativa in vero è libera, ma non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale».

Ciò in definitiva ripropone il tema del limite di ogni atto umano (compreso quindi quello negoziale), pur libero e tutelato come espressione della personalità dell'individuo: limite costituito dalla pacifica e armonica convivenza, da intendersi come fine che l'ordinamento persegue o dovrebbe perseguire.

Alla luce di una corretta interpretazione del principio costituzionale di libertà economica non può più apparire – allora – illiberale o arbitrario, o abusivo, un certo qual controllo sulla libera contrattazione, ove questa si ponga in antitesi, diretta o indiretta, coi parametri al fondo dei principi costituzionali.

La stessa istanza solidaristica di cui all'art. 2 Cost., prevedendo un limite all'esercizio della libertà economica al fine di tutelare l'interesse generale, impone il rispetto dei doveri fondamentali e inderogabili in materia economica, e conferma anche sul piano dei principi fondamentali, ove mai ce ne fosse stato bisogno, che è necessario evitare ogni forma di esasperato individualismo nel settore dei traffici commerciali.

Il che dimostra che una limitazione del diritto soggettivo e dell'autonomia dei privati può essere intesa come un utile strumento di sviluppo della società e fonte di armonia tra i soggetti che la compongono, senza per forza doverla concepire o intendere come un qualcosa di negativamente connotato.

4.2.- La suddetta constatazione in parte contrasta la matrice culturale dalla quale è sorto il modello della causa concreta, perché determina che l'intento empirico delle parti di un contratto può (e forse deve) restare cosa diversa, nella sua ontologica struttura soggettiva, dallo scopo pratico del negozio, il quale va inteso proprio come ragione economico-giuridica e sociale per la quale la legge lo tutela e lo riconosce rilevante per l'ordinamento, capace di svolgere quella funzione oggettiva e materiale che, per ogni contratto tipico, il sistema positivo ha puntualmente individuato.

Insomma, se è vero che, nella generalità dei casi, l'intento pratico è comprensivo anche della causa, è altrettanto vero che nemmeno questo legittima a confondere l'elemento soggettivo con quello oggettivo del contratto, altrimenti la ricostruzione esegetica non identificherebbe la "causa", seppur "concreta", "del negozio", ma "la causa" della "specifica concreta condotta negoziale posta in essere dagli autori dell'atto", finendo per sussumere – come esattamente è stato rilevato – quella in questa.

La medesima constatazione dimostra pure che quando la Cassazione, mutuando la dottrina, dice che la causa va intesa come «sintesi degli interessi reali delle parti» rischia di cadere in una esorbitante contraddizione, che si annida nell'atto di sopravvalutazione dei motivi che hanno spinto le parti a contrarre.

Che è poi quel che è accaduto per la "finalità turistica" dei contratti di viaggio tutto compreso: intesa come lo scopo pratico di godere di un viaggio e di un periodo di *relax* e riposo, essa è divenuta la causa

concreta di tale tipico schema contrattuale al posto della causa (egualmente tipica) di scambio tra le prestazioni (il pacchetto tutto compreso da un lato, il pagamento del prezzo forfettario dall'altro), e al posto della naturale relegazione della finalità turistica nell'alveo dei motivi soggettivi che hanno spinto la parte ad acquistare il viaggio.

4.3. In conclusione, la logica del mercato impone di dire che alla base della condotta negoziale vi sono sempre degli interessi.

Gli interessi informano di sé l'intento delle parti, così come che vi sono motivi e aspirazioni che concorrono a determinarne le volontà.

Ma ciò non toglie che la causa, come elemento materiale della realizzata stipulazione, debba rimanere in certo qual modo distinta da questo composito elemento soggettivo.

Se così non fosse, la causa finirebbe per coincidere coi motivi della concreta volizione, rendendo del tutto vana, e relativa, una realtà come quella contrattuale, che invece conserva il suo valore solo se dotata della massima stabilità e certezza strutturale.

5. Inservibilità della causa concreta per risolvere i problemi causati dalla pandemia.

5.1. Veniamo alla pandemia.

La pandemia da COVID-19 ha, come è ben noto, originato una fitta trama normativa col fine di gestire e regolare prima l'emergenza sanitaria e poi anche quella economica, conseguente alle limitazioni imposte per effetto del c.d. lockdown.

Il discorso che interessa attiene qui alla sorte dei rapporti contrattuali per i quali, nonostante il possibile impatto delle misure di contenimento sull'assetto degli interessi e/o sulla esecuzione delle afferenti prestazioni, non sono state adottati provvedimenti appropriati. Ipotesi per le quali andrebbe visto se e fino a che punto è possibile, in base alle regole e ai principi già presenti nel sistema, intervenire sulla disciplina dei rapporti pendenti.

5.2. Dico subito che ragionare in termini di causa mal si presta, a mio avviso, allo scopo, perché lo scopo non è, in questo caso, quello demolitorio, ma semmai quello rielaborativo delle obbligazioni discendenti dal contratto, secondo la logica della rinegoziazione.

L'apparato rimediabile predisposto dal codice civile e modellato (in certa qual misura) sulla disciplina causale si concentra su rimedi di tipo essenzialmente ablativo, ossia tesi a produrre la caducazione del vincolo contrattuale, con liberazione delle parti dalle prestazioni non eseguite e con obbligo di restituzione di quelle già effettuate.

Mentre invece nella specifica situazione generata dalla pandemia questa tipologia di rimedi è inadeguata nella più gran parte delle evenienze, giacché di frequente l'interesse delle parti è nel senso esattamente opposto, del mantenimento cioè del rapporto soprattutto in relazione ai contratti di durata, perché la temporanea impossibilità della prestazione non comporta necessariamente il venir meno né dell'interesse alla continuità del rapporto medesimo, né dell'interesse a ricevere le prestazioni future. Cosa che peraltro generalmente può esser rinvenuta anche negli altri contratti (quelli cioè non di durata), se non altro per evitare di obblighi restitutori che inevitabilmente conseguirebbero alla risoluzione.

Le prospettive favorevoli alla rinegoziazione dei contratti non sono tuttavia correlabili al concetto di causa.

Lo sono (forse) se si ragiona nell'ottica delle fonti di integrazione (la buona fede *in primis*). Ma anche qui a patto di accettare un certo qual stridore col concetto di autonomia privata, implementato e garantito proprio dalla predisposizione della causa concreta, per la massima rilevanza che in tal guisa risulta viceversa attribuita alla conservazione dell'assetto degli interessi staggiti al momento della stipulazione.

Tanto per fare un esempio, nei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno affermato che non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge (o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipulazione), e che la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, non può mai essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (v. Cass., Sez. Un., n. 24675 del 2017).

E questo per l'esplicita ragione che in presenza di particolari modalità o circostanze, per quanto la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione sia da dire scorretta ai sensi dell'art. 1375 cod. civ., «va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto» (così appunto, in motivazione, Cass., Sez. Un., n. 24675-17 cit.).

6. (Segue): *il punto della rinegoziazione; l'esigenza di «modelli normativi apposti e nuovi».*

6.1.- Certamente non può negarsi che, seppure nel panorama giurisprudenziale costì emergente, per la rimodulazione delle obbligazioni nascenti dal contratto si siano espresse autorevoli fonti internazionali: per esempio, l'*European Law Institute*, che ha stilato anche alcuni principi di riferimento auspicandone l'attuazione da parte degli Stati, quale – tra gli altri – il principio n. 13, in cui si sottolinea l'importanza di assicurare l'effettività delle normative esistenti in tema di impossibilità e forza maggiore, la necessità di valutare l'allocatione dei rischi secondo la buona fede, l'opportunità, quando le prestazioni sono divenute impossibili o eccessivamente onerose, di veicolare le parti verso forme di rinegoziazione, anche se non previste dal contratto e così via.

Va però anche realisticamente osservato che tutta la citata tendenza verso la rimodulazione, sebbene guardando agli obiettivi, niente dice in ordine alle modalità di realizzazione; niente dice, cioè, sul come raggiungere i riconosciuti obiettivi di riallocazione dei rischi, così da lasciare codesto aspetto – che è poi il più complesso – alla più articolata gamma dei percorsi ricostruttivi dei singoli sistemi nazionali.

Salvo l'auspicio di un intervento normativo in funzione acceleratoria del d.d.l. Senato n. 1151, attualmente in corso di esame, che prevede la delega al Governo per una serie di interventi sul codice civile, tra i quali (art. 1, lett. i) anche quello di «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti; salvo questo, appare

alquanto complicato, nell'ordinamento italiano, a norme vigenti, ipotizzare una motivazione che stringa il cerchio del riconoscimento di un diritto della parte – e di un connesso speculare obbligo della parte avversa – di rinegoziare il contenuto dei contratti in periodo pandemico.

6.2. Fondamentalmente, la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione dei contratti che dalla pandemia (o dai provvedimenti a essa conseguenti) siano stati intaccati nell'assetto teleologico e nell'equilibrio economico è da più parti reputata desumibile dal canone di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Ma anche a voler sorvolare sugli aspetti teorici globali, latamente dogmatici, che ne costituiscono premessa, è abbastanza evidente come le relative proposte, accomunate dall'obiettivo, patiscano un accentuato senso di approssimazione.

I provvedimenti che le hanno recepite, editi e a tal punto noti da dispensare da superflui riferimenti, ostentano motivazioni che solo in parte possono dirsi convincenti, finanche a prescindere dalla linearità dei concetti impiegati, per l'elementare ragione che tutte si rivelano mal conformate – o addirittura per nulla conformate – alle attuali tendenze della Suprema Corte a marginalizzare la rilevanza modificativa della buona fede a fronte di pretese rettammente ancorate alle pattuizioni originarie del contratto. Il che è quanto è stato messo in chiaro proprio dalla sopra citata decisione delle Sezioni unite in tema di usura sopravvenuta.

Dopodiché va anche sottolineato che l'idea di fondo di codeste proposte (e delle annesse decisioni) è inadeguata al problema.

Dire che il sistema consenta di estrapolare, in qualche misura, un obbligo di rinegoziazione di fronte alle sopravvenienze contrattuali, ove anche si condivida l'affermazione di fondo (la dottrina com'è noto riflette da tempo sul ruolo integrativo e conformativo della buona fede nel contesto contrattuale, con rilievi in generale condivisi anche dalla giurisprudenza di legittimità, propensa a un uso della clausola generale, e del principio di solidarietà, in funzione riequilibratrice del contratto), non è una risposta appropriata essenzialmente per due ordini di ragioni: (i) perché la situazione creata dalla pandemia ha delle peculiarità che non consentono di considerarla pianamente riconducibile alle classiche ipotesi di squilibri o sopravvenienze contrattuali; (ii) perché comunque

non si sarebbe di fronte a una “normale” sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì a una crisi sistemica.

E allora, condivisibile che sia l’obiettivo, resta pur sempre valida l’obiezione: quel che codesta peculiarità comporta è che ogni intervento sugli assetti contrattuali stabiliti dalle parti, ivi compresa l’imposizione di forme di rinegoziazione, sarebbe infine inevitabilmente destinato a impattare a cascata e ad avere conseguenze (dirette e riflesse) su interi comparti dell’economia.

E quindi renderebbe preferibile, finanche sul piano del metodo (e salvo spostare la questione sul piano del dibattito necessariamente politico), che la scelta fosse impressa dalla prospettiva di limitare al massimo gli interventi di tipo orizzontale, idonei cioè a riscrivere le regole dei rapporti singolarmente considerati, a fronte invece della maggiore linearità (e della maggiore efficacia complessiva) di forme di supporto di tipo verticale. Le quali, imponendo valutazioni per l’appunto “di sistema”, non possono che implicare adeguati interventi di ordine legislativo.

6.3. Tutto questo richiede la predisposizione di modelli normativi appositi e nuovi, e induce a riflettere sull’opportunità del ricorso, invece, a forme rimediali di natura pretoria.

Tali forme sono state oltre tutto fin qui integrate da misure per la più gran parte incontrollabili, quali sono le cautelari.

Identificate nell’alveo della funzione cautelare, mediante provvedimenti atipici *ex art. 700 cod. proc. civ.*, le suddette misure si sono sviluppate (e ancora si stanno sviluppando) secondo prassi variegata, notoriamente sottratte al controllo di legittimità.

Proprio la sottrazione dell’ambito al controllo di legittimità rischia di far precipitare ogni certezza, di far saltare ogni schema e di dar luogo a forme di anarchia giurisprudenziale.

L’impatto economico-sociale di simili prassi, unito alla difficoltà di stabilire l’andamento dell’emergenza sanitaria e di prevederne la fine, resta potenzialmente indecifrabile, fino all’indeterminazione.

L’indeterminazione rimane, a mio avviso, il pericolo maggiore.

E qui mi permetto una piccola digressione (che poi in effetti tale non è).

Il principio di indeterminazione venne elaborato da Heisenberg in fisica quantistica. Attiene alle proprietà (velocità e massa) delle

particelle elementari e ci dice che non è possibile misurare contemporaneamente con esattezza le proprietà che definiscono lo stato di una particella. Più la si illumina col microscopio, più le si dà energia, più si cambia il suo movimento e meno si può determinare la velocità di partenza.

Ebbene, traslato alle scienze umane il principio dimostra questo: che ciascun operatore, in qualunque settore, non può riservarsi il ruolo di semplice osservatore dell'esistente. L'operatore incide sull'esistente anche ove reputi di assumere semplicemente una certa posizione. E in qualche caso incide anche al di là del caso specifico, perché gli effetti delle decisioni si rivolgono all'esistente sociale.

In queste eventualità, nel momento stesso in cui si dà corso all'idea, la soluzione elaborata finisce di esser neutra, e anzi, per le conseguenze che crea, potrebbe finanche risultare non conforme all'ideazione.

Si possono avere le migliori intenzioni, ma conta infine la risultante.

E il prodotto dell'ideazione resta sempre in qualche misura indeterminato nella risultante complessiva finale.

Questo vale in tutti i campi, e vale anche nel nostro.

Ragionando di filiere economico-negoziati non credo sia complicato comprenderne l'implicazione: traslati in ambito sociale e collettivo, gli effetti della sommatoria di soluzioni singolari potrebbero comportare un'indeterminazione complessiva, così da risultare incontrollabili sul piano degli esiti generali.