

Del paradigma “contrattuale” nella crisi pandemica

Mariano Robles

Università degli Studi di Bari A. Moro

La verità più profonda delle cose è nella ideale sintesi di valore e di fatto, per cui la verità vive essenzialmente nella storia.

(A. Moro, *Lo Stato. Il diritto*, Bari, 2006, p. 26)

Abstract: On the Contractual Paradigm in the Pandemic Crisis

Taking a cue from some methodological suggestions that came to the attention of the civil law studies in the impact with the pandemic crisis, these observations propose a recognition of the main issues implications soliciting a review of the contractual “case” as a “reasonable” set of interests, preserved by appropriate remedial rules with them inextricably intertwined and changing to the “inequal” variation of the same.

Keywords: Pandemic Crisis, Contract, Paradigm, Remedies.

Sommario: 1. Contratto e “post-modernità” – 2. Contratto e “crisi della fattispecie” – 3. Contratto e dicotomie “involutive” – 4. Contratto e sistema “aperto” delle obbligazioni – 5. Contratto e fatto “dovuto” – 6. Contratto e forme di responsabilità – 7. Contratto e “declinazioni” adempitive – 8. Contratto e causalità “correlative” – 9. Trama contrattuale e ordito rimediale – 10. Contratto e rimedi “manutentivi”

1. Contratto e “post-modernità”

Una schematica riflessione mirante a sollecitare la prospettiva del civilista, onorato dell’ospitalità offerta da insigni studiosi di discipline teoretiche, peraltro non estranei al suo ambito di indagine¹, non potrebbe che essere situata “nel contagio”² emergenziale – al centro della tematica a più voci discussa – focalizzandola *ratione materiae* intorno alle più recenti suggestioni “di metodo” (più che “di merito”)³ affiorate dal proprio punto di osservazione, al fine di condividerle in un proficuo confronto.

¹ Basti menzionare M. Greggio, “La cultura del civilista italiano tra formalismo e ‘mitologie giuridiche’”, in *L'Ircocervo*, 1 (2003), *passim*.

² Riprendendo la (primitiva) densa riflessione di P. Giordano, *Nel contagio*, Einaudi, Torino, 2020, spec. pp. 31 ss.

³ Su cui, v. almeno i diversi contributi interdisciplinari raccolti con il titolo *Emergenza Covid-19. Uniti per l'Italia*, a partire dall’agosto 2020, nell’apposita sezione tematica di *Giustciv.com*; cui

Sarà bene premettere, agli sviluppi che si cercherà di delineare, le (due) coordinate ermeneutiche acutamente segnalate quali caratteri – in certo qual modo – antitetici nell’impatto con il diritto c.d. “post-moderno”: da un lato la “storicità”, espressione del continuo contaminarsi del diritto con la “[f]attualità” dei valori e degli interessi sociali sottostanti; d’altro lato la “prevedibilità”, inscindibilmente connessa in astratto a quella “certezza”, suo (logicamente) necessario corollario, ove tuttavia, mentre quest’ultima risulta circoscritta ad una fase “enunciativa”, la prima si coniuga direttamente ad una fase anche “applicativa” (i.e., agli esiti pronosticabili)⁴. Le vorticose dinamiche, che percorrono l’iridescente piattaforma “sociale” dell’epoca presente, vi assegnano un ruolo oramai sempre più protagonista, implicando che il panorama socio-giuridico, da semplicissimo quale si mostrava (o, meglio, che si era “riduttivamente” ottenuto), è divenuto particolarmente complesso; ed è proprio con questa irriducibile “complessità” che bisogna misurarsi.

Sotto questo profilo, il diritto civile è forse il segno più tangibile di quanto sia logorante per le architetture giuridiche moderne entrare in contatto con la “fattualità”: assunto come *ratio scripta* nella tradizione romanistica, ammantato nella sua “astrattezza” e nella conseguente “unitarietà”, esso aveva trovato nel “codice” la sua perfetta “impalcatura” di categorie formali “disincarnate”⁵. Ora, gli tocca di (ri)mettersi in discussione con l’incalzare di fatti economici e sociali non più eludibili, perlomeno dall’[av][e]vento nel 1948 di una Costituzione estremamente “invadente” nell’intero panorama normativo, a cominciare proprio dal diritto civile⁶.

È ovvio, però, che se “fattualità” implica (e si confonde con la) “storicità”, significa anche presupporre che movimento (e mutamento) sono scansioni intrinseche alla dimensione giuridica, con una notevole dose di “imprevedibilità” per ogni sua manifestazione. Significa, altresì, che si

aggiungasi Aa.Vv., *Diritto Virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza Covid-19*, I, *Pandemia e mutazioni del diritto*; II, *Reazioni dell'ordinamento giuridico all'emergenza da Coronavirus*, Dip. Giur. Univ. Ferrara, 2020, *passim*; nonché M. Paoloni, F. Tutino (a cura di), *L'Italia ai tempi del Covid-19*, I-II, CEDAM, Padova, 2020, I (spec. pp. 219 ss.); oltre a Uff. Mass. Cass. (a cura di S. Leuzzi), *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Rel. n. 56 del 08.07.2020, *passim*, su cui v. puntualmente T.V. Russo, “L’arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della ‘manutenzione’ dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica”, in *Riv. dir. banc.*, 1 (2021), pp. 140 ss. Per un repertorio esaustivo, cfr. Camera dei deputati, Serv. Bibl., *Risorse giuridiche sull'emergenza Covid-19*, 3^a ed., 2 (2020) (Agg. 22 giugno 2020).

⁴ Cfr. P. Grossi, “Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno”, in *Quest. giust.*, 4 (2018), p. 17.

⁵ Secondo la suggestiva ricostruzione di tale processo storico compiuta da J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Giuffrè, Milano, 2003, spec. pp. 53 ss.

⁶ Resta celebre la “prolusione maceratese” di S. Rodotà, “Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile”, in *Riv. dir. comm.*, I (1967), spec. p. 86.

pongono come prevalenti altri valori rispetto a quelli – esaltati nell’età moderna – della “certezza” e della “prevedibilità”.

Il messaggio dei Costituenti, consistito fundamentalmente nell’accantonare “legalismo” e “statalismo” – pur occupandosi nella seconda parte del testo di quell’apparato di poteri necessario allo stabile assetto interno ed internazionale – non esaurisce nello “Stato” né la sfera socio-politica, né tanto meno quella giuridica: esito molto ben evidente dalla dialettica “Repubblica/Stato”, che arricchisce l’intero tessuto della Carta fondamentale (dove “Repubblica” rappresenta quella realtà ampia e variegata, in proiezione di una comunità “dis-articolata” in una pluralità di soggetti ordinamentali) (arg. ex art. 117 Cost.). In estrema sintesi: *positività* del diritto, alla luce del perentorio dettato costituzionale, non potrebbe attualmente coincidere con *statualità*⁷.

2. Contratto e “crisi della fattispecie”

Riversata sul piano civilistico, l’asserzione viene tradotta con singolare pregnanza nella c.d. “crisi della fattispecie”, di cui ha scritto con mirabile profondità Natalino Irti. Se è vero – come insegna l’illustre Linceo – che essa identifica “uno strumento di precisione che permette di ‘disporre’ per il futuro e di convertire innumerevoli fatti in caso di applicazione normativa”⁸, nulla di più inadatto per l’odierno, complesso e tormentato, itinerario della contemporaneità, che sembra lasciarsi volentieri alle spalle quella che è stata definita “la logica monistica della fattispecie”⁹.

Cogliere le radici di siffatto approccio vorrebbe dire ripercorrere *funditus* le correnti “carsiche” del pensiero “(re)incarnato” dal c.d. *socialismo giuridico*, da cui traeva linfa l’idea di un “codice privato sociale” propugnata da Enrico Cimbali¹⁰, sul finire del XIX secolo, poi sfociata nella riflessione sul “pluralismo ordinamentale” di Santi Romano ad inizi del nuovo¹¹, con immediate ripercussioni circa la (coeva) “extrastatualità” connaturata al diritto

⁷ Sul ripudio del “tecnicismo” dissimulante la retorica della “certezza del diritto”, restano classiche le osservazioni di Piero Calamandrei in *Recensione* al volume di F. Lopez de Oñate (a cura di G. Astuti), *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, su cui cfr. G. Alpa, “Un atto di «Fede nel diritto»”, in *Rass. for.*, 1 (2015), p. 246.

⁸ N. Irti, “La crisi della fattispecie”, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41.

⁹ U. Breccia, “Il pensiero di Salvatore Romano”, in G. Furguele (a cura di), *Salvatore Romano*, E.S.I., Napoli, 2015, p. 5.

¹⁰ Utile P. Fiorentini, *Enrico Cimbali e la funzione sociale dello Stato moderno. Due manoscritti inediti*, Giuseppe Maimone Editore, Catania, 2007, pp. 15 ss.

¹¹ Con ampia rimediazione in F. De Vanna, “L’ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l’orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi”, in *Jura Gentium*, XV (2018), n. 2, pp. 37 ss.

civile nel pensiero attualissimo di Filippo Vassalli¹², espressione della più vasta dimensione “esperienziale” di Giuseppe Capograssi¹³, innestata a sua volta nell’insopprimibile carattere “inventivo” di ogni operazione interpretativa enucleato da Tullio Ascarelli¹⁴. Ai fini più circoscritti, qui prefissati, ad essere propriamente in “crisi”: “non è – né può essere – [...] il diritto quale dimensione ontica d’una società”¹⁵, bensì forse un certo modo di concepire il diritto e il sapere giuridico affermatosi nella modernità.

Utilizzando il lessico di Thomas Kuhn, si potrebbe sostenere che quello attuale rappresenti un periodo di “scienza straordinaria”, caratterizzato da radicali trasformazioni del precedente “paradigma epistemologico”¹⁶, reso evidente dalle sempre più numerose “anomalie” da esso prodotte, nonché dall’emergere di uno nuovo, il cui profilo identitario sta progressivamente prendendo corpo nella prassi degli operatori e nelle elaborazioni scientifiche, mediante un vero e proprio “riorientamento gestaltico”¹⁷.

In tali scenari, non stupisce, allora, se della rievocata “crisi della fattispecie”¹⁸ – quasi specchio deformato di un endemico “dis-ordine” giuridico – si faccia un uso ridondante: per un verso, poiché la “fattispecie”, quale modello legale di riferimento ricevuto dalla tradizione, di per sé non potrebbe dirsi in crisi, qualora si intenda sottolinearne i “mobili” confini di rilevanza ad essa connaturati; per

¹² Si segnala G. Benedetti, “Attualità del pensiero e dell’opera di Filippo Vassalli”, in G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 53 ss.

¹³ Utile inquadramento a cura di M.A. Simonelli, “Fede, politica, diritto nel pensiero di Giuseppe Capograssi. Riflessioni a margine del libro di Claudio Bazzocchi ‘Giuseppe Capograssi. La bellezza del finito, il lavoro dell’infinito’”, in *Ann. Univ. Molise – Dip. Giur.*, 17 (2016), spec. pp. 615-619.

¹⁴ Si rinvia all’approfondita analisi di M. Grondona, “Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, ‘Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica’. Un esercizio di lettura”, in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute, Frankfurt am Main, 2018, pp. 219 ss.

¹⁵ Così, P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 276.

¹⁶ T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1970], 2^a ed. riv. e ampl. con *Poscritto 1969*, Einaudi, Torino, 1999. Con il termine “paradigma” l’A. indica: “conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca” (*ivi*, p. 10). Nel *Poscritto 1969*, l’A. chiarisce che il termine viene adoperato nel saggio in due sensi differenti. Da un lato, “esso rappresenta l’intera costellazione di credenze, valori, tecniche, e così via, condivise dai membri di una data comunità”. Dall’altro, “esso denota una sorta di elemento di quella costellazione, le concrete soluzioni-di-rompicapo che, usate come modelli o come esempi, possono sostituire regole esplicite come base per la soluzione dei rimanenti rompicapo della scienza normale” (*ivi*, p. 212).

¹⁷ V. *amplius* M. Vogliotti, “Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna”, in *Quad. fior.*, XLIV (2015), p. 158 s.

¹⁸ Autorevolmente ripreso e ampliato da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 19 ss.; nonché da C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. p. 29, ed *ivi* anche nt. 34.

altro verso, poiché la crisi indicata non è affatto un fenomeno nuovo¹⁹. La scienza giuridica, infatti, non può risolversi in schemi astrattamente previsti dal legislatore, ma richiede la costante considerazione di numerosi fattori (primi fra tutti, la *fattualità* e la *pluralità* delle fonti) estranei al circuito chiuso “volontà legislativa/testo”²⁰. E ciò, in quanto il testo non è mai autosufficiente e il dato normativo è uno degli elementi, sia pure tra i più significativi, dell’esperienza giuridica, la quale è composta non soltanto di aspetti sociologici, economici, etici, ma di “operatori” (i.e., dottrina; giurisprudenza; autorità indipendenti) che concorrono a formulare la *regula iuris*, nonché a costruirne la “fattispecie” per il caso concreto²¹.

E così, i fattori che inducono a ripensare al ruolo originario del *Tatbestand*²² nell’ambito del diritto privato attuale sono individuabili principalmente in quattro aspetti tra loro concatenati.

Quanto al *primo* aspetto, viene in evidenza una nuova “sistematica” delle fonti, facente leva sulla posizione dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, le cui enunciazioni di principio irradiano “in via rafforzata”, nella dimensione del diritto italo-europeo, quel processo già noto a livello municipale sotto il nome di “costituzionalizzazione del diritto privato”, che ha permesso da tempo al giurista domestico di riconoscere la piena efficacia “precettiva”, piuttosto che meramente “programmatica”²³.

Il *secondo* fattore è, infatti, costituito dalla prepotente emersione di valori personalistici nella disciplina dei rapporti economici tra privati, e finanche nelle discipline del mercato, che hanno sovente ad oggetto “attività” e

¹⁹ Di particolare efficacia l’analisi storico-critica di G. Perlingieri, “L’attualità del «Discorso preliminare» di Portalis. A proposito dei «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie”, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, III, Universitas Studiorum S.r.l., Mantova, 2017, pp. 309 ss., spec. pp. 331-342; e v., ora, G. Perlingieri, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, E.S.I., Napoli, 2018, spec. pp. 49-68.

²⁰ Decisivo per la considerazione della scienza giuridica come “scienza pratica”, caratterizzata dal confronto dialettico tra “norma” e “fatto”, il saggio di S. Pugliatti, “La giurisprudenza come scienza pratica” (1950), in S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 103 ss.; v. anche T. Ascarelli, “In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)” (1958), in T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 153 ss.; L. Raiser, “Scienza e pratica del diritto” (1964), in L. Raiser (a cura di C.M. Mazzoni), *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell’economia di tre decenni*, trad. it. di M. Graziadei, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 151 ss.; R. Orestano, “Della ‘esperienza giuridica’ vista da un giurista”, in R. Orestano, *‘Diritto’. Incontri e scontri*, il Mulino, Bologna, 1981, pp. 487 ss.

²¹ Vi è tornato, con dovizia argomentativa, G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti, Genova, 2017, spec. pp. 230-233 e p. 241.

²² Sulle cui origini e implicazioni, conserva il suo pregio A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997, spec. p. 120 s.

²³ Di recente, v. l’ampia riflessione di L. Ferrajoli, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2771 ss.

“comportamenti” (piuttosto che “atti” isolati) degli operatori professionali²⁴. Si tratta di fenomeno reso palese dalla continua crescita (p)e(r) aggregazione delle rispettive organizzazioni esponenziali che, sfruttando la propria forza economica e le risorse tecnologiche della c.d. “società digitale”, sono oramai in grado di incidere pervasivamente su pressoché tutti gli ambiti di vita (c.d. *law firms*)²⁵. Il riferimento a clausole generali – la cui formulazione spesso risente di elaborazioni proprie di sistemi giuridici “alieni”²⁶ – è il tratto peculiare di queste normative.

Il *terzo* conseguente profilo evidenzia l’inevitabile influenza (perlomeno finora) esercitata sul legislatore e i giudici europei dalla cultura giuridica di *common law*, non a caso caratterizzata da marcate differenze, rispetto a quella continentale, relativamente alla percezione del rapporto tra *ius scriptum* e formante giurisprudenziale, nonché da un diverso modo di connotare, in chiave di teoria generale, la dialettica tra “diritti” e “tutele”²⁷.

Last but not least, viene appunto in rilievo la dimensione “rimediale”. È infatti sempre più avvertito come l’analisi del contenuto delle situazioni giuridiche soggettive non possa disgiungersi dalla considerazione degli strumenti di tutela, se non a costo di perpetuare un discorso scientifico viziato da astrattismo e parzialità²⁸. Una serie innumerevole di indicatori – taluni squisitamente “culturali”, altri propriamente “istituzionali”, altri infine soltanto “contingenti” – stanno a confermare la concretezza del tema, nonché l’essenzialità della sua diretta rilevanza per la messa a fuoco di “poteri” e “doveri” *effettivamente* operanti in un dato ordinamento, di là dalle prerogative sostanziali “proclamate” dalle singole determinazioni autoritative²⁹.

²⁴ Cfr. la pregevole indagine di G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. pp. 155 ss.

²⁵ Vi si sofferma A. Maniaci, “I formanti ‘occulti’”, in Aa.Vv., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, I, Giuffrè, Milano, 2017, spec. pp. 245 ss.

²⁶ Si pensi, ad es., ai contratti di “garanzia finanziaria” (c.d. *collaterals*) implicanti il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia, che l’art. 6, cpv., d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, si premura di sottrarre al divieto del “patto commissorio” previsto dall’art. 2744 c.c. Ne tratta, con dovizia, G. De Nova, *Il contratto alieno*, Giappichelli, Torino, 2010, 2^a ed., pp. 12 ss.

²⁷ In tema, v. le belle pagine di G. Benedetti, “L’elogio dell’interpretazione traducente nell’orizzonte del diritto europeo”, in P. Sandulli, M. Faioli (a cura di), *Attività transnazionali, sapere giuridico e scienza della traduzione*, Nuova Cultura, Roma, 2011, pp. 41 ss.

²⁸ Cfr. D. Messinetti, “Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica”, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. A. Falzea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 209 ss.

²⁹ Ben ripercorse da G. Smorto, “Il linguaggio dei diritti e il linguaggio dei rimedi”, in M. Graziadei, B. Pozzo (a cura di), *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 185 ss.

3. Contratto e dicotomie “involutive”

A subire quindi una “de-quotazione” è, anzitutto, la dicotomia tra “diritto” e “non diritto”, con la quale il giurista moderno si illudeva di poter tracciare un confine netto attorno al sapere giuridico, in quanto del tutto autonomo e indipendente dal restante contesto di riferimento³⁰.

Sorte non dissimile per l'altra grande dicotomia, forgiata dal giusnaturalismo ed ereditata dal positivismo ottocentesco, quella tra “fatto” e “diritto”³¹ che, da un lato, è all'origine della separazione della “legalità” rispetto sia all'“equità”³², sia all'“effettività”³³, con la connessa sopravvalutazione idealistica dell'impalcatura “formale” del diritto a scapito del suo procedere (nel) “reale”; d'altro lato, fonda il modello sillogistico di ragionamento giuridico – con il secco distinguo tra *quaestio facti* e *quaestio juris* – alla base della dialettica tra interpretazione “in astratto” e applicazione “in concreto”³⁴.

Di qui anche, l'offuscarsi dell'ulteriore dicotomia tra “essere” e “dover essere”, all'origine della separazione tra “legalità” e “legittimità”, nonché tra discorso *de iure condito* (l'unico reputato autenticamente scientifico) e *de iure condendo* (“inquinato” da giudizi di valore e, quindi, radicalmente soggettivo, dunque mera “politica del diritto”)³⁵. Di guisa che, il diritto dismette il suo tradizionale connubio con la “giustizia” (*jus quia justum*), espressiva delle sue fonti “tradizionali” à la Eliade – ossia, *consuetudo* e *juris-prudentia* – per essere ridotto a pura dimensione “potestativa” (*jus quia jussum*), venendo così assorbito dal potere politico³⁶.

³⁰ Ne discute ampiamente G. Pino, “Tra diritto e non diritto”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, I (2007), n. 1, pp. 197-210 (*Recensione* a S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Giuffrè, Milano, 2006).

³¹ M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 169 ss.

³² Cui ha dedicato pregnanti osservazioni, circa il valore “metastorico” della celebre massima celsina *ius est ars boni et aequi*, R. Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 63 ss.

³³ Sull'attuale portata di tale principio, v., per tutti, G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020, spec. pp. 61 ss.

³⁴ Ben evidente nel pensiero di H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 2^a ed., pp. 381-390; nonché alla base non soltanto della stessa struttura del giudizio di cassazione (arg. ex art. 360 c.p.c.), ma altresì di dibattute dinamiche interpretative del genere *dolus indeterminatus determinatur ab exitu*: di qualche utilità a termini dell'art. 1362 c.c. (sulla scia di L. Mengoni, “L'argomentazione orientata alle conseguenze”, in L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 91 s., spec. p. 93), quanto ben più problematico in sede penale (su cui, cfr. F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 11, ed *ivi* nt. 19).

³⁵ M. Vogliotti, “Legalità”, in *Enc. dir., Annali*, VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 371-435.

³⁶ Sviluppa la critica dialettica, insita nella celebre “formula” di Gustav Radbruch, P. Costa, “Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica”, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Dykinson S.L., Madrid, 2014, pp. 65-67.

Queste dicotomie sono la conseguenza della “rottura epistemologica” moderna, con la quale si è sradicato il diritto dal campo delle scienze “pratiche” per trapiantarli – contravvenendo all’insegnamento aristotelico per il quale non si può chiedere ad un matematico di essere “persuasivo” e ad un retore di essere “dimostrativo”³⁷ – in quello delle scienze teoretiche, il cui “oggetto” è del tutto indipendente dal “soggetto” e il cui fine è la “verità”, intesa come perfetta corrispondenza della mente alla cosa. E così, nella perpetuata *confusio linguarum* tra “cose della natura” e “natura delle cose”³⁸, il diritto ha finito per rarefarsi in un caleidoscopio di “sostanze” – razionali, normative, empiriche o linguistiche, a seconda delle varie declinazioni della modernità³⁹ – prodotte da un eminente “alchimista” (i.e., il legislatore), descritte e sistematizzate dalla scienza, nonché passivamente applicate dal giudice al termine di un processo concepito come “servo muto”⁴⁰, mera cinghia di trasmissione che trasporta le “sostanze” normative a contatto dei “reagenti” fattuali⁴¹.

E tuttavia, il riemergere della dimensione “pratica” (*rectius*, della “socialità”) del diritto, il cui autentico oggetto è l’“azione” (*praxis*), e il fine l’azione “giusta” (*eupraxia*), evidenzia che – essendo l’“azione” non già un concetto *sostanziale*, bensì *relazionale* – esso vive costantemente *in rapporto* con gli altri ambiti sociali, tra soggetto e oggetto (i.e., “interprete” e “testo”), tra diritto e fatto (i.e., “testo” e “contesto”), tra essere e dover essere (i.e., *ratio* interrogante i “fini” dell’azione, coincidenti con l’*aequitas*, e *auctoritas* che ne sanziona – non già ne fonda – la portata cogente)⁴².

Non a caso, il sapere del giurista è “*inter-pretativo*”⁴³, recando nel suo stesso etimo il significato della “mediazione”, del “mettere in contatto” entità non sussistenti autonomamente, ma insorgenti reciprocamente in una relazione

³⁷ Preso in esame da S. Di Piazza, “The rhetorician vs the mathematician. Some remarks on ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ in Aristotle”, in *Papers on Rhetoric*, XII (2014), pp. 63-73.

³⁸ Così intravista da G. Radbruch, “La natura delle cose come forma giuridica del pensiero”, in *Riv. int. fil. dir.*, III sr., 21 (1941), p. 145, esemplarmente illustrata da B. Leoni, *Per una teoria dell’irrazionale nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1942, spec. pp. 50-51, nella parte in cui si afferma la “giustapposizione di due sistemi di diritto: quello costituito dall’ordinamento giuridico attraverso il mutare dei regimi e quello escogitato dall’interprete, per soddisfare con coerenza le molteplici necessità dell’azione concreta”.

³⁹ Sui cui articolati itinerari ermeneutici, non sempre di immediata percezione, v. lucidamente A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. pp. 403 ss.

⁴⁰ Così, T. Padovani, “Il crepuscolo della legalità nel processo penale”, in *Ind. pen.*, 1999, p. 529.

⁴¹ Secondo l’espressione di M. Nobili, “La procedura penale tra ‘dommatica’ e sociologia: significato politico d’una vecchia polemica”, in *Quest. crim.*, 1977, pp. 63-65.

⁴² Il rinvio è d’obbligo alla limpida elaborazione di N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 31 ss.

⁴³ Superato per via del “giusnaturalismo”, come faceva giustamente notare N. Bobbio, “Il modello giusnaturalistico”, in N. Bobbio, M. Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1984, 2^a ed., p. 26.

ricorsiva che l’ermeneutica giuridica ha sintetizzato con la celebre immagine gadameriana del “circolo ermeneutico”⁴⁴, in quanto riconduzione *de iniquo ad aequum*: cos’altro sarebbe, del resto, l’interpretazione “conforme a Costituzione”⁴⁵ se non questa progettazione (sempre) *in fieri* di un significato accettabile come “giusto” da *partners* “ragionevoli” del decisore, secondo i canoni della buona retorica che da secoli ispira il diritto applicato⁴⁶, cui il *verdictum* (alla lettera, “pronunciato per vero”)⁴⁷ è rivolto?

4. Contratto e sistema “aperto” delle obbligazioni

A questo punto, è tempo di tornare a riflettere intorno ad un *test* (prettamente civilistico) in apparenza elementare: vale a dire, quale sia l’(autentico) attuale significato di “ordinamento giuridico” nella formula adoperata in chiusura dall’art. 1173 c.c. Quest’ultimo si basa sul(l’innovativo) postulato di un “sistema ordinamentale” che – nel vigente quadro costituzionale e globale – continua a tramandare un contenuto precettivo “realistico”: vale a dire, l’idea di un “paradigma regolativo” *mobile e aperto*, tuttavia non manipolabile arbitrariamente dai suoi interpreti.

In un volume edito da poco più di un lustro, è stato posto in chiara luce il nesso che unisce tale riferimento – nell’individuazione delle fonti delle obbligazioni *diverse* dai “contratti” e dai “fatti illeciti” – a quel fenomeno già evocato di “crisi” (o perdita) “della fattispecie” e della sua “testuale” definizione per legge⁴⁸. L’analisi include – sia pure in un contesto e con presupposti diversi – l’attenta sensibilità della nostra letteratura giuridica, nel continuo raffronto con le celebri costruzioni di matrice germanica, per la “fattualità” di alcuni rapporti contrattuali⁴⁹. Vi si esclude – come anticipato –

⁴⁴ H.G. Gadamer, *Verità e metodo. Lineamenti di un’ermeneutica filosofica*, Bompiani, Milano, 1983, pp. 363-376.

⁴⁵ Nei termini esplicitati, di recente, da M. Ruotolo, “Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale”, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, spec. p. 2478 s.

⁴⁶ In modo ammirevole, G. Benedetti, “Sull’incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un’ermeneutica critica”, in G. Benedetti, *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, il Mulino, Bologna, 2020, p. 137.

⁴⁷ J. Esser (a cura di S. Patti, G. Zaccaria), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, E.S.I., Napoli, 1983, spec. pp. 18-20; vi è tornato M. Taruffo, “Idee per una teoria della decisione giusta”, in M. Taruffo, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 357 ss.

⁴⁸ F. Gambino, “Le obbligazioni”, in *Tr. dir. civ.*, I, *Il rapporto obbligatorio*, Utet, Torino, 2015, pp. 66 ss.

⁴⁹ Questa risale infatti al pensiero di G. Haupt, “Über faktische Vertragsverhältnisse”, in H. Siber, *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Weicher, Leipzig, 1943, spec. p. 5; R. Sacco, “Il contratto di fatto”, in *Tr. dir. civ.*, 10, 2ª ed., Utet, Torino, 1995, pp. 54 ss.; da ultimo, M.E. Tranfaglia, E. Piccinni, *I rapporti contrattuali di fatto*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 6 ss.

ogni arbitrio interpretativo, poiché si presuppone – nei casi in cui la fattispecie “legale” sia indefinibile – un duplice giudizio “fondativo” in termini (non a caso) di “ragione” valutante: l’*idoneità al vincolo* e la *conformità all’ordinamento*; ossia, la compatibilità con opzioni pur sempre rinvenibili nella cornice delle trasformazioni di sistema⁵⁰.

Si profila, pertanto, ineludibile una questione avanzata, in tempi recenti, con sagace acume: l’art. 1173 c.c. allude davvero alla (potenziale) *misura in cui* “atti o fatti”, *diversi* dai “contratti” e dai “fatti illeciti”, siano *idonei a produrre* effetti giuridici; o non piuttosto al dato per cui essi siano da considerarsi *di per sé idonei*, in quanto già valutati “efficaci” (ossia, *effettivi* in senso empirico)?

In tempi di “crisi della fattispecie”, il senso complessivo di una “conformità” al diritto parrebbe presupporre un’analisi incentrata, con graduale intensità, su modelli di relazioni sociali “effettive”, in grado di candidarsi “funzionalmente” a legittimarsi sul piano dell’“efficacia” giuridica. Quanto precede impone di chiedersi se l’area delle obbligazioni –non aventi il loro fondamento nel *contratto*, nella *promessa* e/o nel *torto* (a parte le figure risalenti che hanno trovato soprattutto nelle *restituzioni* da ingiustificato arricchimento un modello esplicativo)⁵¹ – risulti frammentata quante sono le finalità delle singole previsioni legali, ovvero sia possibile intravedersi un autonomo nucleo unificante, che sia “congruo” con i limiti di “apertura” e “atipicità” dell’art. 1173 c.c. In tal senso, la “conformità” all’ordinamento giuridico non discenderebbe dall’*effettività* “informe”, bensì da una ricostruzione di sistema orientata a conferire una generale legittimazione all’“atto” di autonomia, la cui idoneità “funzionale” al vincolo sia già resa manifesta nel “rapporto”⁵².

L’idoneità “funzionale” tra il *rapporto* e la sua *giuridica rilevanza* (quale “vincolatività”, nel senso più ampio di “pretesa”) presuppone – a ben vedere – che il profilo “materiale” abbia, in termini molto generali, i caratteri propri, nell’area delle “cose”, del “possesso”, ossia di una prerogativa fattuale di “controllo” sulla competenza regolativa in ordine a successive modifiche⁵³. Se

⁵⁰ Le basi teoriche di tale impostazione sono illustrate *funditus* in F. Gambino, *op. cit.*, pp. 33-125, ed *ivi* anche nt. 352, ove si riporta analoga direttiva metodica, recepita dalla giurisprudenza di legittimità nei termini dell’“esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale” (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, punto 4.2 motiv., edita in varie riviste a cura di diversi commentatori).

⁵¹ Peraltro, in chiave critica, nella bella indagine di L. Guerrini, *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2002, spec. pp. 29 ss.

⁵² In particolare, U. Breccia, “Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori”, in M. Trimarchi *et al.* (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione* (Convegno in onore del prof. V. Scalisi, Messina, 27-28 maggio 2016), Giuffrè, Milano, 2017, pp. 185 ss.

⁵³ Il “possesso” starebbe alla “proprietà”, così come il “contatto sociale” al “contratto”: E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, (1915), Giuffrè, Milano, rist. 1968, spec. p. 351. V. anche U. Breccia, *Discorsi*

così, i momenti della “rilevanza” e dell’“efficacia” implicano, in base all’art. 1173 c.c., una valutazione che *surroghi* la “fattispecie” (in predicato) mancante, pur non riducendosi ad una presa d’atto.

Può infatti osservarsi che, malgrado si inscriva in senso lato nella perdurante centralità del “rapporto obbligatorio”, la varietà casistica delle relazioni “rilevanti” *sub specie juris* non possa limitarsi al paradigma delle “trattative” bensì, in linea con una giustificazione di natura “funzionale”, includere altri “contatti sociali qualificati” da cui insorgano, del pari, ragionevoli “affidamenti”⁵⁴. In proposito, gioverebbe forse richiamare quella pista di analisi – in questa sede soltanto accennabile – che, partendo dal modello del “mandato”, quale “prototipo” ascrivibile a forme non (necessariamente) “dichiarative” di perfezionamento (arg. *ex art.* 1327 c.c.) e “vincolante” anche ove gratuito (arg. *ex art.* 1709 c.c.), ne ha esplorato le diverse “variazioni sul tema” delle “relazioni” collaborative (sia pure “implicite”)⁵⁵, mediante le sue ramificazioni disseminate anche al di fuori del codice civile; sino alle più recenti vicende destinatorie, il cui vivace dibattito in ordine al requisito della forma negoziale cela l’esigenza di dare voce proprio al piano degli interessi *materiali* sottostanti, altrimenti relegati in assetti “presuntivi” (*rectius*, informi) di ardua intelligibilità⁵⁶.

In un’epoca in cui, all’insegna del “debito”, si (e)semplifica un gravissimo stato di crisi accentuato dall’emergenza pandemica (che – nel riprendere un cenno per forza di cose molto sommario – sembra addirittura legittimare in

sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”, Pacini, Pisa, 2019, pp. 97 ss.; più in generale, B. Leoni, Il diritto come pretesa, Liberilibri, Macerata, 2020, 2ª ed., p. 119 s.

⁵⁴ F. Gigliotti, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e motivo di cortesia*, E.S.I., Napoli, 2003, pp. 51 ss.

⁵⁵ Ossia “empiricamente” apprezzabile dal piano degli interessi, allorquando si profili una pura perdita di utilità, che come tale si candida al risarcimento, malgrado l’assenza di obblighi “contrattualizzati”. Si allude alla dottrina tedesca della c.d. *laufende Geschäftsverbindung*, su cui v., per tutti, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁴, Beck, München, 1987, I, § 9, pp. 104 ss. Nella nostra dottrina, cfr. P. Sirena, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 85 ss.; nonché C.M. Nanna, *Doveri professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell’obbligazione senza prestazione*, Cacucci, Bari, 2012, spec. p. 15. Ne tratta ora, con solito acume, M. Orlandi, “Torto e tipo”, in *Jus*, 2020, pp. 455-456, nonché pp. 481-482, testo e note.

⁵⁶ Ora sfociato in Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, con ampio commento di G. Vettori, “Sulla morfologia del contratto. Il patto fiduciario e le Sezioni Unite della Cassazione”, in *Pers. merc.*, 3 (2020), pp. 161 ss. In tema, cfr. A. Vicari, “Le situazioni fiduciarie al di fuori dell’area contrattuale: i constructive trusts e l’arricchimento senza causa”, in F. Alcaro, R. Tommasini (a cura di), *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 143-146. I prodromi di tale impostazione sono già rinvenibili nella (controversa) figura del “mandato presunto” coniata da L. Campagna, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell’intento negoziale*, Giuffrè, Milano, 1958, spec. p. 172; nonché finemente sviluppati da N. Lipari, “Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico”, in *Aa.Vv., Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, CEDAM, Padova, 1967, pp. 37-74.

base all'“eccezione” intere nuove configurazioni del diritto contrattuale), il rischio è che la forma “per fattispecie” si dissolva; ma forse, per risolversi hegelianamente in una sintesi superiore (*Aufhebung*).

5. Contratto e fatto “dovuto”

Se infatti si attribuisce al termine “fattispecie” il significato etimologico di “figura di fatto” (*species facti*), appare arduo fare a meno della precisazione per cui ogni “norma” contiene non una, bensì (perlomeno) due “fattispecie”: quei “fatti” che il diritto prevede per l'eventualità si verifichino effettivamente nel tempo (es., l'opera quale *esito* contrattuale dell'appalto); e quelli che prevede *debbano* verificarsi nel tempo (es., l'opera collaudata quale *esecuzione* “a regola d'arte” dell'appalto). Ogniqualvolta si declina la norma in termini di “fattispecie” ed “effetto”, si tende tuttavia a mettere in luce la sola figura dei primi⁵⁷.

Sarebbe invece utile osservare che l'“effetto” è, a sua volta, in funzione di una “rappresentazione di fatto”: il diritto parte dal fatto che “trova” e “torna” al fatto che “vuole” si realizzi: ove l'“effetto” è lo strumento per operare questo “ritorno”, allorquando il “dover essere” diventa “essere”. In questo senso, la *legittimazione* non è costituita, come comunemente si afferma, dal “potere di esercitare” un diritto in forza della relativa “titolarità”; essa designa, al contrario, quella specifica situazione nella quale determinati poteri, già contenuti nella situazione soggettiva previamente attribuita, *rispecchiano* la struttura “rimediale” – si è visto – dell'interesse nel quale si traduce la “pretesa”⁵⁸.

Il diritto impone in definitiva non l'“esistenza”, bensì il “rispetto” delle situazioni giuridiche soggettive, nel senso che l'esistenza di tali situazioni è in

⁵⁷ In argomento, S. Orlando, “Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, spec. p. 1039 s. Sul valore “ordinante” del “comportarsi”, ossia del “camminare insieme” costruendo relazioni tendenti alla stabilizzazione e tipizzazione di rapporti, v. ora E. Stolfi, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 62 ss.

⁵⁸ Cfr. la densa riflessione di G. Terranova, “La struttura delle situazioni soggettive: contributo ad una semantica dell'obbligo”, in *Eur. dir. priv.*, 2002, spec. p. 553; ripreso e ampliato in G. Terranova, *Il diritto e il suo linguaggio*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 103 ss. Questa nuova sistematica delle situazioni soggettive, che concorrono a formare la struttura del rapporto obbligatorio, ha trovato terreno fertile in ambiente di *common law* – meno condizionato dalla dogmatica continentale del diritto di proprietà e dei rapporti di scambio su di essa modellati – ad opera di W.N. Hohfeld, “Some fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning”, in *Yale L. Journ.*, XXIII (1913), n. 1, pp. 1659 ss.; sembra alludervi D. Fiordalisi, *L'abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 207 ss. Suggestivo l'accostamento all'immagine delle “credenziali”, le quali non hanno in genere nulla a che vedere con la genesi dei diritti assegnati al loro titolare, in quanto non sono legate all'“avere” un diritto, ma piuttosto al suo “esercizio”: v. acutamente A. Incampo, G. Lorini (a cura di), *Disegnare la realtà sociale/Drawing Social Reality*, (in *T CRS/Theory and Criticism of Social Regulation*) Mimesis, Milano-Udine, 2020, spec. p. 62; v. anche *supra*, nt. 55.

funzione della pratica realizzazione degli interessi, in vista dei quali esse sono costituite. Tale “rispetto” si sostanzia in *pre-visioni* di “fatti dovuti”: ossia, di comportamenti prefigurati con le qualifiche, anche – e soprattutto, per quanto qui interessa – *cronologiche* della realtà “empirica”⁵⁹.

Orbene, tra le due “figure di fatto” è plausibile instaurare una (congrua) “proporzione”: la legge e l’ermeneutica provvedono a fornire i criteri per tale giudizio. Sul piano legale, viene in rilievo l’uso frequente di “clausole generali”, che permettono di proporzionare il “fatto dovuto” a quello “disciplinato”. Sul piano interpretativo, viene in evidenza la considerazione degli “interessi” delle parti coinvolte. Attraverso il giudizio di proporzione, si può ridurre o aumentare in via ermeneutica tanto l’area della prima, quanto della seconda “fattispecie”, poiché siffatto giudizio racchiude in sé la capacità di manifestarsi – come visto – in termini strutturalmente (i.e., *idoneità al vincolo*) e funzionalmente (i.e., *conformità all’ordinamento*) “elastici”⁶⁰.

Occorre, allora, interrogarsi non solo sull’“ante-fatto” “logico” del c.d. “ordine giuridico dei privati”⁶¹, bensì sul connesso “post-fatto” “deontologico”, che – oggi più che mai – si configura quale sistema regolativo del “sociale”⁶². Le linee intorno a cui si sviluppa tale approccio intendono far emergere l’indissolubile intreccio tra *norme* ispirate ad uno statuto “logico”, *principi* rispondenti ad uno “analogico” e *forme sociali di vita* ascrivibili ad uno “fenomenologico”⁶³.

⁵⁹ Cfr. N. Irti, “La teoria delle vicende del rapporto giuridico”, pref. a M. Allara, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Giappichelli, Torino, (rist. an.) 1999, p. 16.

⁶⁰ Invero “nessun rapporto contrattuale è pensabile entro l’ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta (e, in ipotesi, ridimensionata) in funzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati”: così, autorevolmente, ancora N. Lipari, “Introduzione”, in *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale. Atti del Convegno, Bari, 22-23 ottobre 2015*, E.S.I., Napoli, 2016, pp. 17-18.

⁶¹ Illuminante M. Grondona, *L’ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, spec. pp. 95 ss.

⁶² Che invero: “a fronte del diritto effettivo il diritto scritto non può affermare la sua prevalenza come fa, ad esempio, l’art. 8 delle preleggi per gli usi. Anche indipendentemente dalla consuetudine, che è tuttavia un importante fattore di consolidamento e di riconoscimento del diritto non scritto, il ‘fatto’, sorretto dal consenso, fa legge” (F. Santoro Passarelli, *Quid juris?*, ora in F. Santoro Passarelli, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, Napoli, 1988, p. 27). Sulla c.d. “autonomia sociale” quale *genus* della *species* “autonomia negoziale”, si diffonde opportunamente L. Barchiesi, “Le difese contro la vincolatività del contratto. *Gentlemen’s agreement*”, in P.G. Monateri *et al.* (a cura di), *Il nuovo contratto*, Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 464 ss.

⁶³ Corroborando l’indissolubile intreccio fra *realità sociale* ed *effettività della norma giuridica*, giacché: “il diritto deve servire alla società perché è questa che lo esprime e lo qualifica nella sua stessa esistenza di regola sociale” (così, C.M. Bianca, *Realità sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 20-21). Vi sovengono i recenti approfondimenti in sede teoretica ad opera di G. Limone, “Ars boni et aequi. Ovvero i paralipòmeni della scienza

Si prenda per comodità esemplificativa (oltre che stretta attinenza al contesto argomentativo tematizzato) il contratto di assicurazione: se la sua funzione tipica è notoriamente la copertura da eventi pregiudizievoli per loro natura “imprevedibili” (nel caso, emergenziali), la *regola* dettata dall’art. 1895 c.c. ne sanziona, sul piano “logico”, la nullità qualora tale elemento caratteristico non sussista o sia cessato all’atto della sottoscrizione.

Dal successivo art. 1900, c. 1, c.c. si evince, in via “analogica”, il (più generale) *principio* per cui nessun soggetto dell’ordinamento potrebbe mai pattuire l’esonero da (propria) responsabilità (*ex art. 1229 c.c.*), qualora il pregiudizio (da inadempimento contrattuale, ovvero da lesione extracontrattuale) sia arrecato con “dolo”, venendo altrimenti a mancare in radice il connotato dell’“imprevedibilità” dell’evento – di inattuazione contrattuale (e, quindi, di seria “vincolatività” *ex art. 1372 c.c.*), ovvero di danno extracontrattuale – ivi sotteso.

Peraltro, dal c. 3 della medesima disposizione si desume, in via “fenomenologica”, che ogni *situazione di vita* che intercetti, a prescindere dalla “sfera di incidenza” (*Gefahrenbereich*) contrattuale⁶⁴, la salvaguardia della persona in sé (ad es., tutela da eventi calamitosi coinvolgenti un “ospite”, benché estraneo alla copertura assicurativa) impegna, in ogni caso, la responsabilità (contrattuale) dell’assicuratore per inderogabili doveri di “solidarietà umana”⁶⁵.

6. Contratto e forme di responsabilità

Muovendo da tale prospettiva “rovesciata”, nel “togliere peso”⁶⁶ ai costrutti teorici, è stato con estrema limpidezza osservato⁶⁷ che il modulo a base

giuridica”, in G. Limone (a cura di), *Ars boni et aequi. Il diritto fra scienza, arte, equità e tecnica*, Franco Angeli, Milano, 2016, spec. p. 18.

⁶⁴ In relazione alla c.d. *Sphärentheorie* dovuta a Ernst Rabel, su cui v. ampiamente J. Alcalde Silva, “El Commodum Repraesentationis del artículo 1677 del Código Civil de Chile”, in *Rev. der. Valparaiso*, XXXI (2008), p. 37 s., spec. p. 62, ed *ivi* anche nt. 83.

⁶⁵ Arg. *ex art. 122, cpv.*, d.lgs. n. 209/2005, in tema di risarcibilità del danno a favore del terzo trasportato “qualunque sia il titolo” (*scil.*, anche “di cortesia”). Cfr. la suggestiva analisi da parte di P. Rescigno, *Solidarietà e diritto*, Jovene, Napoli, 2006, spec. p. 21. In quest’ottica, mette conto segnalare Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 992 ss., con commento di R. Caso, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell’autonomia privata*; nonché di I. Prisco, “Divieto di ospitalità e nullità per violazione del principio di solidarietà”, in G. Perlingieri, G. Carapezza Figlia (a cura di), *L’«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, E.S.I., Napoli, 2012, pp. 369 ss.

⁶⁶ Mutuando da I. Calvino, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Garzanti, Milano, 1993, p. 4.

⁶⁷ S. Pagliantini, “Contratto e accordo: la sintassi degli artt. 1321 e 1325 c.c. nella cornice di una c.d. “euro-compatibilità”, ora in S. Pagliantini, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, E.S.I., Napoli, 2020, p. 144.

consensuale in esame lessicalmente “si contrae” (*omen nomen*): ossia, sottende – si è visto – un’inedita “elasticità” parametrata (può ora aggiungersi) al proprio nucleo espressivo della “comune intenzione” (ex art. 1362 c.c.), il cui progressivo “prendere forma” (ex art. 1337 c.c.) di “accordo” risulterebbe “restringersi”, in via inversamente proporzionale al (minor) livello di “intrusività” nelle sfere giuridiche coinvolte, in conseguenza cioè delle modifiche consensualmente programmate, a seconda si miri a(d accordi) “contratti” *in senso debole* “sulla cooperazione” (i.e., ad effetti “obbligatori”), ovvero *in senso forte* “sull’appartenenza” (i.e., ad effetti “reali”)⁶⁸. Così riguardato, l’“accordo” si struttura, al contempo, in coerenza alla *direzionalità* degli effetti riguardati dall’angolo visuale “parziale” (i.e., di ciascuna “parte”), ogniquale volta si pervenga alla determinazione di entrare in (reciproca) *relazione*, onde tarare i rispettivi “rapporti” (in termini matematici) di “contenuto” *patrimoniale*, alla stregua della regola “aurea” (arg. ex art. 2740 c.c.) per cui nessuno sarebbe disposto a divenire creditore se non “misurando” il rischio di rientro sul “patrimonio” del debitore⁶⁹.

Le nozioni di “atto” negoziale (bi/plurilaterale) e di “requisiti” (essenziali) sono perciò frutto di altrettante astrazioni sicuramente utili, purché consapevolmente utilizzate: la prima, in quanto serve ad indicare a quali condizioni legali un “autoregolamento” cessa di essere al centro di una “trattativa”, per divenire congiuntamente riferibile alle (due o più) sfere patrimoniali in termini di “accordo”, espressione di un elemento “normativo” consistente nel risultato di un *giudizio su fatti*, o meglio, su comportamenti “a struttura dichiarativa” o “non dichiarativa” (ispirati ad istanze di riconoscibilità, auto-responsabilità, speditezza dei traffici)⁷⁰; la seconda, in quanto “schematizzazione razionale” di (un insieme di) “rimedi”, articolati in riferimento ad una pluralità di circostanze “fattuali”, che *possono* (o *devono*) verificarsi e variamente qualificare (e così, concorrere ad individuare e distinguere tra loro) i comportamenti, per il caso in cui si discostino da quelle specifiche regole, che ne convogliano l’attività verso la valida ed efficace “creazione” del regolamento privato⁷¹.

Da questo punto di vista, un rapido confronto fra *contratto* e *fatto illecito*, svolto con la consapevolezza che il primo è essenzialmente l’esito (di regole) di “comportamenti”, consente di estrapolare da entrambi i plessi disciplinari un *minimo comune denominatore* finalizzato al contrasto di assetti

⁶⁸ In merito alle conseguenze applicative di tale distinguo, cfr. V. Roppo, “A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto”, in V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2020, 4^a ed., p. 32 s.

⁶⁹ V. Roppo, “La responsabilità patrimoniale”, in *Tr. dir. civ.*, XIX, 1, 2^a ed., Utet, Torino, 1997, spec. p. 521.

⁷⁰ In tema, v. le accurate osservazioni di F. Venosta, “Inizio dell’esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2, comma 2° della legge sulla subfornitura”, in F. Venosta, *Tre studi sul contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 16 ss.

⁷¹ U. Majello, “Essenzialità dell’accordo e del suo contenuto”, in *Riv. dir. civ.*, I (2005), p. 113 s.

“antisociali”. Più esattamente, il sistema torto/contratto si lascia compendiare dalla presenza di “fatti dovuti”: nel loro agire “non programmato” i privati devono comportarsi in un certo modo, per non violare situazioni giuridiche soggettive protette dall’ordinamento (i.e., conflitti “occasionalmente” disciplinati dal “torto”); là dove nel loro agire indirizzato alla creazione di autoregolamenti, riferibili alla volontà di due o più soggetti per la disposizione di diritti in ambito patrimoniale, i privati devono parimenti comportarsi in un certo modo, preservando situazioni giuridiche soggettive e/o beni giuridici della collettività intangibili per il medesimo ordinamento (i.e., conflitti “programmatici” disciplinati dal “contratto”)⁷².

In quest’ottica, la “meritevolezza” degli interessi (art. 1322 c.c.) e l’“ingiustizia” del danno (art. 2043 c.c.) si apprezzano entrambe come “clausole generali” che consentono al sistema di continuare ad interrogarsi sulla “morfologia” dei comportamenti (permessi o vietati) e sulla “natura” degli interessi sottostanti, che assegnano “trasversalmente” (arg. ex art. 1173 c.c.) portata e consistenza alle (sempre più consonanti) discipline del “contratto” e del “fatto illecito”⁷³. Se così, gli stessi requisiti c.d. “essenziali” della “fattispecie” contrattuale si attergerebbero ad “elementi al contorno” del relativo (unico) “cardine” rappresentato – come il montaliano “osso di seppia” – dall’“accordo” e dalla sua evidenziata (triplice) declinazione (*direzionale/relazionale/patrimoniale*), svelandone dall’esame della disciplina sulla formazione una serie di comportamenti “dovuti”, la cui inosservanza sarebbe riconducibile all’art. 1337 c.c. ben oltre gli angusti limiti delle “figure sintomatiche”, tradizionalmente organizzate attorno al c.d. *recesso ingiustificato* dalle trattative⁷⁴.

In proposito, sarebbe forse possibile riformulare più puntualmente il comportamento “dovuto”, desumibile *a contrario* dalla generale disciplina dei “vizi del consenso”, nel modo seguente: è vietato concludere contratti sapendo (o dovendo conoscere, adoperando l’ordinaria diligenza) che l’altro contraente sia incorso (*scil.:* *ratione condicionis; sua sponte* ovvero *ex decepto*) in *misunderstanding* “essenziale”, tenuto conto della *qualità* delle parti, nonché delle *circostanze* e del *contenuto* del contratto; aspetti, quest’ultimi, particolarmente qualificanti per la tematica emergenziale sullo sfondo.

⁷² A. Iuliani, “La fisionomia del danno e l’ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità”, in *Eur. dir. priv.*, 2016, pp. 137 ss.

⁷³ Ne discute F. Giardina, “La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale”, in G. Visintini (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, *Inadempimento e rimedi*, CEDAM, Padova, 2009, pp. 73 ss.

⁷⁴ Per un esempio relativo al contesto emergenziale in esame, cfr. V. Bachelet, “L’affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)”, in A. D’Angelo, V. Roppo (a cura di), *A^dC 2018*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 155-192.

7. Contratto e “declinazioni” adempitive

Vero è, infatti, che lo studio della “fattispecie” contrattuale, a fronte di eventuali “patologie”, tende a selezionarne l’operatività rimediabile in base al parametro dell’*esattezza adempitiva* che – com’è noto – suole scomporsi nel profilo *soggettivo* (i.e., la “legittimazione” ad estinguere l’obbligazione), *oggettivo* (i.e., la consistenza “quali-quantitativa” della prestazione), *locativo* (i.e., lo “spazio” dell’adempiere) e *temporale* (i.e., il “momento” dell’adempiere)⁷⁵. Se per comodità di inquadramento tali *circostanze* sono apprezzabili nella rispettiva puntualità di giudizio, se ne trascura tuttavia di cogliere che l’“esigibilità”, quale momento di vicendevole “intersezione”, rimodula la “doverosità” (ossia, il fatto “dovuto”) trasformando quelle che appaiono come (quattro) “declinazioni deontiche” al cospetto dell’insopprimibile “dinamicità” tra il sorgere del *vincolo* (i.e., essere) e l’attuazione del correlato *impegno* (i.e., dover essere), in cui l’inevitabile insinuarsi di uno “scarto” (*rectius*, “adeguamento”) realizzativo sconta un’idonea “equilibratura” per via della (“clausola generale” di) buona fede (arg. ex art. 1358 c.c.).

A ben vedere, allora, l’insieme dei (quattro) “vizi del consenso” ben potrebbero di quelle “declinazioni” meglio denotare l’univoca interfaccia “rimediabile”, alla stregua di un *climax* ascendente, teso a destabilizzare la “cogenza” ex art. 1372 c.c. dell’*accordo* già in fase (di sua “mal-formazione”) “genetica”: a seconda che se ne consideri un erroneo (*soggettivo*) convincimento implicante annullamento o rettifica; un ingannevole (*oggettivo*) convincimento implicante analoga conseguenza ovvero risarcimento; una voluta (*temporizzata*) coercizione implicante annullamento “secco”, oppure un (*localizzato*) approfittamento implicante rescissione o revisione equitativa.

Invero, se da una considerazione puntuale *strutturalmente* “sincronica” si accedesse ad una disamina che desse spessore *funzionalmente* “diacronico”, sarebbe plausibile evidenziare un parallelo “trasfondersi”, senza soluzione di continuità, dell’un vizio nell’altro nella medesima vicenda negoziale: e così, la (pur sopravvenuta) consapevolezza che l’un contraente versi in errore renderebbe “dolosa” la condotta della controparte stipulante la quale, ove su tale alterazione (se reale) facesse leva ovvero (se putativa) fosse compartecipe, ben sapendo di agevolare la stipula (altrimenti improbabile), si troverebbe addirittura nella posizione di “minacciante” (c.d. *metus ab intrinseco*), quando non di “ approfittatore” (c.d. *metus ab extrinseco*), ove sfruttasse piuttosto “condizioni di contesto” legalmente individuate (i.e., stato di pericolo e/o bisogno).

⁷⁵ Per tutti, v. autorevolmente C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L’obbligazione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 261 ss.

Come si diceva, dunque, dalle *circostanze* del contratto si dipana l'autentica traiettoria indicativa dell'intensità in ordine all'(eventuale) intervento rimediabile⁷⁶ nell'inevitabile “divario” tra (iniziale) fase “programmatica” (i.e., il “voluto” *ex artt.* 1325, n. 1, e 1362 c.c.) e (conseguente) fase “attuativa” (i.e., l’“esigibile” *ex art.* 1374 c.c.) del contratto, in merito al *contenuto* ed in relazione alle *qualità* dei contraenti, sulla base della rivisitazione dello scenario “obbligatorio prestazionale”⁷⁷.

Si è così giunti al punto di “derubricare” il primo termine – secondo il *drafting* “per obiettivi” di matrice europea, esemplarmente trasfuso nell’art. 33, cpv., c. cons. (i.e., “per oggetto o per effetto”) – in quanto piuttosto “sommatoria” dei due requisiti (essenziali) noti al nostro codice civile, rispettivamente, come “causa” e “oggetto”, per converso espressione di un’“endiadi”⁷⁸. Il profilo merita particolare attenzione, poiché segna una radicale svolta rispetto alle concezioni maggiormente accolte in proposito, riannodando le fila del discorso sul “senso” di (ogni) “fattispecie” contrattuale.

8. Contratto e causalità “correlative”

Com'è noto, tutta l'esperienza giuridica può essere considerata una forma di regolazione del comportamento di gruppi organizzati tra soggetti, basata sull'assegnazione di significato ad un dato evento naturalistico o ad una condotta: ossia, collega al realizzarsi di una precisa condizione l'imposizione di una conseguenza, sia essa negativa (sotto forma di sanzione) o positiva (sotto forma di incentivo), che ne spieghi cause ed evoluzione, rispecchiata dalla nozione di “imputazione” (*Zurechnung*)⁷⁹, fondendo le (due evidenziate) “matrici” (i.e., *species facti*). E tuttavia, il rapporto “eziologico”, benché rappresentato in termini “scientifici” (come può essere una prescrizione normativa o una pronuncia giudiziale)⁸⁰, non è – come visto – di tipo “oggettivo”, sottendendo una scelta funzionale, connessa ai fini perseguiti (sia pure implicitamente) da un dato ordinamento giuridico in una certa epoca⁸¹. Il

⁷⁶ Secondo le felici indicazioni metodologiche, circa la rilevanza disciplinare delle patologie – ossia, dei vizi e dei rimedi per rimuoverne gli effetti – quale indice rivelatore della funzione dell'atto cui accedono, prospettate da E. del Prato, *Natura degli atti di autonomia privata: dalla Pandettistica alla fine del XX secolo*, in E. del Prato, *Dieci lezioni sul contratto*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 12 ss.

⁷⁷ Per maggiori approfondimenti, cfr. G. D'Amico, “La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti”, in *Riv. dir. civ.*, 2019, spec. pp. 5-8.

⁷⁸ Per una qualificata disamina, A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2019, 5^a ed., p. 23.

⁷⁹ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 117 ss.

⁸⁰ Sul punto, v. autorevolmente G. Gorla, “Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze”, in *Riv. dir. comm.*, I (1951), pp. 407 ss.

⁸¹ V. ancora, N. Bobbio, “Diritto e scienze sociali”, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Roma-Bari, 2007, spec. pp. 32 ss.

diritto si propone, cioè, di guardare al futuro per poter assegnare un valore sociale ad avvenimenti presenti, secondo la duplice “valenza” (cognitiva/predittiva e autoritativa/conformativa) della “fattispecie”, per come dianzi evidenziata; la cui intrinseca “ambiguità” funzionale risiede principalmente in due fattori: *a)* il modo in cui essa recepisce la *realtà*; *b)* il valore attribuito alle “in-forma-zioni” raccolte e, conseguentemente, l'*utilità* estrapolabile per disciplinarne gli effetti voluti⁸².

Tali osservazioni devono ora coniugarsi con il rilievo per cui l'accadimento di fatti “naturalistici” ovvero di comportamenti e, più in generale, dell'*interazione imputazionale* tra “soggetto” e “dato empirico” – alla cui regolazione il diritto si incarica di assegnare, nel caso, un significato “negoziale” – si attua in forme sempre più *standardizzate* (quando non *automatizzate*), alla stregua di un modello “neutro” e (per ciò stesso) infinitamente “replicabile”⁸³. Proprio per tali connotati, il “dato empirico” non si presta ad un'applicazione fissa nel tempo, ma permane e transita nella disponibilità dei soggetti che lo detengono, poiché alquanto arduo risulta oramai conoscere in anticipo quale sia lo *scopo finale* per cui esso viene in rilievo e, soprattutto, se ne esista uno soltanto (e si pensi ancora una volta al frastagliato ambito assicurativo). In altri termini, si è nei dintorni di una *causa* inquadrata dalla visuale non già di limite a presidio di un interesse generale, bensì piuttosto quale strumento di tutela delle parti: vale a dire, il problema che si profila è propriamente quello di un *patto nudo* (come le maschere pirandelliane *à la cherche* di un autore), non già di un *patto astratto*⁸⁴.

Dall'approccio “eziologico”, che studia un determinato evento per ricollegarlo in maniera univoca ad un altro (i.e., la “fattispecie” come *calcolo previsionale*), si staglia quindi nella sua elementare immediatezza un diverso schema “funzionale” che mette capo alla nozione alternativa di “correlazione” (i.e., il “nesso reticolare” come *nodo interattivo*)⁸⁵. Con essa si intende il risultato ottenuto dall'analisi e sovrapposizione di un *indefinito numero di*

⁸² Così riplasmando la matrice “negoziale” del *potere auto-regolativo*, la cui la “razionalità” non starebbe nel suo “contenuto”, bensì nella “forma” (consensuale) che esso impone alle relazioni individuali; sicché è “razionale”, e quindi “giusto”, tutto ciò e solo ciò che sia stato liberamente voluto e rivestito della forma del reciproco consenso: v. diffusamente M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 79 ss.

⁸³ Resta classico il pionieristico studio di A. Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, S.E.L., Milano, 1901, *passim*, al cui proposito v., altresì, S. Segnalini, “«Contrahere» senza «consentire»? Il punto di vista dello storico”, in *Riv. dir. rom.*, X (2010), pp. 1 ss.; più nello specifico, E. Damiani, “Note in tema di conclusione del contratto mediante sistemi automatici (spunti per una rilettura delle tesi di Antonio Cicu)”, in *Rass. dir. civ.*, 2020, pp. 749-760.

⁸⁴ Ricomponendosi la tradizionale divaricazione tra *causa* e *tipo*, intendendo la prima non già come “elemento del” contratto, bensì come “giudizio sul” contratto, a seconda cioè del contesto in cui è chiamato ad operare: si rinvia ai lucidi approfondimenti sempre di M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, CEDAM, Padova, 2015, p. 143 s.

⁸⁵ E. Ancona, “Figure dell'ordinamento. Dalla piramide alla rete, e oltre...”, in *L'Ircocervo*, 1 (2007).

informazioni, dal contenuto *variabile* e non necessariamente organizzato secondo criteri prestabiliti, che disveli l'esistenza di rapporti "multiformi" tra uno o più elementi (o valori) tali da poter constatare, alla luce di ricorrenze statistiche, un certo grado di reciproco condizionamento⁸⁶.

Tale approccio è alla base degli itinerari italo-europei sfociati nella massiccia mappatura "empirica" delle *pratiche commerciali sleali* intese quali indici "significanti" di contesti operazionali, ove l'"informazione" (*rectius*, il consenso "informato")⁸⁷ assurge a tecnica di legittimazione per il sorgere "elastico" – si è visto – del *vincolo negoziale*, in via anticipata alla venuta ad esistenza dell'*accordo impegnativo*, il cui (lessicalmente ristretto) "contrarsi" implica (quale "contrattare") il preventivo termine dilatorio idoneo al c.d. *jus poenitendi*⁸⁸ "a monte", rafforzando le prerogative codicistiche sancite "a valle" dall'art. 1328 c.c. In altri termini, l'approccio "correlativo" mira a fornire indicazioni formulate sulla base di un certo grado di "affinità" e "coerenza" tra determinate "info-strutture", che risultino *utili* nel senso di indirizzare correttamente un esito negoziale, premonire un determinato fenomeno o produrre inferenze, orientando *nel e per* "tempo" (non soltanto gli *effetti* incidenti sulle sfere patrimoniali coinvolte, ma altresì) le attitudini e le capacità di scelta del contraente "non professionale" oramai (svantaggiato, proprio perché) *inesperto*⁸⁹.

E tuttavia, sia la "causalità", sia la "correlatività" evocano la medesima variabile "temporale" secondo una sequenza "binaria" *post hoc, propter hoc*, sottendente l'(astratta) "invarianza" teleologica – insita nel requisito (essenziale) dell'art. 1325, n. 2, c.c. – dei termini estremi in cui si sviluppa l'*effetto* prefigurabile, lasciando nell'ombra che siffatta variabile influisce inevitabilmente sugli stessi poli di attrazione della sequenza considerata, modificandone in divenire gli esiti in astratto preventivati.

In questa nuova prospettiva, infatti, la *durata* non denota il tempo necessario all'esecuzione di una delle prestazioni di una delle parti o di entrambe, ossia la "distanza" dell'atto di adempimento dall'atto costitutivo del rapporto. Nel

⁸⁶ Il mutamento di approccio è apprezzabilmente argomentato da G. Giannone Codiglione, "Metodo scientifico e funzioni del diritto nella società attuale: dalla causalità alla correlazione?", in Aa.Vv., *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, I, E.S.I., Napoli, 2018, pp. 137 ss.

⁸⁷ Vi allude giustamente U. Perfetti, "Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali", in E. del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, E.S.I., Napoli, 2013, pp. 1701 ss.

⁸⁸ Ampia ricostruzione in E. Bacciardi, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. pp. 131 ss.

⁸⁹ Che il contrasto alle diverse *species* di disparità contrattuale non passi più per la via di un consenso "causalmente giustificato" sotto forma scritta, quanto piuttosto nella "consapevolezza informativa", è brillantemente illustrato da S. Pagliantini, "Itinerari della causa: il Gorla nordamericano ed una critica recente", in G. Gorla, *I problemi fondamentali del contratto* (1958), ed. it. E.S.I., Napoli, 2017, pp. 11 ss.; altresì utile, E. La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, Giappichelli, Torino 2014, spec. pp. 21 ss.

caso di specie, essa esprime propriamente il tempo necessario a *materializzare* l’adempimento della prestazione in aderenza alle condizioni date all’“attualità”. Il tempo vi assume, quindi, una *funzione individualizzante* al punto da potersi discorrere (quanto meno) per ogni contratto *sulla cooperazione* di rapporto “ad adempimento continuo”, che sottolinea l’incidenza temporale sulla conformazione “effettiva” della prestazione finale: non soltanto, quindi, il tempo *per* l’adempimento, bensì e piuttosto il tempo *nell’*adempimento⁹⁰.

9. Trama contrattuale e ordito rimediale

D’altra parte, lo stesso Giudice delle leggi⁹¹ si è premurato di osservare come: “il fluire del tempo costituisce un *valido elemento di diversificazione* delle situazioni giuridiche”, onde affermare che non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo. Ogniquale volta la *durata* del contratto segni la misura fondamentale di valutazione degli interessi dei contraenti, ne discenderebbe infatti l’irrelevanza, sul piano giuridico, dell’eventualità che l’adempimento “continuo” avvenga per mezzo di una serie di prestazioni che da sole potrebbero costituire l’oggetto di autonome obbligazioni ad esecuzione istantanea, oppure qualora le parti stipulassero una pluralità di atti tra loro collegati⁹². A tal fine, l’ipotesi che la mancata codificazione del potere del giudice di concedere termini (di dilazione) all’adempimento degli obblighi possa avere trovato una sorta di contropartita nel meccanismo introdotto dall’art. 1183 c.c. ben si presterebbe ad una lettura “aperta”, onde consentire di “sdogmatizzare” l’inquadramento teorico del termine negoziale per “recuperare al

⁹⁰ Si è affermato correttamente che “il tempo concorre a determinare la struttura del rapporto, ponendosi quale nota individuatrice della prestazione, che si attua attraverso un adempimento continuato, adeguando il mezzo giuridico all’interesse da tutelare” (S. Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 19). Ne discende che la connotazione temporale assume carattere causale del contratto, tanto che la durata del contratto individuerrebbe il tipo [G. De Nova, *Il tipo contrattuale* (1974), E.S.I., Napoli, rist. 2014, p. 107], e ciò permetterebbe di distinguere i contratti “di durata” dai contratti sottoposti “a termine”, in quanto nei primi lo svolgimento del rapporto per un tempo più o meno lungo è funzionalmente connesso all’interesse delle parti alla continuità dell’esecuzione (autorevolmente G. Oppo, “I contratti di durata”, ora in G. Oppo, *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1992, spec. p. 283).

⁹¹ C. cost., (ord.) 16 febbraio 2012, n. 25 e, in precedenza, C. cost., (ord.) 21 luglio 2011, n. 224, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

⁹² L’interesse dedotto nel contratto rimarrebbe *unitario*, nonostante la struttura negoziale del procedimento possa articolarsi in vario modo, visto che rimane un limite invalicabile la considerazione unitaria del rapporto, ossia l’interesse alla continuativa e completa esecuzione del contratto [in tal senso, R. Cicala, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell’obbligazione* (1953), E.S.I., Napoli, rist. 2010, p. 98].

discorso terreni che sono andati perduti e (...) acquistare altresì nuovi terreni di indagine, in una angolazione diversa, quale, in ipotesi, potrebbe essere quella rappresentata dal potere del giudice di incidere in misura più o meno diretta sull'aspetto 'temporale' degli atti e rapporti privati"⁹³.

Più nello specifico, l'insolvenza del debitore viene in rilievo quale circostanza idonea a porre a repentaglio l'adempimento di una prestazione al momento inesigibile (art. 1186 c.c.) e, nel contesto di un contratto a prestazioni corrispettive, il notevole deterioramento delle condizioni patrimoniali è elemento legittimante la sospensione dell'esecuzione della controprestazione (art. 1461 c.c.): e tuttavia, in entrambi i casi la disciplina è ispirata dall'esigenza di tutela che manifesta il creditore, mentre delle sorti del debitore non si cura, neppure là dove costui non abbia in alcun modo dato causa alla condizione patrimoniale critica in cui versa⁹⁴. C'è, però, forse, spazio per temperarne la rigidità, se si valorizzano – in particolare – alcune novità recentemente emerse.

Centrale, in tale modello, è la configurazione del rapporto tra “debito” (*Schuld*) e “patrimonio” (*Haftung*) basata sull'autonoma distinzione dei due termini⁹⁵; ma è agevole constatare che detto rapporto è andato, proprio per effetto della crisi (non solo pandemica) in atto, modificandosi nel senso di un superamento del paradigma “atemporale” improntato ad astrattezza e simmetria, nonché dell'idea – che di quel modello è il precipitato – implicante il “rapporto obbligatorio” del tutto indifferente di fronte alle condizioni economiche delle parti e alle alterazioni che esse abbiano a subire, ispirandosi piuttosto alla *Unsicherheitseinrede*⁹⁶. Appare, dunque, inevitabile che il ricorso alla ragionevolezza – sin dal principio additata a parametro costituzionalmente orientato “a geometria variabile” – determina uno spostamento di potere (*lato sensu*) “normativo” dal legislatore al giudice⁹⁷, un cui forte impulso potrebbe provenire dalla meritoria riflessione intorno alla c.d. *Materialisierung*, mossa dall'aspirazione a ricercare, fuori dall'orizzonte

⁹³ A. di Majo, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Giuffrè, Milano, 1972, spec. p. 166 s. Sotto questo profilo, l'art. 1231 c.c. evidenzerebbe l'inettitudine del termine a “riqualificare” l'accordo secondo una diversa dimensione temporale, a patto di valorizzarne la doppia valenza segnalata *supra*, nt. 90.

⁹⁴ A. A. di Majo, “Debito e patrimonio nell'obbligazione”, in G. Grisi (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, E.S.I., Napoli, 2014, p. 32.

⁹⁵ Puntuale ricostruzione dell'evocata teorica a cura di L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 7-11, testo e note.

⁹⁶ F. Addis, “La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla *Unsicherheitseinrede*”, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, E.S.I., Napoli, 2008, spec. p. 16 s., ove giustamente se ne sottolinea la differenza con l'“eccezione di insicurezza” *ex art. 71 C.I.S.G.*, che tende a valorizzare la *manifestazione* dello stato di dissesto, così descrivendo piuttosto un(a) fattispecie di) “errore sulla solvibilità” della controparte, cui risulterebbe funzionale (*ex art. 1375 c.c.*) un obbligo di preavviso quale “ponderazione” prospettica.

⁹⁷ S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 29.

dominato dalle regole “di fattispecie”, “percorsi e/o strategie (...) che possano consentire (...) di perseguire obiettivi (...) che più avvicinino il contratto e l’obbligazione a livelli e/o soglie di carattere “più sostanziale”, perché connessi ad interessi materiali, che sono propri, nel fondo, delle condizioni “soggettive” di ciascun contraente e/o debitore o creditore”⁹⁸.

Il debitore è anzitutto “persona”⁹⁹ e, una volta minato il dogma dell’“impotenza finanziaria” colpevole per definizione, acquista rinnovato vigore il richiamo alla salvaguardia della sua dignità e all’istanza di solidarietà che, in un’economia sociale di mercato ispirata a coesione e, quindi, giocoforza sensibile all’esigenza di redistribuzione della ricchezza¹⁰⁰, non può non innervare i rapporti interprivati, ivi compresi quelli tra creditori e debitori¹⁰¹. Hanno un peso il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo e la centralità dell’istanza solidaristica (art. 2 Cost.)¹⁰² e del principio di uguaglianza come declinato dall’art. 3 Cost., anche in virtù del fatto che:

la clausola della buona fede può integrare una causa di esonero del debitore, in virtù del limite che la direttiva di correttezza (art. 1175) impone all’esercizio del diritto di credito quando l’interesse del creditore all’adempimento entri in conflitto con un interesse del debitore al quale, nel sistema degli interessi protetti dall’ordinamento, inerisce un giudizio di valore preminente¹⁰³.

Si allude alla buona fede in senso oggettivo, immedesimata (tra l’altro) nella regola di correttezza di cui all’art. 1175 c.c., che governa congiuntamente l’agire del debitore come del creditore, conformandone a lealtà i

⁹⁸ A. di Majo, “Giustizia e ‘materializzazione’ nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedure”, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 831.

⁹⁹ V. ora la sagace indagine di E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, E.S.I., Napoli, 2018, spec. pp. 98 ss., testo e note (recensita da M. Pennasilico, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1511 s.).

¹⁰⁰ G. Grisi, “Diritti e coesione sociale”, in *Riv. dir. priv.*, 2012, spec. p. 479 e p. 485.

¹⁰¹ L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 7-8.

¹⁰² Invero: “l’art. 2 della Costituzione italiana parla di un dialogo tra consociati, di un individuo sociale nel quale l’alternativa e la separazione tra diritti e doveri sono superate dal (e inglobate nel) legame tra diritti inviolabili e principio di solidarietà” (così, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 157).

¹⁰³ L. Mengoni, “Responsabilità contrattuale (dir. vig.)”, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1089 s. A detta dell’A., per “designare questo limite della pretesa creditoria conviene riservare la parola ‘inesigibilità’”, che “non appartiene concettualmente agli impedimenti oggettivi della prestazione, tant’è che può configurarsi anche per le obbligazioni pecuniarie, dove non è ipotizzabile l’impossibilità” e si sostanzia in “un limite dell’obbligazione (...) derivante dal divieto di abuso del diritto implicito nella direttiva di correttezza impartita (anche) al creditore dall’art. 1175, il quale funge qui da autonoma causa esimente del debitore” (ivi, p. 1090). Configura esistente “un principio di inesigibilità come limite superiore delle pretese creditorie”, C. cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Giur. cost.*, 1994, p. 136.

comportamenti e facendosi strumento nelle mani del giudice per rispondere ad eventuali carenze che, in punto di tutela, specie *in executivis*, può rivelare la “fattispecie” contrattuale, a tal punto da non lasciare scoperto il piano delle tutele¹⁰⁴. In questa prospettiva, la buona fede diviene garante di “più corretti effetti distributivi tra le parti” e si emancipa dal “modello tradizionale della fattispecie e dei suoi effetti”, per raccordarsi direttamente al contratto “quale espressione di un ordine ‘rimediale’ che si sovrappone all’obbligazione contrattuale, orientandone e/o correggendone gli effetti”¹⁰⁵.

10. Contratto e rimedi “manutentivi”

All’interno di questa cornice – si è più volte detto – “elastica”, le patologie contrattuali in epoca di crisi (non solo pandemica) sfociano verso approdi concretamente raggiungibili, e non solo auspicabili, quali la “rinegoziazione” (o la “ristrutturazione” del debito, che della prima rappresenta una variante operativa), in coerenza all’idea che alla buona fede assegna anche *ratione temporis* “una funzione correttiva del contratto, ad esempio in materia di clausole abusive, nel caso di contratti di durata o in quello di contratti ad esecuzione prolungata”¹⁰⁶.

In particolare, pur non trascurando le argomentate critiche mosse alla configurabilità di un obbligo “legale” di rinegoziazione¹⁰⁷, dovrebbe forse accreditarsi una lettura dell’art. 1375 c.c. in senso “cogente” e – ancora una volta – “materiale”, per concludersi che la rinegoziazione non è la meta, cui conduce il

¹⁰⁴ F. Ranieri, “Il principio generale di buona fede”, in C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Giuffrè, Milano, 2007, p. 496.

¹⁰⁵ In tal senso, acutamente A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 36; sul connesso profilo, di più vasta portata, del contratto quale “piattaforma di assunzione dell’alea”, v. con pari acume E. Gabrielli, “Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale”, in E. Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, CEDAM, Padova, 2017, spec. pp. 92-93. Piace constatare – sia pure *per incidens* – che l’immagine sembra evocare molto da vicino la nozione (filosofica) del “piano di immanenza” su cui si stagliano, in varia conformazione, i “concetti” che nel primo rinvergono il loro esatto orizzonte di significato: cfr. G. Deleuze, F. Guattari, *Che cos’è la filosofia?* (1991), trad. it. di A. De Lorenzis, a cura di C. Arcuri, Einaudi, Torino, 2002, spec. p. 27.

¹⁰⁶ S. Patti, *op. cit.*, p. 90. Una pregnante disamina applicata è compiuta da F. Macario, “Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi”, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 825 ss. In prospettiva riformatrice, cfr. N. Rizzo, “La ricodificazione tra argomenti di principio e argomenti di policy”, in P. Sirena (a cura di), *Dal ‘fitness check’ alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 37 ss. Predilige una valorizzazione dell’equità “correttiva” giudiziale ex art. 1374 c.c., pur sempre fondata sul principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., G. Sicchiero, “Un nuovo ruolo per l’equità ex art. 1374 c.c.”, in *Giur. it.*, 2020, pp. 2317 ss.

¹⁰⁷ Scrupolosamente discusse da E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, CEDAM, Padova, 2018, pp. 29 ss.; v. anche G. Villanacci, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 36 ss.

canone di buona fede, quanto piuttosto, al cospetto dello squilibrio del rapporto innescato dall'emergenza epidemiologica, si appalesa l'autentica modalità di adempiere in buona fede il contratto¹⁰⁸. In tale ottica, un utile apporto interpretativo, che ne puntualizzi i presupposti logico-operazionali, sarebbe offerto dall'art. 1623 c.c., al cui cospetto valorizzarvi: *i)* il c.d. *factum principis* (i.e., *condicio iuris*); *ii)* una notevole modificazione del contratto, cagionata da impossibilità operative, secondo criteri di normalità; *iii)* una correlazione immediata tra perdita subita e vantaggio della controparte.

Del resto, l'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. con modif. in l. 24 aprile 2020, n. 27) non demanda al giudice un generale potere di revisione del rapporto turbato dalla forza maggiore “emergenziale” in chiave “quali-quantitativa”, né opera sul lato dell’“obbligo”. Tale disposizione consente al giudice soltanto di esonerare *tout court* il debitore da responsabilità, ma la legge non si esprime sull’esonero “temporaneo” da una serie di obblighi e, quindi, l’ambito di intervento “pretorio” resterebbe circoscritto entro i (due) classici poli dell’alternativa tra caducazione del rapporto, a fronte dell’inadempimento non giustificabile, ovvero suo salvataggio laddove ricorrano i presupposti dell’ancoraggio alle misure di contenimento (dovendo oltretutto forzare *ex art.* 1223 c.c. il “compasso allargato” per includervi anche i c.d. “danni di rimbalzo”)¹⁰⁹.

Neppure risulta, oltretutto, richiamato l’integrale regime giuridico dell’inadempimento; né alcunché si specifica in ordine a possibili “contraccolpi” di eventuali pattuizioni prevedenti condizioni risolutive (art. 1353 c.c.), clausole risolutive espresse (art. 1456 c.c.), ovvero termini essenziali (art. 1457 c.c.) connessi proprio all’esatto adempimento, senza dire di eventuali contratti collegati in funzione di garanzia; ponendo così la regola emergenziale non solo “in deroga”, ma anche “al di fuori” – o meglio, “in parallelo” – al regime di responsabilità per inadempimento. La rinegoziazione s’innesterebbe, quindi, nell’oggetto della “prestazione” – che notoriamente non è limitato a quanto espressamente dedotto *in obligatione* – arricchendosi (*ex artt.* 1374 e 1375 c.c.) di specifiche modalità di attuazione del rapporto “perturbato”, munendolo di un rimedio specifico, di carattere compulsorio, che gli conferisce un presidio di esecuzione indiretta e ne valorizza la forza coercitiva, non soltanto sul piano sostanziale della natura giuridica imperativa e cogente della norma-fonte, ma anche sul piano dell’*effettività* della tutela.

¹⁰⁸ Così, giustamente F. Piraino, “Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata”, in *Eur. dir. priv.*, 2019, spec. pp. 618-619.

¹⁰⁹ Cfr. A.M. Benedetti, “Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul decreto Cura-Italia”, in *Contratti*, 2020, spec. p. 215 s. In merito alle criticità del nuovo impianto normativo, si sofferma puntualmente A. Monteverde, “L’incursione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore”, in M. Irrera (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, (in *Quad. RES*), Regolazione, Etica E Società - Centro Studi D’impresa, Torino, 2020, pp. 144 ss.

Si tratta di un approdo intermedio verso la soluzione del conflitto, con cui l'autonomia contrattuale deve cimentarsi, nella consapevolezza che sebbene l'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c. sia ritenuta dalla migliore dottrina a tal fine non attingibile, pur tuttavia non si revoca in dubbio che l'“obbligo” di rinegoziazione ricada nell'ambito applicativo dell'art. 614-*bis* c.p.c. (c.d. *astreinte*)¹¹⁰. A meno di non privilegiare la misura risarcitoria, concedendone una “torsione” *lato sensu* “punitiva” (proprio in virtù dell'omesso richiamo, in sede di regime emergenziale, dell'art. 1225 c.c.), al punto da addebitare alla parte in mala fede tutto o (la gran) parte dell'aggravio complessivamente patito, in conseguenza del rifiuto di rinegoziare e dell'eventuale connessa rottura del rapporto.

Se lo scopo è quello di “devitalizzare” le ragioni del contrasto di posizioni e riguadagnare, per la durata dell'emergenza, un nuovo transeunte punto di equilibrio, il beneficio si avverterebbe anche a fronte – come accennato – di eventuali contratti collegati in funzione cauzionale, operando l'evocata regola emergenziale sul versante della “responsabilità”, non già su quello dell'“obbligo”, con evidente inutilizzabilità al fine di paralizzarne l'escussione delle pattuite garanzie.

Un plausibile rimedio “pretorio” si rivelerebbe l'*exceptio doli generalis* che, se è in grado di precludere l'adempimento dell'obbligazione principale, *a fortiori* si mostra in grado di evitare che il garante subisca un'escussione “fraudolenta”¹¹¹ *ex art.* 1344 c.c. (i.e., contraria a buona fede) nella peculiare situazione in cui si trova il contratto principale, ormai ineseguito nei termini originari, in quanto affetto da squilibri ingenerati dall'emergenza pandemica, e la corrispettività, privata del proprio baricentro sinallagmatico, non potrebbe più sorreggere causalmente un'attribuzione patrimoniale. D'altra parte, non si dubita che l'*exceptio doli generalis* sia validamente invocabile anche in rafforzamento all'“accessorietà” fideiussoria, che vuole congiunte le sorti dell'obbligazione cauzionale a quella dell'obbligazione principale (*simul stabunt, simul cadent*)¹¹².

Un'ulteriore scansione del ragionamento indurrebbe ad evidenziare che il garante in via autonoma sarebbe, in ogni caso, tenuto ad opporre l'*exceptio doli generalis*, a pena di preclusione della successiva *actio mandati contraria* nei confronti del debitore principale. Su tale ultimo aspetto, si registra concordanza di vedute, poiché la doverosità dell'eccezione esprime, a ben riflettere, il già rimarcato “vincolo collaborativo” (arg. *ex artt.* 1173 ult. inciso e 1375 c.c.), basato sul rapporto di “mandato” intercorrente con il debitore principale¹¹³.

¹¹⁰ S. Mazzamuto, “Dell'esecuzione forzata”, in G. De Nova (a cura di), *Comm. c.c.*, Zanichelli, Bologna, 2020, pp. 867 ss.

¹¹¹ In tema, L. Tullio, *Eccezione di abuso e funzione negoziale*, E.S.I., Napoli, 2005, pp. 174 ss.

¹¹² A. Gemma, “La fideiussione bancaria a prima richiesta nei rapporti bancari”, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 715 ss., spec. p. 716, ed *ivi* nt. 3, per esaurienti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹¹³ Per tali rilievi, cfr. F. Mastropaolo, *I contratti autonomi di garanzia*, Giappichelli, Torino, 1995, 2^a ed., pp. 390 ss.

Nella comprensione dei fenomeni giuridici la fedeltà alle categorie è certo doverosa, ma nella misura in cui imprime la “dialettica” con i fatti ricadenti nel loro raggio d’azione, superando l’idea che soltanto le prime rilevino, nella loro immodificabile sostanza, dovendo i secondi ad esse servilmente piegarsi (*rectius*, annientarsi)¹¹⁴. Ed un sistema normativo, che ambisca a svolgere adeguatamente la sua *mission*, non può rinunciare all’attitudine all’adattamento rispetto ai mutamenti – se vi risponde alle attese, assecondandone l’esigenza di rilettura con chiavi aggiornate – ancor più ove questi, per caratteristiche e dimensioni, rivelino “straordinaria” incisività.

¹¹⁴ M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, La nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 115-158; insomma “una giustizia non già estranea al diritto, ma indipendente dalla lettera della legge” (così, autorevolmente, R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Utet, Torino, 2016, 4^a ed., p. 1398).