

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2021 – Numero 1

ISSN 2239-8570

IL CONTROLLO DELLE SOPRAVVENIENZE NELL'ERA DELLA CRISI

Di Massimo Zaccheo

| 51

SOMMARIO: 1. *Lo stato d'animo.* – 2. *La crisi.* – 3. *Il concetto di crisi in diritto.* – 4. *La disciplina della crisi nel codice del 1942.* – 5. *La differenza specifica.* – 6. *Nuovi invitati.* – 7. *Riflessione sulla distinzione di rischio e pericolo.* – 8. *L'oggi.* – 9. *L'apparato tecnico.* – 10. *La globalizzazione.* – 11. *Il ritorno della natura.* – 12. *La realtà.* – 13. *Il limite del rimedio.*

ABSTRACT. Muovendo da un'analisi della rilevanza giuridica del concetto di «crisi», il saggio evidenzia le ragioni che hanno condotto il legislatore del 1942 ad attribuire un ruolo gerarchicamente sovraordinato al rimedio perentorio, avuto specifico riguardo alla disciplina dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenute. Molteplici motivi, di ordine non solo tecnico, ma anche economico, inducono ad auspicare un allargamento dell'ambito di operatività del rimedio della revisione, ad opera del giudice o, più opportunamente, del legislatore. Anche allo scopo di scongiurare derive autoritarie a fronte dell'emergenza correlata alla pandemia, occorre avviare una riflessione sulla possibilità di istituire una gerarchia all'interno degli stessi principi costituzionali e dei valori che essi mirano ad attuare e proteggere.

Through the analysis of legal value of the concept of «crisis», the essay underlines the motivations underpinning the legislative choice, made in 1942, to consider termination of contract as a higher-order remedy, with specific reference to the discipline provided for supervening impossibility or unreasonable onerousness. Several reasons, with both technical and economical grounds, induce to suggest a broader use of revision by judges or, more conveniently, by the law. A reflection about the need to establish a hierarchy among Constitutional principles and the values they implement and protect is, therefore, required in order to avoid the pandemic from creating authoritarian tendencies.

1. Lo stato d'animo.

Tra le domande ricorrenti dell'era postmoderna una assume particolare rilievo: è *controllabile* il mondo che ci appare?

52 Le reazioni su scala mondiale alla pandemia sollecitano una riflessione, anche giuridica, sul tema.

La *confusione*, alla quale abbiamo assistito, è solo il risultato di negligenze o di errori (che pure vi sono stati) o di una *incertezza*¹, cioè dell'assenza di garanzia che una data conoscenza sia vera?

È la mancanza di controllo delle conseguenze che ha reso la pandemia imprevedibile, vale a dire non riducibile ad opera del calcolo razionale proprio del sistema tecnico?

Non è facile offrire una risposta.

Un'analisi intellettualmente onesta non porta ad attribuire la responsabilità a Tizio piuttosto che a Caio; allo stato d'animo che suscita la pandemia si può reagire in un solo modo, che porta a ritenere quest'ultima come un male transitorio, un pericolo, che l'uomo supererà.

Tuttavia, il superamento della pandemia non elimina il problema, oggettivo, dell'incontrollabilità del mondo, inteso come assenza di dominio della razionalità. È del tutto evidente, infatti, che la mancanza di controllo se, da un lato, nega il progetto di modernità, nato invece dal desiderio di un mondo senza sorprese, sicuro, senza paura, dall'altro lato, getta l'uomo in uno stato d'angoscia, di ansia, di incertezza.

Tema antico, in tempi moderni riassunto dal termine *crisi*, almeno in una delle tante accezioni che il medesimo può assumere².

La felice espressione di concetto-baule³, assegnato alla parola al fine di denotarne la polisemia, non sottrae l'interprete dall'obbligo di attribuirgli un preciso significato⁴, muovendo dal

¹ Il significato di certezza, inteso come la garanzia che una conoscenza offre della sua verità, è antico e ha impegnato i filosofi di ogni epoca, da Platone in poi: nel 1900 in particolare M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1971, p. 306-307 e L. WITTGENSTEIN, *Della certezza. L'analisi filosofica del senso comune*, Torino, 1999, spec. p. 8.

² Senza pretesa di completezza è opportuno sottolineare che il modello semantico più accreditato vuole la crisi come generatrice di *progresso*. Occorre tuttavia domandarsi se il progresso sia il vero concetto-guida della crisi o se, al contrario, il concetto periodale negativo di crisi sia il vero concetto-guida sotto il quale va sussunto anche il concetto di progresso: così R. KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità*, Bologna, 2009, p. 103.

³ G. DELEUZE, *Logica del senso*, Milano, 2019, p. 47.

⁴ R. KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità*, cit., p. 95 discorre di termine inflazionato, utilizzato per descrivere la

problema della mancanza di controllo delle conseguenze, fonte dello stato d'ansia dell'uomo.

2. La crisi.

Come è noto la parola crisi deriva dal verbo greco *krino*, che vuol dire *separare* e, in senso traslato, *decidere, determinare*⁵. Etimologicamente è molto più vicina al termine *criterio*, cioè il principio che applichiamo per prendere una decisione giusta⁶ piuttosto che alla famiglia di parole associate a *disastro o catastrofe*⁷ o *conflitto*⁸.

Ed è proprio perciò che i significati attribuibili al termine sono molteplici⁹. Da quello di lotta tra la vita e la morte che il medico deve cogliere al fine di decidere come intervenire, all'idea di contagio quale caratteristica della sua diffusione¹⁰, a momento di transizione da una fase di sviluppo ad una fase di contrazione economica¹¹, sino all'idea che la crisi, dalla quale può dipendere lo sviluppo o l'arresto di una società, è dovuta non ad eventi determinati ma a mutamenti socioculturali, che

società complessa e i relativi sistemi (politica, economia, scienza, etc.).

⁵ L'analisi più approfondita del termine crisi, a partire dall'uso greco, è di R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità*, Verona, 2012, p. 32 ss.

⁶ H. ARENDT, *Tra passato e futuro*, Milano, 1991, p. 229 sostiene che la crisi ci costringe a tornare alle domande; esige da noi risposte nuove o vecchie, purché scaturite da un esame diretto; e si trasforma in una catastrofe solo quando noi cerchiamo di farvi fronte con giudizi preconcetti, ossia pregiudizi, aggravando così la crisi e per di più rinunciando a vivere quell'esperienza della realtà, a utilizzare quell'occasione per riflettere, che la crisi stessa costituisce.

⁷ È l'accezione medica, cioè il rapido mutamento delle condizioni della malattia, che sposta il senso verso quello oggi più diffuso; anche se già in latino il lemma *crisis* era assunto nell'accezione di giudizio critico: Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2009, p. 143. R. KOSELLECK, *op. ult. cit.*, p. 35 descrive il senso della parola nella scienza medica: la situazione osservabile e il giudizio sul suo decorso e, successivamente, da un punto di vista cronologico, la distinzione tra crisi perfetta e imperfetta, a seconda che quest'ultima conduca o meno alla totale guarigione; e, ancora successivamente, tra crisi acute e croniche, a seconda della differenziazione temporale del decorso della malattia.

⁸ Per una sintesi delle differenze con i termini 'catastrofe' o 'conflitto' v. C. COLLOCA, *La polisemia del concetto di crisi*, in *Società Mutamento Politica*, 2010, I, p.19 ss.

⁹ G. RUSCONI, *Crisi sociopolitica*, in *Enc. sc. soc.*, II, Roma, 1992, p. 618.

¹⁰ J. BURCKHARDT, *Sullo studio della storia*, Torino, 1958, p. 196 ss. parla della crisi come un messaggio che circola nell'aria, che risveglia negli individui una insospettata vitalità; Id., *Considerazioni sulla storia del mondo*, Milano, 1945, spec. p. 149 ss.

¹¹ R. KOSELLECK, *op. ult. cit.*, p. 77 ss. ne descrive la storia, individuando nel 1825 in Inghilterra l'uso del termine per la prima volta in una prospettiva economica.



rafforzano o indeboliscono la società stessa¹². Di qui la concezione della crisi come un mutamento decisivo, in meglio o in peggio, e non, come è nell'etimologia del termine, quale *momento in cui si possono prendere decisioni ragionevoli con la certezza di determinare una svolta positiva*¹³.

Da ultimo, l'idea della crisi come 'normalità', cioè come lo stato normale della società umana¹⁴, sulla scia del pensiero di Heidegger, secondo cui è dallo straordinario che riconosciamo il significato di 'ordinario'.

3. Il concetto di crisi in diritto.

In diritto il concetto di crisi si oppone a quello di normalità: uno stato normale viene meno e si dissolve, e al suo posto si sostituisce una situazione di casualità anziché di regolarità.

La crisi è allora la situazione casuale che spazza via la regolarità. Il diritto, che si fonda sull'ordine, non può tollerare che quest'ultimo sia pregiudicato ed eliminato da eventi anormali, che rischiano di gettare la società nel caos; e questi eventi, ove alterino il criterio della regolarità, non consentendo più agli attori di raggiungere i risultati attesi, devono necessariamente essere ricondotti nell'alveo della regolarità, ridotti a normalità. Il diritto non accoglie il fatto eccezionale¹⁵, non si interroga se

attraverso lo straordinario sia possibile conoscere l'ordinario, ma pretende che lo straordinario si dissolva nell'ordinario, cioè che l'ordine dato non sia e non possa essere turbato né sopraffatto da alcunché. L'ordinamento, che fonda il suo essere sulla certezza e sicurezza¹⁶, deve disciplinare l'imprevedibile, apprestando gli strumenti che consentano di ridurre a regola ciò che invece può presentarsi come eccezione casuale¹⁷.

Non è la battaglia tra la vita e la morte del medico, o l'idea di contagio sociale del sociologo, che pure caratterizza questa epoca, né la transizione o il mutamento in meglio o in peggio della società dell'economista, e nemmeno la crisi come stato normale della società: la crisi è la situazione che si oppone all'ordine, che non può essere tollerata, perché il criterio della regolarità è il sottofondo concettuale del diritto, che deve contenere in sé i rimedi per ridurre la eccezionalità a regolarità¹⁸.

Non è il mito consolatorio in cui si rifugiano coloro che hanno smarrito il senso della sicurezza di un'epoca in cui non v'era né incertezza né lotta, ma è la pretesa della società che l'incertezza e la lotta siano superate attraverso il dominio dell'imprevedibile. Come è stato ben rappresentato, il diritto deve fermare il futuro¹⁹: non interessa se

ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia: così C. Schmitt, Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità, in Id., Le categorie del politico, Bologna, 1972, p. 61.

¹⁶ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, p. 38 ss. e *Un diritto incalcolabile*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 3 ss.

¹⁷ Non è possibile fermare l'attenzione sul tema dello stato di eccezione, sovente contrapposto a quello di emergenza: per tutti, C. SCHMITT, *Definizione della sovranità*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 39 ss.; W. BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia*, Torino, 1995, p.79 e, a seguito della pandemia del coronavirus, C. GALLI, *Epidemia tra norma ed eccezione*, in *IIFS*, 29 aprile 2020 e G. AGAMBEN, *Stato di emergenza e stato di eccezione*, 30 luglio 2020, in *Quodlibet*. Le tesi di Agamben sono oggetto di serrata critica in particolare da parte di D. GRASSO, *Agamben, il Coronavirus e lo stato di eccezione*, in *minima&moralia*, 27/2/2020 e M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova del diritto dell'emergenza*, in *Riv. A.I.C.*, 2020, p. 118-119. In diritto v. in particolare M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 137 ss.: *Non siamo in stato di assedio, sia perché il nostro ordinamento non conosce (più) questo istituto (ormai assorbito dallo stato di guerra), sia perché lo stadio di assedio si caratterizza almeno per l'assumere a presupposto un rischio per l'ordine pubblico.*

¹⁸ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 65 afferma che *siamo abituati all'idea che ordine vuol dire tenere le cose sotto controllo. È questa sensazione -forse fondata, forse semplicemente illusoria- di essere in controllo, cioè di esercitarlo, che ci manca di più.* La riduzione della eccezione alla regola è stato definito da Carl Schmitt come la dittatura commissaria, che ha lo scopo di conservare il diritto vigente.

¹⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 36, ora pure in Id., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 19.

¹² E. DE MARTINO, *Il mondo magico. Prolegomeni alla storia del magismo*, Torino, 1959 p. 66 parla di *crisi della presenza* che si verifica in determinate circostanze quali *la precarietà dei beni elementari della vita, l'incertezza delle prospettive concernenti il futuro, la pressione esercitata da parte di forze naturali e sociali non controllabili, la carenza di forme di assistenza sociale*; R. KOSELLECK, *op. ult. cit.*, p. 35-36 sottolinea come solo dopo l'assunzione del concetto nella lingua latina il termine è stato esteso anche all'ambito politico-sociale, assumendo un duplice contenuto semantico: *da un lato, la condizione oggettiva che dipende dai criteri di giudizio con i quali si formula la diagnosi della condizione stessa, le cui cause vengono dibattute sul piano scientifico; dall'altro lato, si tratta di un concetto che si riferisce ad una malattia e che presuppone uno stato di salute -comunque inteso- che è ancora da raggiungere o che entro un certo lasso di tempo viene superato dalla morte.*

¹³ Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, cit., p. 144. Si dice parli di 'benedizione' A. Einstein, in una nota frase, tralattivamente ripetuta e riferita come contenuto del *Il mondo come lo vedo io*, Roma, 1934. In realtà, nel richiamato testo, la frase tanto evocata non c'è e nonostante diverse ricerche non sono stato in grado di rintracciare la fonte: comunque, se la frase è di Einstein, questi, a tal proposito, ravvisa in essa il momento del progresso, dell'inventiva, delle scoperte, delle grandi strategie: *chi supera la crisi supera sé stesso senza essere superato* (così, si dice, avrebbe detto).

¹⁴ N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990, p. 592 ss.

¹⁵ *Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello stato sono concetti teologici secolarizzati...il Dio onnipotente ... è divenuto l'onnipotente legislatore... Lo stato di eccezione*



attraverso la fattispecie o i principi, la norma o il giudice.

Ciò che 'sta', che rimane, la sua essenza, è la certezza e la sicurezza che l'ordinamento deve assicurare.

4. La disciplina della crisi nel codice del 1942.

Il codice del 1942 ha rivolto un'attenzione particolare al tema della 'crisi'. Senza descrivere i vari momenti storici, pur importanti, che hanno caratterizzato il primo '900, soprattutto la crisi del 1929 di Wall Street e la vicenda della Repubblica di Weimar, è indubbio che quel legislatore avesse ben presenti le conseguenze che avevano segnato la società a seguito di quegli eventi. Ed era altrettanto consapevole che un legislatore attento non poteva non tener conto della teorizzazione economica del fenomeno inflattivo come stato normale della società; cosicché l'obiettivo perseguito non era negarne l'esistenza o negarne la irregolarità se di dimensioni serie, come nei casi appena citati, ma di apprestare rimedi idonei a ricondurre a normalità gli eventi che avessero determinato una patologia del fenomeno.

Di qui nasce il dibattito degli anni '30 sulla scelta legislativa da effettuare: se prevedere un rimedio conservativo, cioè la revisione dei contratti, ovvero un rimedio demolitorio, la loro risoluzione²⁰.

La scelta, come è noto, è andata in quest'ultimo modo. E non ha senso negarla, come è stato fatto, anche di recente²¹, sostenendo che l'ordinamento abbia invece effettuato la scelta opposta²².

I passaggi effettuati dal legislatore del 1942 possono compendiarsi in poche proposizioni:

1) il fulcro del sistema ruota intorno alla possibilità della prestazione del debitore: che impedisce di dichiarare quest'ultimo responsabile se l'inadempimento è dovuto all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non

imputabile al debitore stesso; liberata, dunque, la parte non inadempiente dall'obbligo di effettuare la propria prestazione se l'altrui è divenuta impossibile²³. Tra le due ipotesi un rapporto: se la prestazione non è impossibile o non è sopravvenuta o l'impossibilità è imputabile al debitore, quest'ultimo sarà responsabile dell'inadempimento; se la prestazione è impossibile per una causa sopravvenuta non imputabile al debitore, l'altra parte sarà liberata dall'obbligo della propria prestazione e il contratto automaticamente sciolto²⁴.

L'impossibilità è un concetto assoluto, sia pur storicamente determinato nel tempo; non ammette eccezioni, né deroghe ed è indipendente dalla volontà umana.

Lo scioglimento del rapporto contrattuale per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta è, invece, dovuto alla volontà delle parti e muove dal presupposto che le prestazioni siano ancora possibili; e che nessuna delle due parti possa unilateralmente sciogliersi dal vincolo contrattuale se non ricorrono le ipotesi descritte dalle norme (art. 1453, 1467 cod. civ.).

2) L'altro elemento, determinante del sistema, è il concetto di *alea anormale*, di cui all'art. 1467,

²³ Sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta si veda soprattutto G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 ss.; ID., *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, p. 3 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla teoria dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, I, p. 762 ss.; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 17 ss.; G. Pacchioni, *Delle sopravvenienze del rischio e pericolo nelle obbligazioni bilaterali commutative*, in *Riv. dir. priv.*, 1935, I, p. 97 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 172 ss. Più di recente, tra gli altri, P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 73 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 54 ss.; L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, p. 33 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2002, spec. p. 79 ss.

²⁴ Scrisse in altra sede, e in un altro momento storico, che lo scioglimento del contratto non deriva dalla volontà delle parti ma dal fatto, obiettivo, che una prestazione è divenuta impossibile e l'altra non più dovuta per una scelta del legislatore: non un'ipotesi di risoluzione, che pretende invece una volontà di una o più parti indirizzata ad ottenere lo scioglimento del rapporto, ma una conseguenza indiretta dell'effetto liberatorio del debitore incolpevole di eseguire la propria prestazione di un contratto sinallagmatico. E concludevo allora che la norma di cui all'art. 1463 cod. civ. non è una norma cedevole, ma imperativa, con tutto ciò che ne discende. Del resto, questa conclusione non era altro se non lo sviluppo del pensiero di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 182. Non ho mutato idea e mi pare che gli argomenti allora portati a sostegno della tesi continuino ad avere un loro oggettivo fondamento. In senso contrario per tutti F. DELFINI, *op. cit.*, p. 54 ss. e V.M. Cesaro, *op. cit.*, p. 79 ss.

²⁰ Per il rimedio della revisione era allora M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, soprattutto p. 342 ss.; e G. SEGRÈ, *Sulla clausola autorizzante la sospensione dell'esecuzione nei contratti di somministrazione ad una pubblica amministrazione*, ivi, 1920, II, p. 216 ss.

²¹ In tempi recenti sul tema della revisione il contributo più approfondito resta quello di P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 409 ss.

²² Non è così perché la storia, l'economia, le norme e l'intero sistema impongono all'interprete di giungere al risultato opposto. In un serio esercizio di onestà intellettuale l'obiettivo non è dimostrare una tesi a scapito di altre, ma di ricostruire il sistema tenendo conto delle esigenze allora avvertite e quelle attuali.



comma 2, cod. civ. L'alea normale rappresenta la vera novità del codice del 1942, che testimonia la conoscenza e la riflessione degli estensori sul tema della 'crisi'²⁵. Il legislatore, consapevole della distinzione concettuale che corre tra 'pericolo' e 'rischio', assunse una precisa posizione.

Come è noto il termine *pericolo* designa in generale un fatto esterno, accidentale ed estraneo alle nostre azioni, che può comprometterne l'esito. Ne deriva che il pericolo può essere localizzato e consente di prendere provvedimenti per evitarlo o per contrastarlo. Il pericolo va e viene e rappresenta un ostacolo, provenendo dall'esterno, al perseguimento dei nostri obiettivi. Il pericolo del coronavirus, a modo di esempio, è ormai individuato, e sono state adottate misure per evitarlo e per contrastarlo, al momento parzialmente, tra non molto definitivamente.

Il termine *rischio* designa invece una caratteristica costante delle nostre azioni, è insito in qualsiasi attività venga svolta dall'uomo e non può mai da questi essere del tutto eliminato. Possiamo calcolarlo, ma essendo un calcolo non possiamo mai conoscere con certezza quale sarà il risultato concreto delle nostre azioni. Il rischio non è estraneo a noi, ma è con noi e denota ogni nostra attività²⁶.

Il legislatore ha ben distinto le due situazioni.

Muoviamo dal rischio, che trova la sua precisa formulazione nella locuzione *alea normale*. Ogni contratto ha una sua onerosità; cioè ogni contratto ha un suo peso, è il sacrificio che le parti sopportano. Il tema di riflessione è l'entità del sacrificio sopportabile, della gravità del peso che deve essere sostenuto da ciascuna delle parti. L'alea normale è il concetto giuridico che rappresenta il peso che le parti devono sopportare una volta concluso il contratto alla luce dei mutamenti che possono intervenire sul medesimo nel corso del tempo. In

chiave soggettiva, è il sacrificio che le parti sono disposte ad assumersi.

In questo senso l'alea normale non è un criterio fisso, ma elastico, ricomprendendo al suo interno ogni mutamento di carattere economico che il rapporto giuridico può subire a causa del tempo. L'alea normale è il 'rischio' che il contraente è disposto ad assumersi consapevolmente ogni volta che conclude un contratto e si estende sino al confine della regolarità e della prevedibilità degli eventi futuri.

4) L'alea normale incontra un primo limite, che è rappresentato dal concetto, affatto diverso, di contratto aleatorio, inteso come il contratto in cui una delle prestazioni risulti incerta. L'uso promiscuo del termine 'alea' non deve trarre in inganno: l'alea normale è il sacrificio, il peso che normalmente una parte si assume con la conclusione di un contratto e che, nello svolgimento del rapporto, può favorire una parte piuttosto che l'altra o sfavorirle o favorirle entrambe; il contratto aleatorio è invece una categoria contrattuale caratterizzata ontologicamente dall'incertezza di una prestazione che, in quanto tale, è antitetica al concetto di alea normale, il cui sottofondo è la corrispettività delle prestazioni così come fissata dalle parti²⁷. Nel mezzo, il termine *alea*, considerato per lo più sinonimo di rischio, per la derivazione dal sostantivo 'dado', che evoca il gioco, cioè il rischio che lo denota. Ma il termine 'alea', in realtà, ha un duplice significato: in quanto 'dado gettato' designa l'incertezza del risultato sperato; in chiave oggettiva rappresenta, invece, ciò che è il rischio in chiave soggettiva. Ne discende che, in quest'ultima accezione, l'alea è il rischio oggettivo, è una costante delle nostre azioni che può essere misurata in termini di regolarità; è appunto l'*alea normale*: è la percentuale o la quantità di rischio che le parti sono disposte ad assumersi per raggiungere un determinato scopo.

5) Non è necessario dedicare particolare attenzione all'eccessiva onerosità, cioè al sacrificio che non rientra nel criterio della regolarità, della normale *onerosità*; e che appunto è eccessiva. Esterna al contratto, l'onerosità può essere eccessiva se presenta i tratti della eccezionalità, cioè statisticamente della rottura della regolarità degli accadimenti, ed imprevedibilità, cioè da un punto di vista soggettivo inconoscibile anticipatamente.

²⁵ R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1025 ss.; G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 254 ss.; Boselli, *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 769 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 242 ss.; E. GABRIELLI, voce *Alea*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001, p. 1 ss.; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 441 ss.; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 241 ss.; Id., *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.; E. Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 98 ss.; M. INDOLFI, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Padova, 2013, p. 4 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, spec. p. 149 ss.

²⁶ In generale Z. BAUMAN, *La solitudine dell'uomo globale*, cit., p. 149.

²⁷ In generale sul contratto aleatorio per tutti v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., p. 77; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 453; R. NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1024; A. PINO, *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1221 ss.; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, cit., p. 19 ss.



Se l'impossibilità sopravvenuta spazza via la regolarità, la eccessiva onerosità la compromette ed impone, al pari dell'altra ipotesi, una reazione da parte dell'ordinamento affinché la regolarità sia ristabilita. E se nell'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta il rimedio è naturalmente demolitorio, nell'eccessiva onerosità può avere contenuto riparatorio o demolitorio.

Ciò che è importante, nel quadro dipinto dal legislatore del 1942, è che la crisi, determinata dall'impossibilità o dall'eccessiva onerosità, sia superata e che la regolarità, che assicura certezza e sicurezza, venga ristabilita.

5. La differenza specifica.

L'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità pongono rimedio al pericolo che, esterno al contratto, sia pur accidentale e localizzato, altera del tutto o significativamente l'equilibrio contrattuale. La risoluzione del rapporto, oppure la riconduzione del medesimo ad equilibrio attraverso il sacrificio di entrambe le parti, sono i soli rimedi idonei; e sono infatti quelli apprestati dall'ordinamento.

Lo squilibrio economico, che non è esterno al contratto, bensì interno a quest'ultimo, lo pone in crisi, nel senso che ne modifica i contenuti economici, ma non è evento casuale che spazza via la regolarità. Non è un 'pericolo', ma un rischio, racchiuso nel concetto di alea normale del contratto. E le parti, che quel rischio proprio dell'onerosità del contratto si sono assunte, non possono dolersene.

È questo il sistema disegnato dal legislatore del 1942, attento ai fenomeni economici e alle ripercussioni dei medesimi sulla regolarità, ma anche attento alla tradizione italiana, troppo spesso dimenticata, della clausola *rebus sic stantibus*²⁸.

6. Nuovi invitati.

Se, dunque, il rischio ha rappresentato, nel disegno del legislatore del 1942, lo stato normale della società, nel senso indicato, è evidente che l'attenzione del giurista deve essere ora rivolta alla

²⁸ Sulla clausola *rebus sic stantibus* per tutti G. OSTI, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 353.; ID., *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss.; ID., *Appunti per una teoria della «soppravvenienza»*. *La cosiddetta «clausola rebus sic stantibus» nel diritto contrattuale odierno*, ivi, 1913, pp. 471 ss., 647 ss.; G. SEGRÈ, *L'obbligo del riscaldamento dei locali affittati in relazione all'attuale legislazione di guerra ed alla clausola rebus sic stantibus*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 622 ss.

manca di controllo delle conseguenze indotta da nuovi o vecchi invitati che abitano la nostra vita.

In questo diverso contesto è indubbio che il sistema disegnato dal legislatore del 1942, che rispondeva quasi ad una equazione matematica, debba essere rimeditato. E con esso vada forse ripensata anche la tradizione secolare che ha governato il tema della sopravvenienza, rappresentata dalla clausola *rebus sic stantibus*.

La prospettiva appena tracciata non è frutto di una scelta ideologica o politica, ma dell'avvertita esigenza di adeguare l'ordinamento alla diversa struttura propria della società: la sottrazione di parte del potere dello Stato in favore di enti terzi e sconosciuti, e un generale stato d'ansia che caratterizza l'agire umano, impone di rimeditare il sistema, pensando a strumenti che rispondano agli interessi attuali dei contraenti di una società globalizzata piuttosto che far riferimento a rimedi propri di un'altra epoca storica, frutto di una scelta fondata sull'equilibrio razionale, qual è quella dettata dal codice del 1942.

In questa linea di pensiero occorre muovere proprio dalla distinzione, sinora tracciata, tra rischio e pericolo, tra alea normale e sopravvenienza, ed interrogarsi se quella distinzione logica debba essere ancora tenuta ferma o invece rimeditata alla luce della mancanza di controllo delle conseguenze di eventi propri della società.

Al centro dell'attenzione si pone proprio il concetto di *alea normale* che, rappresentando il rischio, segnava anche il confine logico e giuridico della cd. sopravvenienza, intesa come l'evento inatteso ed eccezionale che accade 'dopo'. L'alea normale è in diritto ciò che la crisi è nella società: entrambe sono denotate dal termine *rischio*²⁹. L'alea normale indica l'opportunità e il rischio che il contraente intende cogliere e correre. Più alta è l'opportunità, maggiore sarà il rischio. In questo disegno l'ordinamento difende il contraente dal pericolo, ma non dal rischio.

Occorre allora domandarsi se l'alea normale, che segna il limite della prevedibilità, sia ancora il 'criterio' che denota una società nella quale l'assenza di 'controllo' è divenuto uno dei problemi decisivi. Si può ancora affermare che l'assenza di controllo è limitata all'area dei cd. pericoli o invece quell'assenza, invadendo anche la zona propria del 'rischio', impone di rimeditare la portata di quella distinzione logica e giuridica?

²⁹ E non è un caso che E. MORIN, *La via. Per l'avvenire dell'umanità*, Milano, 2012, p. 17 afferma che *ogni crisi porta in sé rischi e opportunità. L'opportunità aumenta con il rischio ...*; ma v. pure ID., *Il paradigma perduto. Che cos'è la natura umana?*, Milano-Udine, 2020, p. 194 ss.



7. Riflessione sulla distinzione di rischio e pericolo.

In questo procedere, senza dubbio meritevole di essere salvaguardato è il sistema descritto dal legislatore del 1942 sull'impossibilità sopravvenuta, fondato su un dato assoluto: l'impossibilità, appunto³⁰.

Invece, a una diversa riflessione porta l'analisi dell'assetto delle cd. altre sopravvenienze, laddove la prestazione sia ancora possibile: che determina, di riflesso, una rimediazione della distinzione giuridica di rischio e pericolo.

Da questo punto di vista occorre tener presente due aspetti: il primo è relativo all'area dell'eccessiva onerosità, cioè all'accadere di un fatto esterno al rapporto contrattuale, che abbia i requisiti della straordinarietà e della imprevedibilità. In questa linea concettuale, proprio la recente vicenda della pandemia insegna che una zona dell'autonomia privata non risulta disciplinata dalle norme contenute nell'art. 1467 cod. civ.: infatti, non è consentito alla parte, che subisce gli effetti dell'eccessiva onerosità, di domandare la revisione del contratto, libera invece di chiederne la risoluzione. L'attuale sistema razionale non prevede questa ipotesi. Può accadere allora che la parte si trovi priva di un rimedio efficace che risponda al suo attuale interesse: ciò nonostante la scelta del rimedio risolutivo consenta ancora la conservazione del rapporto. Quest'ultima, tuttavia, non è rimessa alla disponibilità dell'agente, ma alla volontà dell'altro contraente attraverso l'istituto della riduzione ad equità³¹; e non è detto che quest'ultimo se ne avvalga o abbia interesse ad avvalersene.

Sarebbe opportuna allora una nuova riflessione sul tema da parte del legislatore rispetto alla scelta effettuata nel 1942: con la previsione della revisione del contratto come ipotesi generale. Sarebbe così consentito alla parte che ne subisce gli effetti di stabilire quale rimedio utilizzare in concreto; ovvero si potrebbe anche lasciare al giudice il potere di convertire una domanda nell'altra, ove la richiesta (risoluzione o revisione), fondata sull'eccessiva

onerosità, non appaia il rimedio più coerente, tenendo conto della natura del contratto, delle condizioni dei contraenti, della durata dell'evento etc...

È chiaro che solo un intervento legislativo potrà prevedere tutto ciò, estendendo la previsione di un rimedio riparatorio non più limitato alla sola area del pericolo, ma esteso pure a quella del rischio, con la conseguente necessità, logica e giuridica, di rimediare il concetto di alea normale³².

Inoltre, sarà anche opportuno riflettere sull'attuazione immediata del rimedio, nella considerazione che, attualmente, in caso di domanda di risoluzione per eccessiva onerosità, la durata del processo è particolarmente lunga. Ne deriva che, nonostante la sentenza operi con efficacia retroattiva, accade (ed è un'ipotesi frequente) che l'interesse della parte, o di entrambe, risulti definitivamente compromesso a causa del tempo trascorso

Occorre, allora, riflettere se non sia il caso di attribuire al giudice (o ad un organo appositamente istituito) il potere di rivedere immediatamente il contenuto del contratto, magari affidando al medesimo anche una funzione di controllo successivo sull'esecuzione del rapporto *post* sentenza, ovvero consentendo al giudice stesso di pronunciare la sentenza risolutiva, se è questa la via intrapresa a seguito di un giudizio sommario che non sconti troppo il fattore 'tempo'.

È indubbio, infatti, che questo fattore giochi un ruolo decisivo nel mondo delle sopravvenienze: la parte che vuole liberarsi dall'obbligo di eseguire la prestazione eccessivamente onerosa, o che vuole rivedere il contenuto del contratto, non può attendere i tempi della giustizia ordinaria, avendo necessità di una risposta immediata, assicurata da un rimedio che risponda all'esigenza di velocità che caratterizza i rapporti contrattuali.

In questo procedere, la velocità può andare a scapito della ponderazione: tuttavia, una riflessione

³⁰ Senza necessità nemmeno di prevedere specificamente che l'impossibilità temporanea possa determinare una impossibilità definitiva, così come è previsto per il trattamento dell'impossibilità parziale: e ciò perché è evidente che siffatta conclusione si ricava già dal sistema.

³¹ Una efficace sintesi delle posizioni giurisprudenziali in materia di riduzione ad equità, almeno sino agli anni '90 del precedente secolo, può essere letta in E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in Id., *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997, p. 53 ss.; Sull'offerta di modificazione del contratto v. S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, spec. p. 201 ss.

³² Infatti, in questo modo di intendere, è evidente che il concetto di alea normale perderà la sua centralità, con l'introduzione nel sistema di un'ipotesi di revisione del contratto come norma di carattere generale. Non è un caso che la giurisprudenza abbia tentato a più riprese di colmare la lacuna; così soprattutto ricorrendo al principio di buona fede: tra le altre, Cass., 10 settembre 2010, n. 116, ma già Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, Cass., 22 maggio 1997, n. 15669 e Cass., 18 settembre 2009, n. 20106. Proprio sulla scia delle richiamate decisioni, T. Bari, 14 giugno 2011 e in epoca pre e pandemica, T. Treviso, n. 1956/2018 e Trib. Roma, 27/8/2020, ordinanza, il quale ha concluso che *in ottemperanza della parte ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà sembra necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti della linea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione ...per i mesi da aprile 2020 a marzo 2021*.

approfondita, frutto di una significativa istruttoria, potrebbe risultare addirittura dannosa per la parte che la domanda, se il risultato voluto venga acquisito troppo tardi. In questo caso, l'applicazione del rimedio tardivo, sia esso recuperatorio o demolitorio, probabilmente produrrebbe l'effetto opposto a quello sperato dalla parte che a suo tempo lo ha domandato.

Il secondo aspetto deve invece tener conto di quelle variazioni che non rendono la prestazione eccessivamente onerosa, ma che possono renderla *significativamente più onerosa*. Qui l'intervento è più complesso e dovrebbe essere declinato su una serie di presupposti: in primo luogo, sull'imprevedibilità dell'evento accaduto, che deve concretamente e significativamente aver alterato l'equilibrio economico del contratto, così da incidere anche sul sinallagma contrattuale. Diversamente ragionando qualsiasi evento sopravvenuto, qualsiasi rischio, potrebbe determinare un effetto sul contratto, nonostante questi non abbia avuto una incidenza significativa sul medesimo³³.

È vero che l'attuale sistema delle sopravvenienze, disegnato dal legislatore del 1942, ha sempre lasciato spazio all'autonomia privata, attribuendo a quest'ultima il potere di coprire questa ulteriore area attraverso il ricorso all'uso di clausole di indicizzazione o di rinegoziazione; tuttavia, proprio la differenza tracciata dal legislatore, tra alea normale ed eccessiva onerosità, ha impedito sinora, da un punto di vista sistematico, di coprire l'area della prestazione divenuta significativamente più onerosa, rientrando la medesima nell'alveo dell'alea normale, in quanto tale priva del connotato della eccezionalità.

Nel modo di procedere appena indicato verrebbe, invece, declinata la rilevanza del fatto soltanto imprevedibile ma non anche eccezionale, attraverso un rimedio che l'ordinamento già conosce, con la previsione di cui all'art. 1664 cod. civ. o dell'art. 1623 cod. civ., e soprattutto attraverso la legislazione speciale in tema di concessioni pubbliche.

Come nei casi indicati, ove l'evento imprevedibile incida sull'alea normale del contratto in modo significativo, tenuto conto della natura del contratto, della condizione e qualità delle parti, nonché della durata del rapporto, quella tra esse che ne subisce gli effetti potrebbe proporre all'altra o alle altre un adeguamento del rapporto alle diverse, mutate condizioni; e, in caso di mancata

accettazione delle stesse, nonché di un esito fallimentare di un'eventuale negoziazione volta a fissare condizioni eque, la soluzione potrebbe essere rimessa al giudice (o un organo *ad hoc*), al quale dovrebbe essere concesso il potere di stabilire, alla luce dei criteri sopra indicati, se il rimedio proposto sia davvero efficace³⁴.

In questo procedere, resterebbe scoperta l'area di applicazione del rimedio risolutivo all'evento imprevedibile ma non anche eccezionale: tuttavia, in questa ipotesi, se si consentisse al giudice o al terzo di stabilire quale rimedio applicare, si renderebbe del tutto vana la previsione contenuta nell'art. 1467, comma 1, cod. civ.; infatti, se fosse sufficiente un evento imprevedibile per determinare la risoluzione del contratto non avrebbe più senso la norma richiamata, che ne risulterebbe implicitamente abrogata.

8. L'oggi.

Gli eventi occorsi dal 1942 ad oggi meritano una ulteriore riflessione che incide profondamente, e da altro angolo visuale, sul tema delle sopravvenienze.

Non sono rilevanti, ai fini del procedere, le guerre da allora intervenute, né i diversi rovesci economici di questo o quello Stato o di questa o quella società. Ciò che merita attenta considerazione sono gli effetti economico-sociali prodotti da nuovi invitati: la *globalizzazione*, da un lato, e l'affermazione significativa della *tecnica*, dall'altro lato.

Quanto al primo, le norme di protezione adottate dal legislatore del 1942 devono essere esaminate alla luce di una società ormai priva di confini, economici e tecnologici, al di là della diversità degli apparati statali.

Quanto al secondo, è davvero la tecnica – per alcuni in grado di raggiungere qualsiasi scopo³⁵ –

³⁴ Come è noto la dottrina ha tentato di porre rimedio a quella che è sembrata una vera e propria lacuna: sul punto, tra gli altri, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, spec. p. 290 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 83 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 774 ss.; C. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 248 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 708 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione*, Padova, 2006, p. 117 ss.; A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2010, p. 460 ss.

³⁵ Tra i tanti scritti dedicati al tema da E. SEVERINO, *Gli scopi e la tecnica*, in *Il destino della tecnica*, Milano, 1998, p. 45-46, ma vedi pure Id., *Identità, salvezza e tecnica*, in *L'identità della follia*, Milano, 2007, p. 124-129; Id., *La filosofia futura. Oltre il dominio del divenire*, Milano, 2006, p. 71 ss.; Id.,

³³ Un'analisi molto approfondita sul tema della rinegoziazione è svolta da A. VENTURELLI, *Contratto internazionale e "obbligatorietà" della rinegoziazione*, in *Il contratto 'apolide'*, a cura di Massimo Foglia, Pisa, 2019, p. 87 ss.



capace al tempo stesso di sconvolgere qualsiasi ordine, penetrandolo e rendendolo progressivamente inoffensivo, o all'inverso di evitare che quell'ordine risulti invece sconvolto?³⁶

Senza pretesa di affrontare, neppure marginalmente, il tema degli scopi della tecnica, sarà sufficiente sottolineare che, seppure non la si voglia configurare come la volontà di potenza che ha come scopo quello di raggiungere qualsiasi scopo, resta indubbio che, pure intesa come *instrumentum*, la tecnica sia una volontà, comunque astrattamente in grado di alterare o ripristinare qualunque ordine sociale, economico, giuridico.

Con questi invitati occorre fare i conti.

Accanto ad essi si riaffaccia un terzo ospite, sin qui dimenticato perché apparentemente sopraffatto dalla ragione: proprio la pandemia risveglia la necessità di una nuova riflessione sulla *natura*³⁷.

9. L'apparato tecnico.

Per coloro che credono ancora che la tecnica sia un mezzo al servizio dell'uomo, e che quest'ultima possa essere utilizzata non per sconvolgere ma per ripristinare qualsiasi ordine, prevedendo o prevalendo sul pericolo di un male, la riflessione in tema di sopravvenienze deve indirizzarsi sulla natura degli eventi.

La tecnica, in grado di determinare scopi, dovrebbe, a rigore, in una prospettiva normativa *pre-vedere* qualsiasi evento, impedendo l'accadere del fatto eccezionale; evitare, cioè, che accada il

miracolo, per usare una felice espressione³⁸; e ciò perché l'apparato tecnico dovrebbe essere in grado di impedire, appunto prevedendola, l'eccezione, e assicurare all'uomo, una volta per tutte, certezza e sicurezza. In altre parole, la tecnica, che sceglie e determina scopi³⁹, dovrebbe garantire l'ordine, impedendo che i rapporti giuridici possano essere alterati da qualsiasi evento in grado di sconvolgere la società. Impedire vuol dire prevedere, non basta prevalere. Si prevale su ciò che è accaduto, si prevede ciò che non è ancora accaduto⁴⁰.

Da un punto di vista logico, la normatività della tecnica dovrebbe fondarsi su questo assunto.

L'apparato tecnico dovrebbe *impedire*, prevedendo l'eccezione; e, dunque, apprestare strumenti efficaci affinché non si verifichi una crisi economica, sociale o soltanto un grave evento naturale.

Se così non è, e così non sembra essere, almeno in questo preciso momento storico, occorre concludere che la tecnica non ha attualmente una sua normatività e non è in grado, per ora, di superare l'imprevedibile⁴¹. Ne è testimonianza, del resto, proprio la pandemia, che ha riaperto il tema dell'impotenza della ragione di controllare la natura: capace quest'ultima di sconvolgere l'ordine razionale delle cose⁴².

È indubbio che la ragione, attraverso la tecnica, riprenderà il controllo e prevarrà sulla natura, ma è altrettanto indubbio che l'apparato tecnico, al servizio della ragione, non è stato in grado di *prevedere* ciò che è accaduto; non ha impedito che l'eccezione prendesse, almeno momentaneamente, il sopravvento: che il *miracolo* non si verificasse; perché in effetti è accaduto.

Le norme dettate dal legislatore, dunque, sono, almeno sotto questo profilo, tuttora gli unici strumenti efficaci idonei se non a superare, quanto meno a contribuire al superamento del disordine e al ripristino dell'ordine, non essendoci ancora un apparato tecnico-normativo antagonista a quello attuale.

Democrazia e tecnica, in *La potenza dell'errare*, Milano, 2013, p. 70 ss.: la tecnica intesa come incremento indefinito della capacità di realizzare scopi e di soddisfare bisogni, volontà di potenza che non ha uno scopo escludente, ma ha uno scopo trascendentale, che consiste appunto nell'incremento infinito di realizzare scopi.

³⁶ Sulla tecnica la letteratura è ormai sconfinata e non ha senso nemmeno pensare ad una sua sintesi: le pagine più significative restano quelle di M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e discorsi*, Milano, 1976, p. 5 ss.; ID., *Gelassenheit, L'abbandono*, Genova, 1983, p. 35 ss.; ID., *Introduzione alla metafisica*, Milano, 1968, p. 157 ss. Per una riflessione sul pensiero di Heidegger v. C. DI MARTINO, *Heidegger e la concezione destinale della tecnica*, in *Quaestio*, 2019, p. 433 ss.

³⁷ Davvero premonitrici risuonano ora le parole di Ratzinger, *Ciò che tiene unito il mondo*, in J. Ratzinger/J. Habermas, *Etica, religione e stato liberale*, Brescia, 2004, p. 41 ss. e J. RATZINGER, *Discorso al Reichstag di Berlino, 22/9/2011 in Ius Ecclesiae*, 2012, vol. 24, n. 1, p. 169 ss.; ID., *Europa. I suoi fondamenti spirituali, ieri, oggi, domani*, in M. Pera/J. Ratzinger, *Senza radici*, Milano, 2004, spec. p. 67 ss.; ID., *Luce del mondo. Una conversazione con Peter Seewald*, Città del Vaticano, 2010, spec. p.75 ss.; in generale sul tema E. BOUTROUX, *La natura e lo spirito e altri saggi*, Lanciano, 1909, p. 41 ss. Sulla logica quantistica, WITHEHEAD, *I modi del pensiero*, Milano, 1972, p. 191 ss.

³⁸ C. SCHMITT, *Teologia politica*, ora in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 61; il concetto è poi precisato a p. 39 dove si afferma che poiché lo stato di eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos, dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico. La decisione si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio. Nel caso d'eccezione, lo stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione.

³⁹ N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 7.

⁴⁰ Sul punto N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 81-85.

⁴¹ Sul punto v. E. MORIN, *Cambiamo strada*, Milano, 2020, p. 28-30.

⁴² Non una natura naturante ma, secondo il pensiero stoico, la regolarità e l'ordine del divenire, sottofondo del diritto naturale.

Anche l'evento naturale, qual è la pandemia, conferma l'efficacia dei rimedi previsti dal legislatore: perché se è vero che l'evento pandemico è senza dubbio un evento straordinario ed imprevedibile, è altrettanto indubbio che quell'evento non è, necessariamente e in quanto tale, capace *ex se* di sconvolgere i rapporti contrattuali. Tanto è vero che proprio su quest'aspetto si appuntano le riflessioni recenti della dottrina⁴³.

10. La globalizzazione.

Resta aperto, da ultimo, il tema della globalizzazione, capace di sconvolgere qualsiasi ordine, come emerge dalla crisi del 2009 dei subprime, che ha indubbiamente alterato le economie locali. Tanto è vero che oggi non è più in uso la parola *crisi* per designare la situazione verificatasi dopo quell'accadimento⁴⁴, nella consapevolezza che l'allora *crisi* abbia portato all'affermazione di un nuovo ordine, dove la crisi di allora, intesa come incertezza del futuro, è oggi il sottofondo della nuova realtà, che spinge molti a definire proprio quel sottofondo come lo *stato normale*, che impone un ripensamento su molti aspetti della società. Da un punto di vista soggettivo, in questa prospettiva, è ormai superato lo stato di indecisione verso un nemico invisibile, e ad esso si è sostituita la consapevolezza dell'impossibilità della decisione. Si sono così abbandonati significativi riferimenti passati, su cui si fondavano molte certezze, e si è, di riflesso, limitato lo sguardo d'assieme: in diritto, ad esempio, si è ripiegato sul formalismo delle procedure, che porta all'indifferenza contenutistica, nel tentativo di offrire, come si è efficacemente

sottolineato, attraverso l'incessante officina procedurale, *un rifugio contro il caos estremo*⁴⁵.

Come è stato altrettanto acutamente osservato⁴⁶, la globalizzazione ha eroso o inaridito lo Stato perché, non avendo più il capitale dimora in quest'ultimo, molte leve della politica economica non hanno più una loro funzione, e al loro posto si sono sostituite forze corrosive transnazionali, oscure e sconosciute, *che operano fuori del campo delle azioni che siano dettate da consapevolezza, determinate a degli obiettivi e potenzialmente razionali*⁴⁷.

Lo Stato, fondato sull'ordine, inteso come regolarità di comportamenti⁴⁸, si va sempre più indebolendo per effetto della globalizzazione, felicemente definita come *il nuovo disordine mondiale*⁴⁹. In questo procedere, lo stato non sarebbe *più in controllo* di molti settori, che non hanno assunto tuttavia una rilevanza *universale*, ma globale. E, come è stato correttamente osservato⁵⁰, il termine '*universalizzazione*', inteso come la speranza di un ordine universale, è stato del tutto abbandonato e sostituito con il termine *globalizzazione*, che non fa riferimento a iniziative e intraprese universali, a *fatti universali*, ma ad *effetti globali*; non la speranza di fare qualcosa di universale, ma l'effetto globale che subiamo, *ciò che ci sta accadendo*.

In questo incedere, lo Stato perde gran parte della sua legittimazione⁵¹, che si riflette sulla perdita di una porzione significativa del potere, a questo sottratto e ora affidato a forze interstatali sconosciute, che rischiano di rappresentare un nuovo ordinamento transnazionale, fondato non soltanto sul controllo dell'economia, ma esteso anche a molti altri settori della società; cosicché, questo nuovo ordine, oscuro, che sfugge al controllo politico degli Stati rappresenta esso stesso un nuovo potere, capace di indirizzarsi direttamente ai cittadini degli Stati.

Per questa via, la globalizzazione ha determinato la separazione del potere dalla politica⁵², perché se la politica è locale, nella società informatica il

⁴³ Già sterminata: per tutti v. A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *Giust. civ.com, Emergenza Covid-19, Speciale n. 2*, 2020, p. 143 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, *ivi*, *Speciale n. 3*, 2020, p. 319 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, *ivi*, p. 383; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, *ivi*, *Speciale n. 1*, 2020, p. 207 ss.; F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 485 ss.; C. MASCIOPIANTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, *ivi*, p. 449 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Giust. civ.com, Emergenza covid-19, Speciale n. 1*, 2020, p. 359 ss.; A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *Ius civile*, 2020, p. 724 ss.

⁴⁴ Ma solo per designare quel particolare momento storico.

⁴⁵ N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., p. X.

⁴⁶ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 64.

⁴⁷ Z. BAUMAN, *La solitudine dell'uomo globale*, cit., p. 64-65.

⁴⁸ N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., p. 77; F.A. Von Hayek, *Nuovi studi di filosofia*, Roma, 1997, p. 83 ss.

⁴⁹ Z. BAUMAN, *op. ult. cit.*, p. 65.

⁵⁰ Ma v. pure J. RATZINGER, *Europa. I suoi fondamenti spirituali*, cit., in particolare p. 58 ss. dedicate all'universalizzazione della cultura europea e la sua crisi.

⁵¹ M. WEBER, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano, 1995, p. 21 ss.; Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 69.

⁵² Z. BAUMAN, *La solitudine dell'uomo globale*, p. 123.

capitale fluisce senza vincoli di spazio, abita il cyberspazio⁵³.

Come si è giustamente osservato, un potere extraterritoriale, transnazionale, molto forte, che detiene, attraverso la velocità, il governo del capitale, dell'informazione e delle comunicazioni, cui reagisce un potere politico locale degli Stati, assoggettato a vincoli, davvero debole. Il controllo del potere⁵⁴ da parte di pochi sconosciuti, a fronte di una debole politica locale; una contrapposizione di pochi ricchi e molti poveri.

11. Il ritorno della natura.

La crisi epidemiologica sottolinea invece il ritorno della *natura*. Al di là delle tesi manipolative, che vogliono il *virus* creato da forze oscure per sconvolgere ulteriormente l'economia mondiale, è indubbio che la reazione da parte degli Stati sia stata debole e scomposta.

Se, soggettivamente, è venuta forse meno la certezza della *natura* governata dalla *tecnica* e, di riflesso, la certezza che la razionalità abbia avuto il sopravvento definitivo sulla prima⁵⁵, oggettivamente si è assistito nel complesso ad una reazione debole e scomposta, che ripropone ancora una volta l'interrogativo se il mondo è ancora controllabile. E nel caso di risposta positiva, da chi?

La crisi economica, che la pandemia ha avviato e che sicuramente si accentuerà, come sarà affrontata nei singoli ordinamenti? Saranno sufficienti le norme sulla sopravvenienza, proprie dell'ordinamento italiano, magari con l'aggiunta del rimedio della revisione auspicabilmente previsto per legge o per volontà del giudice o le norme sulla forza maggiore di altri ordinamenti, o quelle sull'*imprevision* dell'ordinamento francese, sulla *frustration* dell'ordinamento anglosassone o sul § 313 dell'ordinamento tedesco?

Il singolo Stato può forse offrire una difesa ai *pericoli* sollevati dalla crisi, attraverso l'uso dei rimedi apprestati dai singoli ordinamenti, ma non

⁵³ Z. BAUMAN, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁴ Sul potere in generale e sul concetto che la politica non è espressione dalla vita sociale ma un sottosistema, che ha il compito di produrre potere, cioè di trasmettere decisioni vincolanti, N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., p. 1 ss.

⁵⁵ Sul punto v. J. RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo*, cit., spec. p. 48 ss. e FRANCESCO, *Laudato si. Lettera enciclica sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, spec. p. 180-181 e di recente E. MORIN, *Cambiamo strada*, cit., p. 28, il quale osserva che *l'uomo credeva di aver dominato la natura ... Il mito occidentale dell'uomo il cui destino è diventare 'padrone epossessore della Natura' è crollato di fronte ad un virus.*

può certamente sconfiggere il *rischio*, inteso come la condizione permanente dello stato delle cose, soprattutto muovendo dalla riflessione che il capitale sfugge al potere dello Stato, che non può intercettarlo e non può giovarsene per sostenere una economia debole e sfibrata.

Rimedi diversi quelli apprestati dai singoli stati, che potrebbero tuttavia non essere in grado di contrastare una crisi di portata mondiale, che rischia di sconvolgere, se già non è accaduto, non un singolo ordinamento, ma gli ordinamenti.

La reazione auspicabile, allora, non dovrebbe essere semplicemente locale contro un nemico transnazionale, bensì globale; sarebbe, in realtà, ipotizzabile e auspicabile una risposta stavolta internazionale, se non mondiale⁵⁶; o almeno del mondo occidentale, fondata su regole di prevenzione accompagnate da efficaci rimedi riparatori o demolitori; regole semplici e da tutti condivise e perciò applicabili a tutti: che facciano leva sull'uso della tecnica, intesa come *instrumentum*, posta al servizio di quelle regole e dei conseguenti rimedi, di cui sia possibile avvalersi attraverso il governo della tecnica medesima da parte di un ente sovranazionale, espressione dei singoli Stati⁵⁷. Un ente con compiti definiti, che abbia il potere politico ed economico di reagire al nemico oscuro che si agita dietro ogni nuova crisi e che punta, per affermare sé stesso come il nuovo ordine governato da pochi, su questo *nuovo disordine mondiale*.

12. La realtà.

Una prospettiva del tutto irrealistica quella appena indicata⁵⁸.

⁵⁶ Per E. MORIN, *Cambiare strada*, cit. p. 96 sarebbe necessaria una politica dell'umanità, che dovrebbe avere cura di salvaguardare l'unità insieme alla diversità umana.

⁵⁷ In senso diverso si veda M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 363 ss., il quale osserva che *l'attuale condizione dei rapporti tra Stato, economia e finanza non è imputabile a chissà quale congiunzione astrale o infrangibile legge di natura, bensì a precise scelte di geopolitica e di politica economica che gli Stati egemoni hanno assunto e che gli altri hanno più o meno volontariamente subito. Siamo in molti a ritenere che la globalizzazione sia stata voluta più che patita dagli Stati ... e che il declino della forma-Stato non sia più generale, ma a macchia di leopardo, perché gli Stati più forti sono diventati ancora più forti.*

⁵⁸ Terminato questo lavoro ho avuto modo di leggere la proposta di E. MORIN, *Cambiare strada*, cit., p. 67 ss. L'incipit reca una densa espressione di Eraclito (*Se non spero, non lo troverai*) e l'indicazione di una nuova via, fondata sull'umanesimo e sul realismo di una *buona utopia*, L'impressione che se ne trae, tuttavia, è che nemmeno l'autorevole Autore sia del tutto convinto della proposta; che è solo una speranza, come afferma, piuttosto che una certezza.



La confusione politica è in realtà un preciso disegno, dove alcuni Stati hanno tentato e tentano di assumere una posizione egemone a danno di altri, suscitando, di riflesso, reazioni da parte di alcuni di questi.

La discussione sul sesso degli angeli nella cittadella di Costantinopoli, cui purtroppo assistiamo quotidianamente, impone di abbandonare questa ipotesi e di affrontare la realtà⁵⁹.

Il diffuso pessimismo su una reazione unitaria del mondo occidentale, anche a livello comunitario, riapre la strada invece al capovolgimento di prospettiva, attraverso la riaffermazione di una soluzione rigidamente locale, volta a coniugare, attraverso richiami alle tradizioni, alla cultura e alla religione, anche rimedi privatistici coniugati con poteri pubblicistici, previsti per il periodo di durata della situazione eccezionale, ma potenzialmente destinati a diventare rimedi ordinari, sul presupposto che la crisi è anch'essa destinata a diventare lo stato normale della società.

All'ordinamento giuridico rischia di sostituirsi un diverso ordinamento fondato sulla sovranità⁶⁰; e lo stato tenta di rendersi libero da ogni vincolo normativo, cosicché *la sua esistenza dimostra qui una indubbia superiorità sulla validità della norma giuridica*⁶¹.

Il rischio di una deriva autocratica si nutre, per una sorta di eterogenesi dei fini, del paradosso di Bochenforde: *lo stato liberale può esistere solo se la libertà, che esso garantisce ai suoi cittadini, si regola dall'interno, vale a dire a partire dalla sostanza morale del singolo e dall'omogeneità della società. D'altra parte, se lo Stato cerca di garantire da sé queste forze regolatrici interne attraverso i mezzi di coercizione giuridica e del comando autoritativo, esso rinuncia alla propria liberalità e ricade – su un piano secolarizzato – in quella stessa*

⁵⁹ M. WEBER *La scienza come professione*, Milano 1997, p. 113 afferma che *gli dei di una volta, perso l'incanto e assunte le sembianze di potenze impersonali, escono dai loro sepolcri, aspirano a dominare sulla nostra vita e riprendono la loro lotta eterna*.

⁶⁰ In generale sul tema della 'sovranità' per tutti si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 4 ss., ma per una profonda riflessione sul concetto di sovranità G. BATAILLE, *La sovranità*, Bologna, 1990, p. 41 ss.

⁶¹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, cit., p. 39, il quale aggiunge: *nella sua forma assoluta il caso d'eccezione si verifica solo allorché si deve creare la situazione nella quale possano avere efficacia norma giuridiche. Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita.... La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è un 'presupposto esterno'... essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos*.

*istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali*⁶².

L'efficace apparato di norme previsto nel periodo di quarantena ne è testimonianza; e nonostante la quarantena sia cessata, almeno per il momento l'apparato è rimasto quasi immutato; e il richiamo sempre più frequente alla *sostanza morale* e all'*omogeneità della società*, unito ai messaggi allarmistici sul nuovo diffondersi della pandemia, sono un monito ad una strisciante istanza di *autocrazia*.

Occorre allora guardarsi da questa pericolosa deriva che, in modo subdolo, si va diffondendo nella società, sia attraverso la sua configurazione come una istanza morale e sociale, sia come unico e ultimo rimedio contro il pericolo di un male.

Proprio in questa prospettiva la perdita di valore di alcuni principi costituzionali a favore di altri, testimoniata dagli effetti della pandemia, dovrebbe indurre a una riflessione profonda su una inconfessata gerarchia tra i medesimi.

13. Il limite del rimedio.

È indispensabile allora effettuare precise scelte, così come accadde nel 1942 ad opera di quel legislatore.

L'assenza di controllo su alcuni settori determinanti della società ad opera dello Stato dovrebbe indurre ad una diversa disciplina di questi ultimi, nella consapevolezza che il controllo sui medesimi non è più esercitabile, o almeno è esercitabile solo attraverso procedure lunghe e poco intelleggibili; e soprattutto che le soluzioni adottate sono soluzioni locali a problemi globali⁶³.

È questo il tema centrale sul quale anche i giuristi dovrebbero impegnarsi per offrire un contributo, consapevoli che un problema esiste e non è di poco momento.

Forse non è sufficiente predisporre nuove tutele che presuppongono comunque, per la loro applicazione, una fase patologica; sarà opportuno interrogarsi se non sia il caso di prevedere strumenti preventivi, anche di portata eccezionale, ma internazionali, e dunque verificabili, che consentano di assumere una *decisione*⁶⁴. Ma questo è un problema della politica⁶⁵.

⁶² E. W. BOCHENFORDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2010, p. 51 ss.

⁶³ C. BORDONI, in Z. Bauman/C. Bordini, *Stato di crisi*, cit., p. 41.

⁶⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, cit., p. 37 ss.; ma v. pure Z. BAUMAN, in Z. Bauman/C. Bordini, *Stato di crisi*, cit., p. 43-45.

⁶⁵ Non si può essere pronti, in questo momento storico, a progettare un *nuovo ordine globale*; ma forse è proprio ciò che

ci si attende dalla politica: come afferma C. BORDONI, in Z. Bauman/C. Bordonì, *Stato di crisi*, cit., p. 41 *perché lo Stato possa tornare a svolgere la sua piena funzione istituzionale, recuperando il potere perduto, dovrebbe divenire uno stato sovranazionale, in grado d'intervenire d'autorità al giusto livello*. Si tratta allora di considerare se non sia il caso di prevedere, accanto a rimedi riparatori o demolitori, norme preventive, che abbiano ad oggetto interi settori e che consentano sollecitamente di anticipare in molti casi il problema; identica indicazione, sia pur da diversa prospettiva, viene da E. MORIN, *Cambiare strada*, cit., p.. 67 ss.