La Nuova Procedura Civile
Direttore Scientifico: Luigi Viola
Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile
ISSN 2281-8693
Pubblicazione del 19.9.2022
La Nuova Procedura Civile, 3, 2022

duepuntozero & Diritto Avanzato

Comitato scientifico:
*Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza)- Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) – Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione)* - Paolo **DI MARZIO** *(Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere di Stato) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) – Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) – Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) – Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Francesca **PROIETTI** (Magistrato) – Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) – Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) – Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).*

Il profilo gius-economico della tutela cautelare d'urgenza nel contesto epidemiologico Covid-19

Articolo di **Rossella BROSIO**

Abstract
Nelle attività umane, il termine "urgenza" denota avvenimenti improvvisi, stati di difficoltà, che inevitabilmente sovvertono il normale funzionamento dell'ordine giuridico.
Le situazioni emergenziali diventano, in tal senso, una delle principali e più complesse sfide a cui può essere chiamato uno Stato moderno o una coalizione di Stati. La situazione in cui ci troviamo in relazione alla pandemia da Covid-19 rappresenta, certamente, uno di questi casi e per tale ragione si pone all'attenzione dei giuristi in tutta la sua problematicità.
Nella trattazione che segue verrà messo in evidenza il delicato tema del rapporto tra le situazioni emergenziali e le tecniche di tutela processuale, con particolare rimando al provvedimento di cui all'art.700 del codice di procedura civile.
In un simile scenario pandemico, il problema della tutela d'urgenza presenta delle articolazioni e delle complessità che meglio si comprendono tenendo conto dei risultati dell'analisi condotta con riferimento ai presupposti che giustificano il rilascio del provvedimento, alle situazioni giuridiche soggettive che vi rientrano e alla relativa politica legislativa.
Attualmente, le discipline dell'emergenza, in cui lo Stato è chiamato ad intervenire in qualità di garante dei finanziamenti concessi alle imprese colpite dalle misure di contenimento della pandemia, consegnano al giurista un nuovo angolo di osservazione sul classico tema dell'obbligo di far credito in capo alle banche e di un relativo diritto soggettivo al credito dei soggetti richiedenti il finanziamento.
Premesso che la situazione corrente costituisce un momento di radicale frattura con la tipicità dei rimedi previsti dall'ordinamento, occorre chiedersi se l'evento "Coronavirus" possa, in assenza di un pregiudizio tale da distinguere la posizione del contraente nel quadro più generale dei rapporti contrattuali, costituire in *re ipsa* un pregiudizio imminente ed irreparabile idoneo a radicare la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

In human activities, the term 'urgency' denotes sudden events, states of difficulty, which inevitably subvert the normal functioning of the legal order.
In this sense, emergency situations become one of the main and most complex challenges to which a modern state or coalition of states may be called. The situation in which we find ourselves in relation to the Covid-19 pandemic certainly represents one of these cases, and for this reason it comes to the attention of jurists in all its problematic nature.
In the following discussion we will highlight the delicate theme of the relationship between emergency situations and the techniques of procedural protection, with particular reference to the provision of Article 700 of the Code of Civil Procedure. In such a pandemic scenario, the problem of emergency protection presents articulations and complexities that are better understood by taking into account the results of the analysis conducted with reference to the prerequisites that justify the issuance of the measure, the subjective legal situations that fall within it and the relative legislative policy.
At present, the emergency disciplines, in which the State is called upon to intervene as guarantor of the financing granted to companies affected by the pandemic containment measures, provide the jurist with a new angle of observation on the classic theme of the banks' obligation to grant credit and the relative subjective right to credit of the subjects requesting the financing.
Given that the current situation constitutes a moment of radical break with the typicality of the remedies provided by the legal system, it is necessary to ask whether the "Coronavirus" event can, in the absence of an injury such as to distinguish the contractor's position in the more general framework of contractual relations, constitute an imminent and irreparable injury capable of entrenching the emergency protection under Article 700 of the Code of Civil Procedure.

Sommario: 1. La tutela cautelare d'urgenza e le situazioni giuridiche soggettive che vi rientrano – 2. La tutela d'urgenza nei diritti di credito: il ruolo centrale della valutazione del merito creditizio nella disciplina emergenziale Covid-19 – 3. Il caso: Trib. Bologna, Sez. III, Ord. 02/10/2020 – 4. *Relational contracts*: gestione delle sopravvenienze perturbative nel contesto emergenziale Covid-19 – 5. Osservazioni conclusive

www.LaNuovaProceduraCivile.com

1. La tutela cautelare d'urgenza e le situazioni giuridiche soggettive che vi rientrano

Com'è noto, tanto nel campo del processo civile che nel campo del processo penale ricorrono situazioni che, di per sé, richiedono un rapido intervento dell'autorità giudiziaria[1], una soluzione immediata per evitare o minimizzare i pericoli, le difficoltà o i danni ad esse correlati. Tali situazioni, in quanto esigono che la scansione temporale che conduce al compimento di un determinato atto o alla pronuncia di un determinato provvedimento sia contenuta e compressa, sono caratterizzate dall'urgenza del provvedere e posso essere genericamente definite come situazioni di urgenza. Di conseguenza, esse richiedono procedure semplificate e rapide: una deviazione, cioè, dagli strumenti processuali previsti in via ordinaria[2].
Emblematico è, in tal sens , il provvedimento cautelare d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.
La disposizione citata, sconosciuta al codice antecedente, nasceva quale norma di chiusura di un sistema che trovava il suo fulcro nelle cautele nominate e relegava quella d'urgenza al ruolo marginale di assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, assolvendo alle finalità conservative negli spazi non già colonizzati dai sequestri del codice e della legislazione speciale.
La relazione del re per l'approvazione del codice di procedura civile, ne illustrava, infatti, la funzione in termini essenzialmente conservativi e ciò avrebbe comportato un uso molto limitato della tutela cautelare d'urgenza.
Tuttavia, proprio la formulazione della disposizione e la sua collocazione recavano in sé il seme di quella eterogenesi dei fini che ne segnerà la storia.
Infatti, il riferimento all'idoneità *"ad assicurare gli effetti della decisone"* non ne rendeva necessitata la lettura nei soli termini conservativi, mentre la residualità e l'atipicità, poste a presidio di un ruolo marginale, hanno consentito alla giurisprudenza di forgiarne i contorni, originando così il progressivo ed inesorabile sovvertimento del rapporto regola- eccezione, che trasformerà quella d'urgenza nella manifestazione di gran lunga più rilevante della tutela cautelare a struttura non solo conservativa, ma anche e soprattutto anticipatoria[3].
Nel processo civile italiano, l'art. 700 c.p.c., ha rappresentato uno strumento eccellente che ha sciolto la tensione che accompagna l'esigenza di assicurare l'intervento del giudice con la sollecitudine che il caso concreto richiede, senza forzature selettive, arbìtri e filtri di accesso alla risorsa giudiziaria. In questa misura cautelare la dimensione temporale è esplicita: si tratta del "tempo occorrente" per pervenire alla decisione che, se eccessivo, consente l'accesso alla tutela cautelare innominata[4].
La tutela d'urgenza si conferma segno della nostra epoca, un effetto della condizione di mutevolezza e, al fondo, di incertezza e instabilità delle posizioni giuridiche soggettive. L'art. 700 c.p.c. ha, infatti, resistito ad ogni riforma perché è una previsione elastica che si è offerta ad interpretazioni che hanno morbidamente dilatato i confini della sua applicazione. Un duttile strumento che ha, più di ogni altro, silenziosamente favorito l'evoluzione verso una tutela, precaria quanto all'accertamento, ma rapida ed efficace. Si somma nella struttura della norna l'agilità del procedimento e il contenuto indeterminato della misura cautelare, entrambe, per molta parte, rimesse alla disponibilità del giudice la cui decisione è il risultato

---

[1] Si veda saggio di L.KALB, *Una ricognizione sul ricorso ad iniziative motivate dall'urgenza nel sistema processuale penale,* in *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 515 ss.

[2] Si veda saggio di R.MARTINO, *Situazioni d'urgenza e diritto processuale dell'emergenza,* in *L'impatto delle situazioni d'urgenza sulle attività umane,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p.482.

[3] Si veda saggio di A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.,* in *I provvedimenti cautelari*, diretto da A. CARRATTA, Bologna, 2013, p. 745 ss.

[4] Si veda C. MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti interinali o anticipatori,* in *Riv. Dir. proc.* , 1964, p.566.

dell'esercizio di un'ampia discrezionalità, consentanea ai tempi[5].
Al momento dell'entrata in vigore del codice era soprattutto in discussione la questione della residualità dei provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c., rispetto alle misure cautelari tipiche, previste quasi tutte nel codice. La tipologia e le fattispecie coperte dalle misure tipiche si sono progressivamente estese trovando collocazione e regolamento in una serie di disposizioni esterne al codice. A questo ampliamento è, altresì, seguita l'interpretazione che ha ammesso il rimedio anche quando la fattispecie astratta di cautela fosse stata regolata in modo tipico, ma a determinate, vincolanti, condizioni, fuori dalle quali era concepibile concedere una misura cautelare innominata.
Oggi, l'art. 700 c.p.c., viene applicato in tutte le vicende in cui il prospettato pericolo di lesione è distinguibile da quello considerato nei casi previsti da misure cautelari tipiche[6].
La tutela cautelare atipica da strumento residuale di assicurazione della tutela giurisdizionale ordinaria [7], è divenuto, un istituto che ha assunto spesso un ruolo "compensativo", di valvola di sistema[8].
In verità, la tutela cautelare d'urgenza si atteggia in maniera differente rispetto alle diverse situazioni giuridiche soggettive che sono di competenza del giudice ordinario; al giudice d'urgenza è consentito adottare provvedimenti che gli appaiono congrui rispetto al fine di assicurare provvisoriamente gli effetti di una decisone di merito[9].
La lettera del menzionato articolo, un po' genericamente in ordine alla situazione giuridica soggettiva che si ritiene possa essere oggetto di tutela cautelare, si limita a considerare quella tutela relativa ai diritti suscettibili di essere fatti valere in via ordinaria, escludendo soltanto quelle situazioni non riconducibili ai diritti soggettivi, vale a dire, ad esempio, interessi semplici e di fatto[10].
A tal proposito, dottrina maggioritaria[11] ritiene che "*siffatta forma di tutela sia adatta ai soli diritti assoluti, partendo dal presupposto che sito nell'art. 700 è il concetto di irreparabilità del pregiudizio, che è qualificato in termini di mera irrisarcibilità".*
In altri termini, l'orientamento in questione arriva a considerare, quale esclusiva causa legittimante l'azionabilità della tutela cautelare atipica, la violenza o la minaccia di siffatte posizioni giuridiche soggettive, poiché solo in tali casi viene a concretarsi una privazione del diritto, che mai potrà essere ricompensata *ex post* in via risarcitoria.
Pertanto, poiché né i diritti di credito né quelli potestativi presuppongono un potere immediato sul bene, ad essi sarebbe negata una tutela cautelare d'urgenza, in quanto non è configurabile un pregiudizio irreparabile. Infatti, il godimento del bene non risulta interrotto lungo il corso del giudizio, ma è collegato funzionalmente alla definizione della controversia[12].
Giova precisare che giurisprudenza recente[13] ha evidenziato come "*la tutela cautelare d'urgenza atipica è stata predisposta dal legislatore a favore di chi, non avendo ancora un titolo giudiziario ed avendo, probabilmente, ragione della causa di merito, può subire un danno grave ed irreparabile nelle more del giudizio.*
Ed è stata prevista, secondo dottrina e giurisprudenza più ortodossa al dettato

---

[5] Si veda saggio di D. GROSSI, *L'urgenza della decisione, il pericolo nel ritardo e la discrezionalità del giudice, in* L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane , Giuffrè Editore, Milano , 2017, p.579 ss.
[6] Si veda saggio di D. GROSSI, *L'urgenza della decisione, il pericolo nel ritardo e la discrezionalità del giudice* , in op. cit., Giuffrè Editore, Milano, 2017, p.582.
[7] F. TOMMASEO, *Provvedimenti di urgenza*, Padova, 1983, p. 179 ss.
[8] Si veda saggio di D. GROSSI, *L'urgenza della decisione, il pericolo nel ritardo e la discrezionalità del giudice*, in op.cit., Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 581
[9] A. PAVAN, *La tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, p. 56.
[10] E. FRENI , *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Milano, 2011, p.6.
[11] P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare*, Padova, 1990, p. 12.
[12] A. TRAVI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, Torino, 1999, p. 363 ss.
[13] Trib. Torino, 24 marzo 2004.

legislativo, per la tutela provvisoria dei diritti fondamentali, che sono i soli a non poter trovare ristoro esclusivamente nel risarcimento dei danni della futura sentenza di merito".
Pertanto, soltanto una lesione ai diritti assoluti andrebbe a determinare quel pregiudizio irreparabile[14], che legittimerebbe la richiesta di provvedimenti cautelari atipici ai sensi dell'art. 700 c.p.c.
Tale orientamento restrittivo, che riconduce la tutela d'urgenza ai soli diritti assoluti, fa leva sul concetto di irreparabilità del pregiudizio inteso come mera irrisarcibilità.
In altri termini, viene in rilievo una profonda distinzione tra situazioni giuridiche finali e situazioni giuridiche strumentali, sicché solo la violazione o la minaccia delle prime può giustificare l'attivarsi della cautela atipica, in quanto solo in questi casi si realizza un impedimento al godimento del diritto.
Ex adverso, i diritti di credito non presuppongono un potere immediato sul bene, ma assicurano al titolare un'utilità che sarà ottenuta, in caso di contestazione, all'esito di un processo che riconosca la pretesa del creditore: il godimento del bene dipende in via esclusiva dalla definizione della controversia.
Specificando ulteriormente, eventuali minacce ai diritti potestativi e relativi, non potrebbero mai attuare un pregiudizio grave ed irreparabile, posto a fondamento della richiesta finalizzata al rilascio del provvedimento cautelare, dal momento che il danno che il titolare del diritto potrebbe patire, sarebbe monetizzabile ex post[15].

2. La tutela d'urgenza nei diritti di credito: il ruolo centrale della valutazione del merito creditizio nella disciplina emergenziale covid-19

"Urgenza" e "pericolo" non sono concetti equivalenti. L'urgenza della decisione si collega sempre alla necessità di ricomporre la situazione giuridica lesa, che è il parametro essenziale per valutare se sia davvero necessario provvedere.
Essa, intrinsecamente, esprime l'esigenza del decidere quando si prospetta la lesione di una posizione giuridica tutelabile. Può essere considerata anche come dato meta-processuale, come urgenza "psicologica" che guida le mosse delle parti nelle scelte processuali. Ne è spesso la prima fonte. Si avverte la necessità di ricostruire l'equilibrio fissato dalla norma, di restaurare il diritto, di ottenere ciò che la norma in astratto prevede in quanto tale.
È lecito, pertanto, concludere che l'urgenza preesiste rispetto al processo, che è lo strumento per verificarne la sua ricorrenza pratica[16].
Il *periculum*, disegnato dall'art. 700 c.p.c. quale pregiudizio imminente e irreparabile, è stato progressivamente reinterpretato dalla giurisprudenza.
Esso, in via generale, riguarda una lesione che si paventa nel caso vi fosse ritardo nella decisione e spinge ad un intervento sollecito. Quando lo prospetta la parte che agisce deve configurare al giudice una lesione possibile, ma non ancora realizzata o il rischio di una sua reiterazione. In questo caso il provvedimento che si attende dal giudice ha carattere preventivo. Parimenti, esso esprime il timore della temuta degenerazione della situazione giuridica soggettiva da tutelare e l'irreparabilità del danno prodotto dalla durata del processo per giungere alla decisione della lite. Si tratta della "vicina probabilità" di un evento pregiudizievole che già appare "direttamente e univocamente" "preparato".

---

[14] Secondo parte della dottrina, il concetto di irreparabilità deve essere considerato in maniera più ampia e più corrispondente alle esigenze del ricorrente. Infatti, è da ritenere presente tutte le volte in cui gli altri rimedi apprestati dalla legge non valgano in concreto ad attuare integralmente il diritto dedotto in giudizio e a causa della durata del processo si venga a determinare uno scarto tra gli effetti della decisione di merito e la soddisfazione integrale, sia pur per equivalente. Sul punto, si veda A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile,* Napoli, 2012, p. 34.

[15] M.ALLENA e F. FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d.lgs. 104/20102,* in *Dir. proc. amm*., 2011, p. 191 ss.

[16] Si veda saggio di D. GROSSI, *L'urgenza della decisione, il pericolo nel ritardo e la discrezionalità del giudice*, in *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane* , Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 566

Il *periculum,* inevitabilmente, reca con sé il sacrificio dell'accertamento pieno. Quando il giudice è tenuto a verificare se la situazione di pericolo ricorre si limita a riscontrare la verosimiglianza della sua esistenza. Il relativo "accertamento" riguarda non solo la sussistenza di una situazione illecita, ma anche quale sarebbe l'incidenza del trascorrere del tempo sulla posizione compromessa se il provvedimento non intervenisse.
Quale che sia la natura di questa situazione pericolosa e gli effetti pregiudizievoli per il diritto, è la durata (temuta, paventata) che costituisce il presupposto della tutela cautelare.
Il pericolo in questo caso non si rivela come "fatto" o elemento sostanziale, ma come conseguenza processuale che si basa su un dato quantitativo e su uno qualitativo, il rapporto tra lo scopo di ciascun atto o pausa del processo in relazione al tempo che è necessario per il suo compimento, o dall'atto successivo della sequenza procedimentale. Non si può nascondere una valutazione, di carattere presuntivo, del giudice circa la durata del processo che si svolge davanti a sé.
Si deve, infatti, considerare che il tempo processuale caratterizza il *periculum in mora* non solo nel senso del ritardo del provvedimento di merito, ma anche come lasso di tempo tra un provvedimento e l'altro[17].
Tuttavia, l'esperienza applicativa mostra come la prospettazione e la valutazione del *periculum,* legittimante l'istanza di tutela urgente anticipatoria, tende a prescindere dalla prognosi sulla durata del giudizio di merito[18] e si concentra sulla tangibile probabilità lesiva dell'evento posto a fondamento della richiesta.
Alla luce di ciò, può giustificarsi l'evoluzione verso una tutelare cautelare strutturalmente autonoma da quella di merito che di recente ha interessato il sistema processuale italiano, nel quale è stata riconosciuta l'idoneità delle misure cautelari di natura anticipatoria concesse *ante litem* a restare efficaci, senza limiti di tempo, a prescindere dall'instaurazione ovvero dall'estinzione del giudizio di merito[19].
Sulla base dell'evoluzione interpretativa del concetto di irreparabilità del pregiudizio, si ritiene ammissibile la tutela cautelare d'urgenza anche per quei diritti dove è riscontrabile una connessione funzionale di posizioni di diritto assoluto con strumentali rapporti obbligatori (i c.d. diritti a contenuto patrimoniale o con funzione patrimoniale)[20].
La Suprema Corte ha, infatti, precisato che "*è ammissibile la tutela in via d'urgenza ex art.700 c.p.c., di un diritto di credito quando ad esso siano indissolubilmente e immediatamente correlate situazioni giuridiche soggettive non patrimoniali, come il diritto all'integrità fisica, alla salute o ad un'esistenza libera e dignitosa, che potrebbero essere pregiudicate definitivamente dal ritardo nella soddisfazione del diritto di credito*"[21].
Si tratta di particolari categorie di diritti di credito che, pur avendo contenuto patrimoniale, risultano funzionalmente destinati a garantire al titolare del diritto il godimento di una situazione di libertà.
Tale orientamento giurisprudenziale risulta ormai costante; infatti, tra le più recenti tendenze, giova menzionare un'ordinanza del Tribunale di Bari[22], che, affrontando le problematiche inerenti al *periculum in mora,* ripercorre la giurisprudenza prevalente in base alle quale la tutela d'urgenza del diritto di credito può essere riconosciuta solo in presenza di un pregiudizio economico, dipendente dalla lesione del diritto fatto valere

---

[17] Sul punto si veda saggio di D. GROSSI, *L'urgenza della decisione , il pericolo nel ritardo e la discrezionalità del giudice,* in *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 567 ss.

[18] Sul punto si veda saggio di A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700,* cit., p. 745 ss.

[19] Sul punto si veda B. SASSANI e R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n.5 del 2003*, in *Giust. Civ.,* 2003, II, p. 49 ss.

[20] Sul punto si veda E. BRANDOLINI, *700 c.p.c.- Strategie processuali ed ambiti applicativi*, Padova, 2015, p. 29 ss.

[21] Trib. Milano, 23 settembre 1993; Cass. 3 settembre 1993, n. 9312.

[22] Trib. Bari, Sez. distr. Monopoli, ord. 7 dicembre 2013.

in giudizio, non integralmente riparabile dal futuro risarcimento peculiare del danno, come accade qualora dal mancato adempimento di una obbligazione pecuniaria derivi, quale conseguenza immediata e diretta, lo stato di insolvenza o il fallimento del creditore, ovvero nel caso di impossibilità o estrema difficoltà di determinare esattamente la misura del risarcimento, sì da non poter assicurare la reintegrazione della posizione giuridica che si assume lesa[23].
Per tale ragione, non si dubita più della possibilità di riconoscere la tutela cautelare d'urgenza per i crediti di retribuzione, in considerazione della loro strumentalità, diretta ad appagare le necessità della famiglia del soggetto, per il diritto all'integrità fisica e al completo sviluppo della persona umana[24].
Oggi, l'urgenza di intervenire è sempre più spesso correlata a situazioni di vera e propria emergenza, situazioni complesse in cui il pericolo di danno riguarda più beni giuridicamente protetti, determinati, ma anche indeterminabili[25]. Sul piano della politica legislativa, la reazione dell'ordinamento statale ha dato vita all'affermazione di un sistema legale emergenziale parallelo a quello ordinario. In altri termini, il legislatore si è trovato di fronte a situazioni di emergenza che hanno dato luogo a numerosi provvedimenti in deroga. Un sistema così strutturato non può, tuttavia, sottrarsi al confronto con i principi costituzionali del nostro ordinamento, che, talvolta rischiano di essere messi in crisi. Il rischio è che tutto l'ordinamento si muova, anche in assenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza, lungo la via dell'emergenza [26].
Attualmente, la pandemia da Covid-19 ha, come ben noto, originato una fitta normativa tesa a gestire e regolare in primis l'emergenza sanitaria, poi anche quella economica che dalla prima – in parte direttamente, in parte indirettamente, proprio per via delle discipline che hanno imposto il c.d. lockdown e le conseguenti limitazioni alle attività economiche e sociali- è derivata.
Il legislatore è intervenuto in vario modo per attenuare le difficoltà economiche create dalle misure di contenimento. Per lo più, il supporto all'economia è stato operato mediante provvedimenti con efficacia "verticale", ossia tra Stato e privati, dunque mediante distribuzione di incentivi, sovvenzioni, moratorie e crediti d'imposta per recuperare o limitare le perdite connesse al lockdown.
Non sono però mancate norme con efficacia "orizzontale", ossia tese a incidere direttamente sulle relazioni tra privati, primi fra tutti i rapporti contrattuali o quelli obbligatori connessi, rimodulandone in alcuni casi i contenuti e regolando le conseguenze delle loro patologie.
È chiaro che questo secondo filone di interventi suscita nel civilista uno spiccato interesse per i provvedimenti che sono stati adottati[27].
In particolare, le discipline dell'emergenza, in cui lo stato è chiamato ad intervenire in qualità di garante dei finanziamenti concessi alle imprese colpite dalle misure di contenimento dell'epidemia covid-19, consegnano al giurista un nuovo angolo di osservazione sul classico tema dell'obbligo di far credito in capo alle banche e di un corrispondente diritto soggettivo al credito dei richiedenti il finanziamento[28].
La riflessione teorica sul tema, da sempre incentrata sul bilanciamento tra la funzione "costituzionale" che si suole riconoscere all'attività di erogazione del credito e la

---

[23] Trib. Napoli 26 Aprile 2000, Trib. Roma, 25 marzo 2000 e Trib. Cassino, 12 luglio 2000.

[24] E.FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, p. 80.

[25] Si veda saggio a cura di N.COLAIANNI, *Introduzione, Urgenza, emergenza e diritto pubblico,* in *L'impatto delle situazioni d'urgenza sulle attività umane,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p.3

[26] Si veda saggio a cura di R.MARTINO, *Situazioni d'urgenza e diritto processuale dell'emergenza,* in *L'impatto delle situazioni d'urgenza sulle attività umane,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p.484.

[27] Si veda saggio a cura di N.CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da Covid-19 sui contratti,* in *Il diritto di fronte all'emergenza- un percorso interdisciplinare,*Edizioni scientifiche italiane , Napoli, 2020, p. 48.

[28] P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *En. dir.,* XXIX, 1979, p. 529 ss.

libertà di iniziativa economica d'impresa[29], si arricchisce di nuovi spunti : al giurista si chiede se sia o meno da rimediare la consolidata idea dottrinale dell'estraneità alle imprese bancarie di un obbligo di far credito e se l'instaurazione dei rapporti negoziali con le imprese, più che momento di esercizio dell'autonomia contrattuale delle banche, non sia piuttosto da inquadrarsi in una logica di funzionalizzazione dell'impresa bancaria al raggiungimento di finalità pubbliche, così traducendosi in un vero e proprio obbligo a contrarre[30].
Rilevano, ai fini di un'esauriente trattazione dell'argomento, le disposizioni introdotte dal Decreto Liquidità, nella parte in cui si prevede che gli enti autorizzati all'esercizio del diritto di credito si avvalgano della garanzia concessa dal Fondo centrale PMI, semplificando l'accesso alla liquidità da parte di soggetti che attestino di essere stati danneggiati dalla situazione emergenziale Covid-19.
Ad una prima lettura, basata su un'esegesi letterale del nuovo impianto normativo, sembrerebbe che il decreto introduca per l'istituto finanziatore, ponendolo in una posizione giuridica passiva, una doverosità di accettazione rispetto alla pretesa avanzata dal cliente; tutto ciò sarebbe giustificato nell'ottica di snellimento procedurale.
Una parte della dottrina ritiene, infatti, che nel difficile scenario pandemico, un ruolo determinante è certamente assunto dalla disciplina precontrattuale nei contratti di credito: la valutazione del merito creditizio, oggi, dovrebbe rispondere a criteri meno stringenti di quelli tradizionalmente utilizzati, a maggior ragione in presenza di garanzie forti come quella statale, diretto e/o indiretta per il tramite della SACE[31].
Tuttavia, appare evidente che l'omissione di ogni valutazione delle condizioni economiche, finanziarie e patrimoniali del richiedente il credito, implica una palese deviazione dei canoni della legalità e dell'*agere* professionale degli intermediari creditizi[32].
Sul punto, recente giurisprudenza di merito[33] ha, infatti, precisato che "*la banca ha sempre il diritto di verificare la fattibilità di un'operazione. Tale diritto non risulta derogato dal c.d. Decreto liquidità (D.L. 23/2020), che ha previsto garanzie pubbliche per favorire l'accesso al credito di imprese piccole, medie e grandi durante il periodo emergenziale dovuto al Covid-19.*"
La valutazione del merito creditizio si pone, da un alto, a tutela della stessa banca concedente il finanziamento, che grazie a quell'attività preventiva si mette al riparo dal rischio di inadempimento del debitore. Da altra prospettiva, patrocina l'ordine dei mercati e la solidità del sistema bancario: l'interesse ad una corretta allocazione delle risorse sarebbe vanificato da finanziamenti male impiegati, con riflessi negativi sull'intero sistema economico[34].
Dal punto di vista squisitamente normativo, il dovere di valutare l'obbligo creditizio si desume da una specifica norma di diritto derivato[35], che definisce un insieme di condotte prudenziali a cui le Banche devono attenersi e, nello specifico, vieta alle stesse di detenere crediti eccessivamente rischiosi stabilendo, parimenti, criteri predittivi in grado di valutare il merito creditizio del cliente.
In Italia, peraltro, la disciplina comunitaria risulta corredata dal principio della "sana e prudente gestione", ricavabile dall'art. 5 TUB, in ottemperanza al quale "*le autorità*

---

[29] F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, p. 587.

[30] Sul punto si veda P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, cit., p. 531.

[31] Si veda R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *giustiziainsieme.it,* 2020, p.3.

[32] Sul punto si veda Audizione del capo del dipartimento di vigilanza bancaria e finanziaria della Banca D'Italia, dott. P. ANGELINI, sulle iniziative della Task Force per la liquidità del sistema bancario nell'emergenza sanitaria.

[33] Trib. Brindisi, ord. 7 Agosto 2021.

[34] F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formati: a proposito del diritto di credito*, cit., p. 587.

[35] Si veda Reg.(UE) n. 575/2013 e Dir.(UE) n. 36/2013.

creditizie esercitano i poteri di vigilanza e esse attribuiti dal presente decreto, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia"[36].

Giova esaminare una pronuncia della Suprema Corte in cui ha avuto modo di precisare che "*sebbene nel nostro ordinamento non esista un dovere generale di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono molteplici situazioni dalle quali possono nascere, per i soggetti coinvolti, doveri e regole d'azione, la cui inosservanza integra gli estremi di un'omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile. In particolare, dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire culpa in omittendo.*
Il dovere primario dei soggetti dell'ordinamento bancario, informato alla tutela dell'interesse pubblico, collegato alla raccolta del risparmio e alla erogazione del credito, consiste in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche"[37].

Alla luce di quanto sopra esposto, possiamo concludere affermando che la banca non ha un obbligo di erogazione del credito nei riguardi del cliente, ma che esso rappresenta una mera facoltà, peraltro subordinata ad una valutazione che tenga conto non solo del fattore di rischio individuale, ma anche e soprattutto della propria situazione patrimoniale complessivamente considerata.

3. Il caso: Trib. Bologna, Sez III, Ord., 02/10/2020

Con ricorso cautelare ex art. 700 c.p.c., una s.r.l. chiedeva di ordinare ad una s.p.a. la disposizione delle moratorie previste dalla legislazione d'emergenza e di effettuare la rinegoziazione dei crediti vantati nei confronti della ricorrente.
Deduceva, nello specifico , di avere in essere con detta s.p.a. una linea di credito per anticipazioni su flussi Italia di euro 300.000, con scadenza 13 Marzo 2020, una linea di credito per anticipazioni su flussi estero di euro 500.000, con scadenza 19 Febbraio 2020 e il contratto di mutuo chirografario del 19 Giugno 2019 di cui residuavano euro 471.295.00, le cui obbligazioni venivano adempiute regolarmente fino all'inizio del c.d. " *lockdown*", allorquando-a causa delle difficoltà economiche per mancato reperimento della liquidità- chiedeva la concessione della c.d. moratoria dei pagamenti, come prevista dall'art. 56, D.L. n. 18 del 2020 e, successivamente, la rinegoziazione del debito complessivo, in applicazione dell'art. 13 D.L. n. 23 del 2020.
La società ricorrente riteneva, pertanto, sussistenti il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, quest'ultimo rinvenibile nell'aggravamento delle difficoltà economiche causato dalla mancata applicazione delle misure di sostegno.
Il Giudice adito, rilevando l'insussistenza dei presupposti cautelari, rigettava il ricorso e fissava udienza di discussione.
La società per azioni si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del suddetto ricorso, eccependo la carenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.
Nello specifico, con riguardo alla richiesta inerente alla moratoria dei pagamenti, la società rilevava la mancanza dei requisiti soggettivi per accedere alla misura di sostegno di cui all'art. 56,co 4, D.L. n. 18 del 2020, stante l'inserimento della creditrice nella categoria dei crediti deteriorati -ed in particolare nella sottoclasse delle inadempienze probabili- a seguito di delibera assunta dalla Banca prima della richiesta di moratoria.
Relativamente alla rinegoziazione, la società per azioni faceva presente la mancata sussistenza di un obbligo per le banche e gli intermediari finanziari di rinegoziare il

[36] Cfr. art. 5 TUB.
[37] Cass., 13 gennaio 1993, n. 343.

credito.
Il giudice della cautela, in virtù di quanto sopra esposto, ha rigettato il ricorso per insussistenza dei presupposti cautelari. In particolare, con riferimento alla richiesta di moratoria, lo stesso evidenziava che l'art. 56 del Decreto Legge n.18 del 2020, introduce misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia da Covid-19, permettendo a queste ultime di avvalersi, dietro comunicazione, di una serie di benefici nei confronti di istituti finanziari dietro autocertificazione di aver subito in via temporanea carenze di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione della pandemia.
Il co 4, dispone che per poter accedere al beneficio, l'impresa richiedente non deve avere esposizioni debitorie classificate come esposizioni creditrici deteriorate.
La valutazione della Banca veniva fondata su fatti di inadempimento precedenti all'emergenza sanitaria. Per tali motivi, l'impresa ricorrente aveva una elevata esposizione debitoria non ricollegabile alla diffusione dell'epidemia da Covid-19, essendo l'ingente debito evidentemente maturato già in un momento precedente.
Con riferimento, invece, alla richiesta di rinegoziazione, il giudice adito sosteneva che l'art. 13 del Decreto Legge n.23 del 2020 non introduce un obbligo per le banche, ma prevede delle misure per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza e che non si poteva interpretare la norma nel senso di attribuirle un significato maggiore di quello risultante dal dato testuale senza sconfinare in una interpretazione analogica. Parimenti, non si può imporre ad un istituto bancario di concedere dei diritti che si tradurrebbero in una compromissione della loro sfera economica.
Il giudice, pertanto, evidenziava come la norma va interpretata nel senso che alla Banca non è stato sottratto il diritto di accettare o meno la rinegoziazione in relazione alla valutazione del merito creditizio, tanto più considerando che tale valutazione è doppiamente necessaria al fine di garantire non solo gli interessi della banca, ma il buon uso del denaro pubblico, di cui la predetta disposizione consente l'utilizzo e la destinazione, secondo apprezzamento squisitamente fondato sull'affidabilità e la solidità dell'operatore economico[38].
Le considerazioni che precedono hanno indotto l'organo giudicante a statuire in ordine alla mancanza del *fumus boni iuris*, la quale ha reso superflua ogni ulteriore indagine relativa al *periculum in mora*, precisando, parimenti, che l'evento "coronavirus" ha investito la generalità dei rapporti contrattuali e non può costituire un pregiudizio imminente *in re ipsa*, idoneo alla concessione di tutela di cui all'art. 700 c.p.c.

4. *Relational Contracts*: gestione delle sopravvenienze perturbative nel contesto emergenziale Covid-19

Le misure di contenimento della pandemia, nell'inibire una serie di attività, hanno impattato sulla concreta possibilità di eseguire determinate prestazioni, talvolta perché l'attività del debitore risultava vietata dalle misure interdittive; in altri casi perché il creditore non poteva usufruire della medesima. In altre ipotesi ancora, le misure anti-covid hanno inciso propriamente sulla possibilità di eseguire o ricevere la prestazione, ma hanno prodotto il venir meno, totale o parziale, della sua utilità in relazione agli interessi del creditore.
Ovviamente, ogni interdizione di una determinata attività non poteva che comportare conseguenze a catena[39].
Invero, va sottolineato che i termini della questione assumono connotati diversi a seconda che il contratto già concluso tra le parti, sia ad esecuzione istantanea, ma differita ovvero sia un contratto di durata.
In presenza di rapporti contrattuali destinati a durare nel tempo, soprattutto nel

[38] Trib. Bologna, sez. III, ord., 2 ottobre 2020.
[39] Si veda saggio a cura di N.CIPRIANI, *L'impatto del lockdown sui contratti,* in *op. cit.* Edizioni Scientifiche, Napoli, 2020,p 49.

governo di una realtà economica figlia dell'emergenza sanitaria da Covid-19,i rimedi caducatori, predisposti in caso di eccessiva onerosità della prestazione, si rivelano spesso inabili e insufficienti perché la cessazione del rapporto difficilmente risponde all'interesse delle parti.
In tale contesto, i contratti si qualificano come strumento di attuazione della politica economica generale. Lo sono, in particolare, i contratti di credito, posto che l'*helicopter money,* cioè il trasferimento diretto di risorse monetarie, è stato attuato solo in favore delle famiglie, mentre, per il trasferimento alle imprese, la cinghia di trasmissione delle politiche economiche emergenziali è offerta, *more solito*, dalle banche.
In questo scenario, un ruolo determinante lo hanno le regole di condotta precontrattuale, che secondo una parte della dottrina dovrebbero rispondere a criteri meno stringenti di quelli tradizionalmente utilizzati, ciò a maggior ragione in presenza di garanzie forti come quella statale, diretta e/o indiretta per il tramite della SACE. Tuttavia, la procedura standardizzata con cui operano le banche rappresenta un grave ostacolo all'erogazione di credito "emergenziale"[40].
Nell'esperienza anglosassone si parla di *relational contracts* con riferimento proprio a quei contratti che servono a realizzare operazioni complesse destinate a protrarsi per un determinato periodo di tempo.
A tal proposito, ci si chiede cosa accada qualora si verifichi una sopravvenienza che incide in maniera notevole sull'equilibrio contrattuale originario e se possa essere introdotto, *de iure condendo*, un obbligo di rinegoziazione.
Alcuni autori[41] ritengono che la parte colpita dalla sopravvenienza perturbativa di un contratto di lunga durata, caratterizzato da investimenti specifici, possa, in ottemperanza al principio di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), chiedere, anziché la risoluzione del contratto, la rinegoziazione dell'accordo.
Nello specifico, la buona fede offre un rimedio conservativo, che obbliga le parti a curare il contratto, apportando le modifiche necessarie a tenerlo in vita, nonostante il mutare delle circostanze; la violazione dell'obbligo di rinegoziare fa sorgere responsabilità per inadempimento in capo al contraente che si rifiuti di riaprire le trattative[42].
Altra parte della dottrina sostiene che la rinegoziazione non possa assurgere a principio generale poiché tale obbligo finirebbe per determinare una sorta di ritrattabilità unilaterale del contratto.
In altri termini, l'introduzione di un obbligo di rinegoziazione, in assenza di un dato normativo espresso, sulla sola base di clausole generali, avrebbe una funzione eversiva rispetto alle norme codificate.
Pur in presenza di un dibattito in sede teorica, il legislatore non è intervenuto a modificare o integrare la disciplina degli artt. 1467 ss. c.c.
Ci si può chiedere, al più, se sia consentito all'interprete rideterminare tale fattispecie in senso restrittivo, coniugandola con la disposizione generale dell'art. 1175 c.c. e se siano enucleabili classi di fattispecie rispetto alle quali sia possibile applicare analogicamente l'art. 1664 c.c.
Dal confronto degli interessi in gioco risulta preferibile la soluzione volta a ritenere che lo spazio per l'applicazione analogica della tecnica rimediale della revisione (art.1664 c.c.) vada circoscritto ad alcune ipotesi in cui ricorrono i profili del carattere relativamente infungibile della prestazione e della posizione di subordinazione del debitore rispetto alla sfera organizzativa del creditore.
Nella generalità dei casi, invece, il rimedio di cui all'art. 1467 c.c. può ritenersi

---

[40] R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in giustiziainsieme.it, 2020, p. 4.
[41] Sul punto si veda C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale,* in *Riv. dir. civ.,* 1983, I, p. 128 ss.
[42] In questo senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti*, Napoli, 1996, p. 401.

razionale perché, in caso di prestazioni non specificatamente conformate alla richiesta del creditore, l'interesse al mantenimento del rapporto non risulta meritevole di maggior tutela rispetto al contrapposto interesse del creditore alla libertà di iniziativa economica[43]

Sul tema non si è formato un costante orientamento giurisprudenziale, anche se il sopravvenire dell'epidemia da Covid-19 ha indotto la Suprema Corte a pubblicare un documento sulle "novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid19 in ambito contrattuale e concorsuale"[44].

Il massimo organo della nomofilachia ha avuto modo di precisare che "*è la buona fede, sotto i diversi versanti (esecutivo, interpretativo) in cui viene in rilievo, ad imporre ai contraenti di rendersi disponibili alla modificazione del contratto, allorchè la parte interessata a mantenere in essere un rapporto in senso aderente alla concreta realtà del mercato, inviti l'altra a rinegoziare. E rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni di adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute.*

Verosimilmente sarà il contraente svantaggiato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, indicando altresì le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite.

L'altro contraente dovrà condurre la rinegoziazione in modo costruttivo. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti sono, anche in questa occasione, offerti dalla clausola generale della buona fede, che non è regola di contenuto, ma giustappunto sulla condotta.

Adottare quali rimedi la risoluzione o il risarcimento del danno significherebbe regredire al risultato che l'obbligo di rinegoziazione vuole evitare e cioè la distruzione del contratto"[45]*.*

La Suprema Corte, sembra, pertanto, aver riconosciuto una tendenza ampliativa dell'art. 1467 c.c., ultimo comma, facendo leva, in particolare, sul canone della buona fede, nella prospettiva di valorizzare il principio di conservazione del contratto.

Da un lato, la buona fede -sul piano interpretativo- impone di interpretare il contratto nel senso che lo stesso si giustifica sulla base di determinati presupposti e non può essere mantenuto in vita se essi sono venuti meno.

Dall'altro lato, -sul piano integrativo esecutivo- la buona fede impedisce che la parte pretenda l'esecuzione del contratto senza modifiche, pur sapendo che l'equilibrio contrattuale è venuto meno.

In altri termini, il contratto deve essere revisionato non solo nei casi tipizzati, ma in via generale in presenza di fatti sopravvenuti che impediscano la realizzazione del programma contrattuale o che ne turbino l'equilibrio.

Il principio *pacta sunt servanda,* varrebbe a condizione che non siano modificate le situazioni in base alle quali il contratto era stato pattuito; pertanto,la vincolatività del contratto sarebbe subordinata alla mancata modifica sostanziale delle circostanze tenute presenti al momento della pattuizione.

In particolare, la Corte di legittimità sostiene che l'intangibilità dell'equilibrio contrattuale è stata fortemente depotenziata dall'introduzione del principio comunitario del sindacato sull'equilibrio contrattuale: così come il giudice può valutare l'originario squilibrio del contratto, può parimenti dare rilevanza agli squilibri sopravvenuti, dovuti a circostanze imprevedibili e non imputabili ad alcuna delle parti.

Meritano attenzione, infine, le regole individuate in sede scientifica nei *Principi Unidroit* e nei *Principles of European Contract La,* redatti dalla Commissione Lando, in materia di *hardship,* per il verificarsi di eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio

---

[43] Sul punto si veda R. GIOVAGNOLI, *Il contratto*, Torino, 2020, p. 768.

[44] Si veda G. SBISA', *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contr. impr.,* 2022, p. 20.

[45] Relazione tematica, n.56, p. 24

del contratto.
In particolare, nel *Principle 13* si sottolinea l'importanza di assicurare l'effettività delle normative esistenti in tema di impossibilità e forza maggiore, la necessità di valutare l'allocazione dei rischi secondo la buina fede; l'opportunità, quando le prestazioni sono divenute impossibili o eccessivamente onerose, di veicolare le parti " *in accordance with the principle of good faith*", verso forme di rinegoziazione anche se non previste dal contratto[46]
Altresì, i principi unidroit attribuiscono alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, purchè la richiesta venga motivata e presentata senza ritardo.
Tuttavia, è necessario sottolineare che i *Principles* richiamati riguardano non definiscono il *modus operandi* circa il raggiungimento dell'obiettivo, ma si limitano alle effettive soluzioni.
Peraltro, se si ammette che nel nostro sistema, in base alla clausola della buona fede, ci sia un obbligo di rinegoziazione a carico della parte contrattuale più forte, si pone il problema di stabilire se in caso di inadempimento di tale obbligo il rimedio sia soltanto la domanda di risarcimento del danno e di risoluzione del contratto o anche la domanda di intervento costitutivo del giudice.
In verità, secondo la posizione assunta nella relazione in commento, la parte che a causa di inadempimento dell'altra, non ottiene questo contratto modificativo avrebbe diritto di chiedere al giudice che lo costituisca per sentenza ex art.2932 c.c.
Ciononostante, mancherebbe un elemento costitutivo dell'art. 2932 c.c. e cioè la completezza del contratto: invero, la citata disposizione fa riferimento ad una sentenza che esegue l'inadempiuto obbligo di stipulare un contratto, il cui contenuto sia già stato predeterminato dalle parti nel contratto preliminare; qui invece si chiederebbe al giudice si sostituire le parti in una fallita contrattazione. Per cui, a meno che la contrattazione abbia criteri direttivi puntuali fissati dalle parti, l'intervento giudiziale appare inammissibile.
Premesso che la situazione emergenziale suggerisce di per sé un contemperamento del principio di vincolatività del contratto con l'altro principio del *rebus sic stantibus*, occorre chiedersi se l'evento "Coronavirus" possa, in assenza di pregiudizio tale da distinguere la posizione del contraente nel quadro più generale dei rapporti contrattuali, costituire in *re ipsa* un pregiudizio imminente ed irreparabile idoneo a radicare la tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c., il cui impiego si suole ammettere ove la situazione giuridica dedotta sia da qualificarsi come "diritto soggettivo perfetto": un diritto al credito, che, senza spazio alcuno per una valutazione del merito creditizio, dovrebbe automaticamente ritenersi sussistente in capo all'impresa ricorrente[47].

5. Osservazioni conclusive

Il giudice cautelare del Tribunale di Bologna[48], nell'ambito delle sue argomentazioni ha escluso che l'erogazione del finanziamento costituisca atto dovuto dalla banca e ciò in virtù dello stesso tenore testuale dell'art. 1, VI comma, del c.d. decreto liquidità, nella parte in cui afferma che le banche trasmettono la richiesta di garanzia a SACE s.p.a. solo in seguito ad un esito positivo del procedimento di delibera di erogazione del finanziamento.
In particolare, nel caso che ci occupa, la società ricorrente, aveva un'elevata esposizione debitoria e non vi erano le condizioni per poter affermare che essa fosse frutto di una temporanea carenza di liquidità dovuta alla diffusione dell'epidemia da Covid-19, essendo l'ingente debito maturato in momento precedente.

---

[46] Si veda saggio a cura di N.CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da Covid-19 sui contratti,* in *op.cit.* Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2020 , p. 52.

[47] Si veda E. BIVONA, *L'obbligo di far credito nelle discipline emergenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2022, 99.

[48] Trib. Bologna, sez. iii, ord. 2 ottobre 2020.

Giova ricordare in questa sede che lo studio del rapporto tra situazioni d'urgenza e tecnica di tutela processuale rimanda immediatamente ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c., quale strumento elettivo per fronteggiare le situazioni caratterizzate dall'urgenza del provvedere, al di là delle ipotesi tipiche previste dal codice di procedura civile.
La materia della tutela cautelare atipica si caratterizza, in primo luogo, per aver rappresentato un rilevante esempio di formazione giudiziale del diritto, sia sostanziale che processuale[49]. Tale fenomeno risulta, poi, fortemente connotato dalla discrezionalità del giudice.
Iniziando dal primo profilo, è pacifico che, sul piano del diritto sostanziale, la tutela d'urgenza ha contribuito non poco a coniare nuovi diritti soggettivi, o quanto meno a conferire vita reale ed effettiva a situazioni soggettive che prima non esistevano, se non altro con la medesima forza.
Sul piano processuale, è altrettanto noto che la tutela cautelare d'urgenza ha guadagnato uno spazio applicativo molto vasto specialmente nella direzione della funzione anticipatoria, con la conseguenza che l'istituto è stato chiamato a svolgere, in misura via via più ampia, un delicato compito di composizione delle controversie[50].
Alla base di questo rilevante fenomeno c'è indubbiamente l'ampia discrezionalità del giudice sottesa alla previsione dell'art. 700 c.p.c. Ciò spiega, indubbiamente, la dimensione sempre più vasta che l'attività "creativa" di origine giudiziale ha acquistato nel corso del tempo; nel contempo ripropone, però, il problema non nuovo dei limiti del potere discrezionale del giudice[51] e del suo controllo, anche in considerazione del confine assai sottile che separa la discrezionalità dall'arbitrio.
A scanso di equivoci, va subito precisato che la questione viene qui esaminata nel quadro della concezione secondo cui l'art. 700 c.p.c., ha previsto un'azione cautelare generale a beneficio della parte, nella prospettiva dell'attuazione dei diritti soggettivi degli utenti della giustizia[52].
L'azione cautelare esercitata dalla parte fissa i confini entro i quali può essere esercitata la giurisdizione: il potere discrezionale del giudice, per quanto ampio, deve essere coordinato all'azione di parte, di modo che il fondamento sostanziale di tale azione rappresenti la misura ed il limite di quel potere[53].
Invero, l'art. 700 c.p.c., prevede la concessione del provvedimento d'urgenza ad istanza di chi abbia "fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile".
A tal proposito, autorevole dottrina [54] ha specificato che "*si tratta di diritti che si caratterizzano per avere, come oggetto mediato, un bene della vita, e dalla coincidenza tra la loro titolarità soggettiva e l'esercizio delle facoltà allegate"*
Con riferimento al *periculum in mora*, occorre caratterizzarlo strutturalmente, atteso che la sua tralatizia definizione in termini di "pericolo da ritardo", lo individua unicamente dal punto di vista della funzione. Nello specifico, emerge la necessità che il presupposto cautelare contenga in sé la valutazione della probabile futura lesione della situazione giuridica di vantaggio oggetto del processo, derivante da un'attuale

---

[49] Si veda, A. PANZAROLA e R. GIORDANO, *I provvedimenti d'urgenza,* in *Commentario del Codice di Procedura Civile ,* Zanichelli, Bologna, 2016, p.11

[50] Si veda saggio a cura di R. MARTINO, *Provvedimenti d'urgenza, potere discrezionale del giudice e controllo endoprocessuale,* in *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p.589 ss.

[51] A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice, Esposizione critica della dottrina , Nozione Generale, Padova 1927, vol* I.

[52] Si veda saggio a cura di R.MARTINO, *Provvedimenti d'urgenza , potere discrezionale del giudice e controllo endoprocessuale,* in *op.cit.* , Giuffrè, Editore , Milano, 2017, p. 590 ss.

[53] Si veda saggio a cura di R. MARTINO, *Provvedimenti d'urgenza, potere discrezionale del giudice e controllo endoprocessuale,* in *op.cit.,* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p. 596.

[54] C. CALVOSA, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Nss. Dig. it.*, 1967, p. 445.

esposizione ad un pericolo[55] .
In altre parole, consiste in un nesso eziologico tra un evento (l'esposizione al pericolo) e un probabile danno.
Il *periculm in mora*, non può consistere in un mero timore soggettivo, ma deve essere oggettivato, deve cioè trovare fondamento in un fatto o in più fatti univoci e concordanti[56].
A tal proposito, la recente giurisprudenza di merito [57], ha dichiarato legittimo il provvedimento di sospensione dal lavoro senza retribuzione adottato da un datore di lavoro di una RSA nei confronti di due lavoratrici che avevano rifiutato il vaccino anti-Covid-19 e ha avuto modo di precisare che "*l'esistenza del periculum in mora deve essere accertata caso per caso in relazione all'effettiva situazione socio economica del ricorrente".*
Nel momento in cui si è abbandonata l'idea che il periculum consista nel solo pericolo da ritardo con cui viene erogata la tutela giurisdizionale in via ordinaria, non si hanno difficoltà a percepire che il presupposto in esame sia subordinato alla sussistenza del *fumus boni iuris[58].*
Parimenti, nel caso che impegna la seguente trattazione, la ricorrente non ha dimostrato che l'aggravio della sua posizione debitoria fosse causalmente collegato alla mancata concessione della moratoria o alla mancata rinegoziazione.
La sensazione, in tal caso, è che la situazione creata dalla pandemia abbia delle peculiarità che non consentono di considerarla pienamente riconducibile alle classiche ipotesi di squilibri e sopravvenienze contrattuali.
Infatti, non siamo di fronte ad una "normale" sopravvenienza che impatta sul singolo rapporto contrattuale, bensì ad una crisi sistemica che ha toccato e tocca, sia pur con diverse punte di intensità, la gran parte delle attività economiche. La pandemia, oltre tutto, diversamente da altre ipotesi di sopravvenienza, può facilmente comportare una situazione di difficoltà e di vulnerabilità economica per entrambe le parti del rapporto, ovvero per l'una o per l'altra senza però che si possa determinare a priori e in astratto quale sia il soggetto maggiormente meritevole di tutela, anche perché la maggiore o minore meritevolezza può non dipendere dalla singola negoziazione, ma dalla generale condizione del mercato e da quella specifica di ciascuna delle parti. Non basta, infatti, che il lockdown abbia impattato sull'assetto contrattuale determinato dalle parti, occorrendo anche una verifica più penetrante sulle peculiarità del caso concreto e, più in generale, sulle conseguenze a livello di sistema.[59]
Per le ragioni che sono state sopra esaminate, deve seriamente dubitarsi dell'esistenza di un obbligo a rinegoziare a carico delle banche.
Determinarsi diversamente significherebbe configurare una vera e propria funzionalizzazione della banca all'assolvimento di interessi pubblici.
In altre parole, essa si ritroverebbe a rivestire un "ufficio" di diritto privato, piegato al soddisfacimento di interessi della collettività[60].
Non può non ritenersi che l'emergenza, per sua natura, costituisca un momento di frattura con la tipicità dei rimedi previsti dall'ordinamento, che richiede nuove forme di bilanciamento tra diritti, anche al di fuori del sinallagma contrattuale. Essa implica certamente l'urgenza di intervenire, ma si fonda su situazioni complesse in cui il pericolo di danno riguarda più beni giuridicamente protetti, determinati, ma anche

---

[55] Si veda M. BINA, *Il periculum in mora come chiave di volta per una rivisitazione della tutela cautelare*, in tribunale.varese.it, 2010, p. 48.

[56] E. MERLIN, *Provvedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ.,* XIV, 1996, p.403 ss.

[57] Trib. Modena, sez. lav.., 23 luglio 2021, n. 2647.

[58] M. BINA, *op. cit.,* p. 49.

[59] Si veda saggio a cura di N.CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da Covid-19 sui contratti,* in *op.cit.,* Edizioni scientifiche italiane , Napoli, 2020, p. 54 ss.

[60] Si veda R. DI RAIMO, *Ufficio di diritto privato e carattere delle parti professionali quali criteri ordinati della negoziazione bancaria e finanziaria*, in *Giust. civ.,* 2017, p. 321 ss.

indeterminabili; una categoria di situazioni che si lasciano strutturalmente non fronteggiate e non risolte in modo da intervenire con continui provvedimenti in deroga, i cui effetti sono connotati da contorni giuridici inediti e da orizzonti temporali estesi, se non addirittura del tutto ignoti.

In questi casi si potrebbe parlare per ossimori di una "emergenza strutturale" di alcune situazioni e di una "straordinarietà normale" delle relative discipline giuridiche[61]. Sicché, lo scrutinio del giudice concernente l'esistenza dei presupposti cautelari diviene maggiormente cogente, nella prospettiva – anche in questa tremenda contingenza storica- di un ordine processuale isonomico[62].

Pertanto, è doveroso evidenziare che presupposto fondamentale per poter fruire della rinegoziazione è che il *fumus* sia conseguenza diretta della grave situazione pandemica secondo un nesso di causa-effetto.

Tale valutazione non può prescindere dall'analisi delle peculiarità che riguardano il caso concreto. Ragionare diversamente significherebbe non dare il giusto rilievo al contesto nel quale quel contratto si colloca.

In altri termini, non si può ammettere che fra la situazione emergenziale e l'urgenza processuale vi sia un nesso naturale intrinseco tale da giustificare l'esistenza vivida ed immediata del *fumus boni iuris,* al quale si subordina la valutazione circa la sussistenza del *periculum in mora:* è, infatti, consentito ottenere la tutela di una situazione giuridica di vantaggio quando essa risulti sussistente e la relativa domanda giurisdizionale appaia ,almeno *prima facie*, fondata.

www.LaNuovaProceduraCivile.com

---

[61] Si veda saggio a cura di N.COLIANNI, *Urgenza, emergenza e diritto pubblico" ,* in *L'impatto delle situazioni d'urgenza sulle attività umane",* Giuffrè Editore, Milano, 2017, p.3 ss.

[62] Si vedda saggio a cura di A.PANZAROLA-MARCO FARINA, *Il processo civile sotto l'incubo del coronavirus,* in *Il diritto di fronte all'emergenza – un percorso interdisciplinare,* Edizioni scientifiche italiane , Napoli, 2020, p. 224.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**l'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Ilaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni **(Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalo (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO

Distribuzione commerciale: ***Edizioni DuePuntoZero***

www.LaNuovaEcologia.com