



26 GENNAIO 2022

Effetti del *lockdown* sui contratti di
diritto privato. Un dialogo tra
esperienze giuridiche

di Salvatore Aceto di Capriglia
Professore associato di Diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"



Effetti del *lockdown* sui contratti di diritto privato. Un dialogo tra esperienze giuridiche*

di Salvatore Aceto di Capriglia

Professore associato di Diritto privato comparato
Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Abstract [It]: I recenti provvedimenti d’urgenza emanati dalle autorità pubbliche, a seguito della pandemia da Covid-19, hanno cagionato, tra l’altro, rilevanti ricadute nell’esecuzione di una molteplicità di contratti stipulati alla data del “lockdown”. Laddove alcuni orditi normativi avevano già in precedenza provveduto a riformare il diritto dei contratti, contemplando degli strumenti utili in caso di sopravvenienze, mutuando l’insegnamento dall’esperienza del commercio internazionale (*soft law*), lo Stato italiano si è trovato “impreparato” e con un disegno di legge all’attualità in *stand-by*. La necessità di una revisione del segmento giuridico afflitto dalle criticità, in chiave moderna e funzionale e alla luce del *ius alii loci* (inglese, francese e tedesco), appare, all’attualità, improcrastinabile.

Abstract [En]: The recent emergency measures issued by the public authorities, because of the spread of the pandemic from Covid-19, have caused significant repercussions in the execution of a multiplicity of contracts stipulated on the date of “lockdown”. Where some regulatory frameworks had previously reformed the law of contracts, contemplating useful tools in case of contingencies, borrowing the teaching from the experience of international trade (*soft law*), the Italian state found itself “unprepared” and with a bill which is currently on stand-by. The need for a review of the legal segment afflicted by critical issues, in a modern and functional key and in the light of the *ius alii loci* (English, French and German), appears to be urgent at present.

Parole chiave: Covid-19; sopravvenienze; soft law; diritto dei contratti, buona fede oggettiva

Keywords: Covid-19; contingencies; soft law; contract law, objective good faith

Sommario: 1. Diritto pubblico in tempi pandemici e ricadute dei provvedimenti d’urgenza sui contratti di diritto privato. 2. I rimedi apprestati dal diritto internazionale. Le *hardship clauses* e la crisi di Suez. 3. Dalla ricostruzione diacronica all’emersione della necessità della normazione. I Principi *Unidroit* e i progetti di uniformazione di matrice europea del diritto dei contratti (PECL). 4. L’esperienza nella *common law*. *Impossibility, frustration, force majeure* e clausole “MAC”. 5. La riforma del Codice civile tedesco in tema di obbligazioni del 2002 e il §313 BGB. Applicazione della clausola generale della buona fede oggettiva (§242 BGB). 6. La novella codicistica francese del 2016 e la riforma dell’art. 1195 *Code civil*: le possibili ripercussioni in ambito domestico. 7. Le soluzioni individuate nell’ordinamento nazionale. 8. Disamina dell’intervento normativo: l’art. 91, d.l. n.18/2020 (c.d. “Cura Italia”) e il d.l. n. 6/2020. La creazione della figura del debitore “immune”? La necessità di un corretto bilanciamento degli interessi meritevoli. 9. Primi arresti giurisprudenziali in tema di rinegoziazione alla luce degli eventi pandemici. 10. Osservazioni critiche in merito al giacente disegno di legge di riforma del Codice civile.

1. Diritto pubblico in tempi pandemici e ricadute dei provvedimenti d’urgenza sui contratti di diritto privato

La corrente pandemia da SARS-CoV-2¹ ha stravolto le vicende giuridiche inerenti agli ordinari rapporti negoziali. Innanzi a tale catastrofico scenario, tanto gli interpreti che le Corti hanno progressivamente

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il coronavirus 2 da sindrome respiratoria acuta grave, abbreviato in SARS-CoV-2 (acronimo dall’inglese *severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*), come tristemente noto, è un ceppo virale appartenente alla sottofamiglia dei coronavirus.

preso coscienza della biasimevole inadeguatezza dell'ordinamento giuridico domestico, inerente principalmente alla capacità di governare tali situazioni contrattuali tragicamente complesse. È in tale prospettiva che la componente dogmatica e quella pretoria hanno avviato un processo di ricerca euristica, finalizzato ad individuare una base normativa per la praticabilità di soluzioni che fossero rispettose del parametro della buona fede oggettiva, oltreché adeguate, secondo equità, al riequilibrio delle posizioni contrattuali, precedentemente compromesse. Tale affannosa rincorsa al rimedio ritenuto di volta in volta più adeguato è stato nei fatti ostacolata dalla frammentarietà con la quale il legislatore dell'emergenza è intervenuto nel disciplinare e regolare gli effetti scaturenti dall'evento pandemico.

In via preliminare, è da segnalare che una seppur stringata disciplina di risposta a situazioni emergenziali era già contenuta, sin a partire dal 2018, all'interno del codice della protezione civile². L'art. 5 del suddetto decreto costituisce oggi l'ancoraggio normativo che fonda la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri alla emanazione di ordinanze in materia di protezione civile, ancorché la norma fosse già prevista, da tempo, dalla legge di istituzione della Protezione Civile³. In via ulteriore, il medesimo testo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) (eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbano, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo), consente, ai sensi dell'art. 24, la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale⁴. Tali disposizioni rappresentano gli anelli ultimi di una 'catena normativa dell'emergenza' che trova, a sua volta, fondamento nei principi costituzionali⁵. Gli studiosi della materia hanno menzionato a tal proposito l'art. 5 Cost., *sub specie* di principio di indivisibilità della Repubblica. Allo stesso tempo, l'art. 87 Cost. sembra fondare la complementare regola della sua unità⁶. Da tale combinato disposto, e da una interpretazione sistematica degli articoli costituzionali previdenti il rispetto anche di principi fondamentali comuni agli altri Stati, sembra potersi desumere, secondo alcuni, un sovra-principio di *primum vivere e salus rei publicae*⁷.

I casi di infezione grave possono causare polmonite, insufficienza renale acuta, sino ad arrivare al decesso. Il virus è stato sequenziato genomicamente per la prima volta dopo un *test* di acido nucleico effettuato sui campioni provenienti da un paziente ricoverato nella città di Wuhan in Cina. Risulta fatto notorio la successiva propagazione globale dell'epidemia sino ai livelli riscontrabili al tempo presente. Per approfondimenti, cfr. AA.VV., *Genomic characterization of the 2019 novel human-pathogenic coronavirus isolated from a patient with a typical pneumonia after visiting Wuhan*, in *Emerging Microbes & Infections*, 2020, vol. 9, n. 1.

² D. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2018.

³ Legge 24 febbraio 1992, n. 225, in G.U. n. 64 del 17 marzo 1992. L'art. 1, comma 2, fondava una competenza sostanzialmente analoga a quella descritta dal novello testo unico.

⁴ Per approfondimenti, cfr. M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti nel mare pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2020, 2, p. 6 ss.

⁵ Cfr. ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 2020, 2, p. 109 ss. In tema anche G.U. RESCIGNO, *La catena normativa. Contributo al tema della fattibilità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 351 ss.

⁶ Per approfondimenti, cfr. G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 34 ss. L'autrice invoca altresì il parametro di cui all'art. 120, comma secondo, Cost., secondo il quale il Governo può sostituirsi alle Regioni e agli altri enti territoriali in presenza di "*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*" (cfr. spec. p. 38 ss.).

⁷ Cfr. M. LUCIANI, *ult. op. cit.*, p. 113.

Si tratterebbe di valori immanenti al sistema, che consentono al legislatore ordinario, e a quello subordinato, di intervenire in via del tutto legittima, con la emanazione di tutti i provvedimenti necessari al fronteggiare l'emergenza del caso concreto. Di conseguenza, dunque, la cospicua serie di decreti-legge che hanno seguito, ancorché con un certo ritardo, la dichiarazione dello stato di emergenza⁸. E, *a fortiori*, sono legittimi i numerosi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri che si sono susseguiti nel corso del tempo, anch'essi ancorati ai poteri della Presidenza previsti all'art. 5 e all'art. 3 del sopra menzionato decreto legislativo n. 1/2018. Le suddette norme vanno lette in combinato disposto con le singole previsioni degli specifici decreti legge, di cui risultano in ultima analisi, l'attuazione⁹.

Ricostruita in tal senso la catena normativa dell'emergenza, è facile avvedersi di come la componente governativa non sia intervenuta in modo uniforme in tema di materia contrattuale. La legislazione dell'emergenza Covid-19 ha toccato diverse aree del diritto privato (*lato sensu* inteso): dall'ambito lavoristico a quello societario (blocco degli obblighi di ricapitalizzazione a fronte di perdite di capitale, neutralizzazione del criterio di continuità aziendale, disapplicazione della postergazione dei finanziamenti

⁸ Sul ricorrere dei due presupposti della necessità e dell'urgenza, *nulla quaestio*. Sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei "provvedimenti provvisori con forza di legge" previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza. Sembra evidente, peraltro, che i decreti-legge in questione non possano essere iterati o reiterati: nonostante la peculiarità dello stato di emergenza, l'art. 77 Cost. non tollera d'esserne dimidiato e pretende d'essere osservato nella sua integralità. Cfr. A. RUGGERI, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, n. 4.

⁹ Alla fondazione dei decreti sia sul Codice della protezione civile sia sui decreti-legge che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge. Per approfondimenti cfr. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020, p. 2 ss. Non mancano letture critiche in merito alla legittimità formale e sostanziale degli atti normativi di natura amministrativa che si sono susseguiti nel corso di tale emergenza (ancora in essere); G. PERLINGIERI, *Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 1-2021, p. 77 ss., sottolinea: «Si può, infatti, senz'altro discutere della legittimità formale e sostanziale di taluni provvedimenti emanati a livello nazionale e regionale nello svolgersi dell'evento pandemico... vale dubitare della conformità a Costituzione di scelte di limitazione di diritti fondamentali come libertà personale, di circolazione e soggiorno, riunione, esercizio del culto e iniziativa economica, diritto al lavoro, diritti all'istruzione e alla cultura, di difesa, di voto – visti i rinvii di elezioni regionali e comunali, nonché del referendum costituzionale – compiute mediante la tecnica normativa del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o, a livello locale, delle ordinanze regionali o comunali, tutti atti di natura non legislativa, ma meramente amministrativa... A poco rileva che la fonte formale di attribuzione del potere di emanazione sia individuabile, come accaduto nella specie, in un decreto-legge (in particolare il n. 6/2020, in tema di «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», convertito dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, il quale ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di adottare, con uno o più decreti, le "misure urgenti").». Osserva inoltre l'A. sul piano sostanziale, che troppo poco rilievo è stato dato, soprattutto nella fase primigenia dell'emergenza, al bilanciamento degli interessi in gioco (ad es. applicando le stesse misure, troppo rigide e radicali, sia all'interno di metropoli site in Regioni con alta diffusione del virus, che in piccolissimi borghi situati in aree del Paese dove la malattia era di fatto assente. Con riferimento ai decreti legge 6 e 19 del 2020, in particolare alla sanzione amministrativa, divenuta "celebre", di 400 euro, prevista per coloro che fossero stati trovati, senza giustificato motivo, fuori dalle proprie abitazioni, il Giudice di pace di Frosinone aveva sollevato dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost. Nell'attesa del deposito della sentenza, il 23 settembre 2021, l'Ufficio stampa della Corte ha anticipato con un comunicato ufficiale la inammissibilità della censura. Ha inoltre giudicato non fondate le questioni relative al decreto legge n.19 in quanto avrebbe semplicemente attribuito al Presidente del Consiglio la funzione attuativa del decreto da esercitare mediante atti di natura amministrativa.

a soci e intragruppo); dalle crisi d'impresa (slittamento di un anno dell'entrata in vigore del "codice Rordorf")¹⁰ a numerosi interventi in ambito, appunto, negoziale. La previsione *prima facie* di maggior rilevante portata, per la sua valenza sistemica, è quella introdotta¹¹ dall'art. 91 del decreto legge n. 18/2020. Essa sembra avere due effetti: da un lato, il richiamo all'art. 1218 c.c. obbliga il giudice a valutare il rispetto delle misure di contenimento del contagio quali possibili cause di esclusione della responsabilità. Dall'altro, il rinvio effettuato all'art. 1223 c.c. sembra suggerire che il *lockdown* intervenuto in corso di pandemia costituisca evento idoneo a interrompere il nesso di causalità¹². Vi è poi una norma settoriale introdotta¹³ attraverso l'art. 28 d.l. n. 9/2020. Riguarda tutti coloro che abbiano acquistato titoli di viaggio (biglietti ferroviari, aerei, per autobus di linea, navi, traghetti ecc.) e non siano in grado di utilizzarli per ragioni di impedita mobilità da misure anti-contagio (soggetti in quarantena, abitanti in zone rosse, diretti in paesi stranieri che negano l'ingresso) oppure non abbiano più interesse a utilizzarli per altre ragioni legate a dette misure (il concorso o la manifestazione o lo spettacolo per cui intendevano spostarsi sono stati cancellati o rinviati). La previsione è che il vettore rimborsi il prezzo del biglietto o emetta un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno¹⁴. L'art. 88 d.l. n. 18/2020 estende questa disciplina ai contratti di soggiorno (in strutture alberghiere o assimilate), ai contratti per l'accesso a spettacoli di ogni genere, nonché a musei o altri luoghi della cultura. Si tratta, però, di norme non solo disorganiche e frammentate, ma potenzialmente aporetiche. A titolo esemplificativo, più opportuna sarebbe stata, invece, una norma relativa ai rimedi sinallagmatici, tesa a stabilire se, e in che misura, l'emergenza (che non è prodotta solo dal rispetto delle misure di contenimento, posto che nelle filiere produttive tutto si propaga) possa giustificare la sospensione dell'obbligo della prestazione, sterilizzando così non tanto la richiesta di risarcimento, quanto la domanda di risoluzione. Magari distinguendo contratto da contratto, perché - com'è evidente - non tutte le operazioni economiche sono uguali, sia per tipologia che per qualifica dei soggetti contraenti¹⁵.

¹⁰ Per approfondimenti, cfr. R. RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza ai tempi della pandemia*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2020, p. 1 ss.

¹¹ Convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, in G.U. n. 110 del 29 aprile 2020. La norma di cui all'art. 91 testualmente recita: «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

¹² La norma riguarda il nesso di causalità "giuridica" (fra danno-evento e danno-conseguenza) ai fini della determinazione del risarcimento dovuto e della necessaria selezione fra danni risarcibili e non risarcibili. Sarebbero dunque non passibili di ristoro quei danni che il creditore (o in genere il danneggiato) avrebbe ugualmente subito per effetto dell'inadempimento (o dell'illecito extracontrattuale) anche in assenza di *lockdown*. In tal senso V. ROPPO - R. NATOLI - R. CONTI, *Contratto e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2020, p. 3 ss.

¹³ In G.U. n. 53 del 23 marzo 2020.

¹⁴ Ovvio che (trattandosi di obbligazione alternativa, in cui la scelta spetta al debitore *ex art.* 1286, comma 1) il vettore sceglierà di emettere il *voucher* piuttosto che restituire i soldi (mentre il viaggiatore, altrettanto ovviamente, preferirebbe i soldi). Ma è la soluzione più equa perché, salvando il contratto di viaggio anziché cancellarlo, ripartisce il peso dell'evento in modo "solidaristico". Cfr. V. ROPPO - R. NATOLI - R. CONTI., *op. cit.*, p. 4.

¹⁵ Cfr. ID., *ibidem*.

In mancanza di tale norma, si è altresì considerato che il ricorso alle categorie, alle regole, ai principi contenuti nel codice civile (specie quelli su inadempimento, responsabilità e sopravvenienze), con le integrazioni e gli affinamenti operati dagli interpreti, potrebbero apparire inadeguati a coprire le esigenze e i problemi aperti dal Covid-19. Nella logica del legislatore del 1942, a fronte di inadempimenti e soprattutto sopravvenienze, l'unico rimedio concepibile per affrontare siffatti fattori di disturbo del rapporto contrattuale è lo scioglimento di quest'ultimo. Ma è una logica insufficiente, nel momento in cui emerge che in tante occasioni il rimedio appropriato per gestire i disturbi del rapporto non è la sua cancellazione, quanto piuttosto la sua rimodulazione. *Prima facie*, per la via della rinegoziazione, in via gradata per quella di aggiustamento giudiziale¹⁶. Di qui l'esigenza necessitata di un "ripensamento ordinamentale", dettato dall'emergenza.

È in tale prospettiva metodologica che appare necessaria un'indagine circa i rimedi correntemente praticati nella consuetudine internazionale e presso le esperienze straniere. Da un lato, l'istituto delle *hardship clauses* illumina sulla concreta esperibilità di rimedi volti alla rinegoziazione che risultino efficienti tanto quanto flessibili. Dall'altro, gli ordinamenti alemanno e francofono sembrano oramai giunti a soluzioni univoche e certe, finalizzate definitivamente a ristabilire il sinallagma perturbato dalle più eterogenee vicende umane sopravvenute. L'analisi di tali discipline fornirà la chiave di volta necessaria a fondare un progetto ricostruttivo, *de iure condendo*, che possa fornire certezza ai traffici giuridici e un giusto riequilibrio delle prestazioni.

2. I rimedi apprestati dal diritto internazionale privato. Le *hardship clauses* e la crisi di Suez

La pratica internazionale ha introdotto le *hardship clauses*: trattasi di clausole contro le avversità, espressive della necessità di fronteggiare le difficoltà e addivenire alla esecuzione della prestazione dedotta all'interno del contratto. Tradizionalmente, la loro nascita si fa risalire al noto conflitto che, nel corso del 1967, venne denominato "guerra dei sei giorni" e che portò alla occupazione militare del Canale di Suez da parte dell'esercito egiziano¹⁷. La vicenda bellica determinò il blocco dei trasporti commerciali marittimi

¹⁶ In tal senso anche A.M. BENDETTI - R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.

¹⁷ La guerra dei sei giorni (ebraico: מלחמת ששת הימים, Milhemet Sheshet Ha Yamim; arabo: النكسة, al-Naksa, «la sconfitta»), o حرب 1967, Ḥarb 1967, guerra del 1967; 5-10 giugno 1967) fu un conflitto mosso verso Israele da parte di Egitto, Siria e Giordania che si tramutò in una rapida e totale vittoria israeliana, nonostante la sproporzione di forze tra gli attaccanti ed Israele. Al termine del conflitto Israele aveva conquistato la penisola del Sinai e la Striscia di Gaza all'Egitto, la Cisgiordania e Gerusalemme Est alla Giordania e le alture del Golan alla Siria. L'esito della guerra, la condizione giuridica dei territori occupati e il relativo problema dei rifugiati influenzano pesantemente ancora oggi la situazione geopolitica del Medio Oriente. Per approfondimenti storici si rinvia a H. MEJCHER, *Sinai. 5 giugno 1967. Il conflitto arabo-israeliano*, Bologna, 2000, nonché a M.B. OREN, *La guerra dei sei giorni: giugno 1967: alle origini del conflitto arabo-israeliano*, Milano, 2003.

da e verso l'Europa per un non trascurabile lasso di tempo, con esponenziale aumento dei costi¹⁸. È agevole rilevare come, in quella peculiare occasione, vennero a essere alterati gli equilibri sinallagmatici in precedenza raggiunti attraverso la stipulazione di contratti (internazionali) di trasporto marittimo di merci. Da un lato, si riscontrò un ritardo nell'adempimento della prestazione (e nella consegna dei beni) non strettamente imputabile, né eziologicamente, né soggettivamente, al debitore. Dall'altro, tanto il creditore che il debitore si trovarono a sopportare costi relativi al trasporto, ben maggiori di quelli precedentemente previsionati¹⁹. È in tale contesto storico che le clausole *de quibus* trovarono esponenziale diffusione. Sebbene già esistenti da lungo tempo, infatti, fu con tale evento che esse divennero definitivamente una prassi consolidata di tipo commerciale.

La clausola di "avversità" si fonda ontologicamente sul ben noto istituto della forza maggiore, conosciuto pacificamente nella gran parte degli ordinamenti giuridici nazionali. La *vis major* costruita dalla prassi internazionale si atteggia quale motivo di esonero da responsabilità. La peculiarità principale dell'istituto risiede nella circostanza che, differentemente da quanto accade nei contratti esclusivamente 'interni', sono le parti a dettare una disciplina autonoma della rilevanza giuridica dell'evento sopravvenuto. Infatti, a loro discrezione, i paciscenti possono considerare rilevanti o meno taluni eventi e non altri (ad esempio, l'incendio ma non l'epidemia, il conflitto a fuoco ma non l'inondazione, o il disastro aviatorio).

Specularmente, discrezionalmente regolano le conseguenze giuridiche di detto evento: lo scioglimento, un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziazione, o una mera facoltà accordata²⁰. Come tale, si differenzia dal principio *rebus sic stantibus*, che pure governa la consuetudine internazionale: tale ultimo principio consente a che le disposizioni di un contratto o di un trattato non si applichino in presenza di eventi sopravvenuti, ma non riguarda esclusivamente la materia contrattuale e non implica di per sé alcuna facoltà od obbligo di risoluzione o rinegoziazione²¹. Si distingue altresì dalla "*hell or high water clause*", diffusa nei contratti internazionali di *leasing* e di significato specularmente opposto, ove la parte debitrice è tenuta ad effettuare il pagamento anche in presenza di straordinarie e difficilmente superabili difficoltà²².

¹⁸ Meno eclatante, ma coeva alla nostra trattazione è la vicenda del portacontainer *Ever Giver*, rimasto incastrato nel Canale di Suez per una settimana nel marzo del 2021, con la conseguenza dell'interruzione del trasporto, si stima, di circa 26 milioni di tonnellate di merci suddivise fra 422 navi bloccate dall'ostruzione del canale.

¹⁹ L'una e l'altra conseguenza scaturirono dalla circostanza per la quale, in assenza di navigabilità dello stretto condotto, fu necessario, per raggiungere l'Europa, circumnavigare l'intero continente africano.

²⁰ Cfr. D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in *40 Am. J. Comp. L.*, 1992, p. 657 ss.

²¹ Per approfondimenti, si rinvia a T. GALLETTO, *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Dig. it., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, nonché a G. OSTI, voce "rebus sic stantibus", in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 353 ss.; A. GENOVESE, *Clausola rebus sic stantibus*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*, Torino, 2017, p. 1357 ss.

²² Cfr. J. GORDON, *Hell or High Water Contract Explained*, in *The Business Professor*, 18 dicembre 2020, nonché P. BENT, "*Trial of the Century*" Takes on Hell or High Water, in *Law Journal Newsletters*, 18 dicembre 2020.

Altro fondamento inespresso della clausola è costituito dal leale dovere di cooperazione tra le parti, secondo quelle regole di correttezza e solidarietà che, negli ordinamenti interni, acquisiscono la veste della buona fede oggettiva. I contratti internazionali, infatti, caratterizzati generalmente da una lunga durata, e dalla complessità dei rapporti negoziali, sono potenzialmente soggetti ad essere incisi dalla sopravvenienza in misura largamente superiore a quanto accade con riferimento ai contratti che esauriscano i loro effetti all'interno di un unico ordinamento. Gli squilibri che possono verificarsi in tali rapporti giuridici, anche in conseguenza di diverse opzioni politiche ed economiche maturate in ordinamenti che presentano collegamenti con il contratto, sono suscettibili di alterare in misura intollerabile, per una delle parti, l'originale assetto degli interessi pattiziamente determinato. Attesa la complessità e la rilevanza dei rapporti economici dedotti nei contratti internazionali (dove accanto alle prestazioni corrispettive che qualificano il rapporto si rinvencono accordi di cooperazione, di sviluppo e gestione a lungo termine in settori economici di primaria importanza), la scelta del rimedio risolutorio a fronte della sopravvenienza di circostanze incompatibili con (l'ulteriore) adempimento, si rivela inadeguata e non appagante per la stessa parte onerata²³. In questa prospettiva si è evidenziata la sussistenza di doveri di cooperazione anche in assenza di esplicite previsioni contrattuali²⁴. Tale dovere di collaborazione, anche a fronte di sopravvenienza che, con riferimento a contratti internazionali di durata, rendono eccessivamente oneroso l'adempimento, si esprime nella pratica del commercio internazionale (anche) attraverso l'introduzione nel testo contrattuale della summenzionata *hardship clause*. La tipica *hardship clause* statuisce, innanzi tutto e come accennato, quali siano le «circostanze» da prendere in considerazione per verificare se si è in presenza di «*hardship*» o meno. Si prevede poi un meccanismo negoziale volto alla constatazione della possibile operatività della clausola, attraverso l'obbligo di comunicazione (del possibile verificarsi della «*hardship*») e di consultazione, con eventuale ricorso dell'arbitrato per determinare se possa o meno operare la clausola. Accertata la sussistenza della «*hardship*» - amichevolmente o attraverso l'intervento arbitrale - può essere consentita (per espressa previsione contrattuale) una sospensione dell'esecuzione per un determinato periodo, accompagnata dall'obbligo per le parti di rinegoziare il contenuto economico dell'accordo originario. Ove la trattativa fra le parti non abbia esito positivo, è previsto il ricorso alla clausola compromissoria²⁵. La funzione dell'arbitrato,

²³ In tal senso S. CARBONE - R. LUZZATTO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 11, Torino, 1984, p. 111 ss.

²⁴ Cfr. A. FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 699 ss. osserva come tali clausole “con una previsione di carattere generalissimo, tanto più necessaria in quanto non è possibile prevedere in anticipo tutte le eventuali modificazioni che interverranno nel corso di un lungo rapporto, sono in grado di porre rimedio a tutte le circostanze sopravvenute, qualunque sia la loro origine o natura”; ID, voce *Hardship Clause*, in *Noviss. dig. it., App.*, Torino, 1988, p. 1180 ss.

²⁵ In tema sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Nuovi orizzonti del diritto dell'arbitrato. Focus comparatistico*, in *Rass. dir. civ.*, 3/ 2021.

peraltro, è di natura prettamente negoziale, in quanto agli arbitri è assegnato il compito (non di dirimere una controversia ma) di colmare le lacune del contratto e persino di procedere ad una revisione dello stesso, ovvero di raccomandarne un rinnovato assetto, indicando i nuovi parametri da tenere in considerazione²⁶.

La diffusione endemica nella prassi contrattuale e commerciale di tipo internazionale ne ha determinato, nel 2003, la inclusione all'interno di quelle tipizzate espressamente dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC). Si tratta di clausole *standard* raccolte dalla medesima autorità al fine di rendere più agevole la loro introduzione nei negozi giuridici interessanti parti non appartenenti alla medesima nazionalità. Nella versione accolta, disciplina in sostanza le ipotesi riconducibili alla eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. La clausola rimane fedele nei contenuti allo schema appena mentovato. In via aggiuntiva, rispetto al ricorso al lodo arbitrale internazionale, è altresì possibile che le parti prevedano il ricorso al giudice competente secondo le regole del diritto internazionale privato o al giudice individuato di comune accordo dalle parti all'interno del contratto²⁷.

Così descritta, la clausola va tenuta distinta da quella di forza maggiore, pure contenuta nella elencazione adottata dalla ICC e recentemente revisionata²⁸ nel corso del marzo 2020. Essa, infatti, determina a favore della parte che la invoca la possibilità di essere esonerata dall'obbligo di adempiere alle proprie obbligazioni, nonché da ogni tipologia di responsabilità per danni o per inadempimento. In sintesi, la clausola di forza maggiore non prevede alcun obbligo di rinegoziazione del contratto, non si pone in prospettiva conservativa e si occupa esclusivamente delle conseguenze derivanti dallo scioglimento. Si tratta, cioè, di clausole aventi natura e contenuti del tutto eterogenei.

In conclusione, è possibile considerare che il funzionamento della clausola di *hardship* è ben suscettibile di trovare applicazione feconda esattamente alle sopravvenienze derivanti dalla pandemia attualmente in corso. Il fenotipo è avvenuto nel concreto proprio nelle contrattualistiche internazionali. In tale campo l'applicazione della previsione negoziale ha evitato il temuto scioglimento del rapporto obbligatorio, foriero di ulteriori costi per le parti, che invece possono comunque ricavare un utile dalla perdurante esecuzione dell'accordo. Non a caso, già da tempo una avveduta dottrina ne auspicava la applicabilità anche a quei contratti privi di connotati di 'esternalità' e interessanti parti contrattuali di cittadinanza italiana²⁹. Il vantaggio insito nel ricorso a siffatta clausola sta nel fatto che, l'evento straordinario non deve essere necessariamente imprevedibile. Difatti, la rinegoziazione può trovare spazio (o, viceversa, la

²⁶ Cfr. T. GALLETTO, *ult. op. cit.*, A. FRIGNANI, *La hardship clause, op. cit.*, p. 1192.

²⁷ Il testo attualmente vigente delle clausole di forza maggiore e di *hardship* è disponibile al seguente indirizzo: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/07/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020-ita.pdf>.

²⁸ Nella edizione più recente, è stata introdotta una versione per così dire 'abbreviata' e sintetica della clausola di forza maggiore, ed è stata migliorata la intellegibilità e la chiarezza dei termini adoperati nella sua redazione.

²⁹ Cfr. A. FRIGNANI, *op. ult. cit.*, p. 1195 ss.

risoluzione) anche quando l'evento fosse astrattamente predicibile, e non sia stato considerato per negligenza delle parti. In secondo luogo, nella prassi internazionale, la parte che invoca la clausola è tenuta a provare esclusivamente la difficoltà in cui essa si trovi, ma è esonerata da ogni altra allegazione. In ultimo, secondo le regole di interpretazione invalse nella contrattualistica internazionale, la clausola troverà applicazione anche quando le parti non l'abbiano riprodotta integralmente, ma abbiano operato rispetto ad essa un semplice richiamo o rinvio.

Allo stesso tempo, tuttavia, anche ammettendone l'applicabilità ai contratti meramente domestici, essa soffre di taluni rilevanti limitazioni. *Prima facie*, è da segnalare che l'introduzione di siffatta clausola è rimessa alla comune volontà delle parti. Qualora esse non vogliano farvi ricorso, o non abbiano potuto farlo poiché non hanno considerato *ex ante* la possibilità di una pandemia, essa non potrà trovare applicazione. Secondo aspetto di non poco momento riguarda la circostanza per la quale la clausola di *hardship* non specifica le concrete modalità di rinegoziazione del contratto. Sviluppata nella prassi sovranazionale, essa non fa riferimento alle regole di uno specifico ordinamento, né a quelle di Trattati o Convenzioni internazionali. Né è previsto che la suddetta rinegoziazione debba avvenire secondo criteri di giustizia e di equità, né è considerato presente in essa un richiamo a doveri di correttezza e solidarietà nella fase di rimodulazione del sinallagma contrattuale.

3. Dalla ricostruzione diacronica all'emersione della necessità della normazione. I Principi Unidroit e i progetti di uniformazione di matrice europea del diritto dei contratti (PECL)

L'art. 6.2.3 Principi Unidroit³⁰, recante la rubrica "*hardship*", dispone che l'insorgenza di eventi tali da alterare l'equilibrio delle prestazioni fornisce alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. Tale facoltà è subordinata alla condizione che la richiesta venga fatta senza ingiustificato ritardo e previa indicazione dei motivi sui quali è basata la richiesta del soggetto svantaggiato.

La richiesta di rinegoziazione non dà, *ex se*, alla parte vulnerata il diritto di sospendere l'esecuzione del contratto inciso dalla sopravvenienza (art. 6.2.3 n. 2). Al contrario, è solo in caso di mancato accordo entro un termine ragionevole che ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice (art. 6.2.3 n. 3). Quest'ultimo, se accerta il ricorrere di una ipotesi di "*hardship*", può risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinare l'originario equilibrio (art. 6.2.3 n. 4). Le disposizioni vengono inserite nel capitolo espressamente dedicato all'adempimento.

³⁰ Si tratta di un insieme di 211 regole per i contratti internazionali elaborate al fine di armonizzare il diritto internazionale dei contratti commerciali, fornendo regole che integrano strumenti internazionali alle leggi nazionali. Nel rispetto delle parti, per favorire una serena e corretta relazione tra i soggetti. Reperibili su vari siti internet, si segnala <https://www.unidroit.org/>.

La definizione di disagio (*hardship*), che compare nell'articolo 6.2.2, è complessa, perché non solo definisce la natura dell'onere, ma anche degli altri fattori che devono coesistere al fine di renderla giuridicamente rilevante³¹. Come presupposto, innanzitutto, si annovera il verificarsi di eventi che alterano fondamentalmente l'equilibrio del contratto, sia perché il costo della prestazione di una parte è aumentato o perché il valore della controprestazione che una parte riceve è diminuito. Più precisamente, si specifica che il ricorso alla clausola *de qua* è possibile quando l'equilibrio tra le prestazioni risulti significativamente alterato, cioè quando il valore o il costo della prestazione subisca una variazione pari o maggiore del cinquanta per cento. È allora possibile avvedersi di come, anche in questo caso, la disposizione che pone l'obbligo di rinegoziazione, all'interno della elencazione dei Principi Unidroit, sia ancorato a quei fatti che, nell'ordinamento interno, legittimino la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta³². Difatti, come nel caso dell'impossibilità, il disagio di fatto non fa scattare automaticamente l'operatività dell'*hardship*. *A fortiori*, deve essere dimostrato che gli eventi non potevano ragionevolmente essere presi in considerazione; che essi non sono sotto il controllo della parte e che il rischio non è stato assunto contrattualmente da costei³³. Alcuni autori hanno suggerito che solo difficoltà realmente straordinarie e del tutto eccezionali possano giustificare la invocazione della clausola di *hardship*, quando l'oggetto della prestazione sia una obbligazione di risultato. In tale ipotesi, la parte contraente non si impegna genericamente ad adoperare i propri mezzi, ma garantisce il raggiungimento di un certo obiettivo con le conseguenze da ciò derivanti. Il debitore potrà invocare l'*hardship* solo qualora esistano avversità tali da rendere del tutto impraticabile il raggiungimento del risultato³⁴.

Come nelle ipotesi di allegazione di una causa di forza maggiore, anche in quelle di '*hardship*' la prevedibilità dell'evento costituisce il fulcro centrale attorno al quale ruota l'intera costruzione

³¹ «Art. 6.2.2. - Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e
(a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.»

³² Il giurista meno attento potrebbe ravvisare nei presupposti indicati dai Principi Unidroit vicende simili a quelle che legittimano la rescissione per lesione *ultra dimidium* ai sensi dell'art. 1448 c.c. Tuttavia, nonostante in tale istituto si contempli una sproporzione tra prestazioni, si richiede altresì la esistenza di uno stato di bisogno del debitore e il corrispettivo approfittamento da parte del creditore, parametri questi del tutto estranei alla fattispecie in esame. Nella rescissione per lesione, difatti, è necessario un nesso eziologico e di strumentalità tra lo stato in cui versa la parte debole e la proposizione di offerte contrattuali svantaggiose da parte del creditore. Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 giugno 2018, n. 15338, in *Pluris*.

³³ Cfr. art. 6.2.2. riportato in nota.

³⁴ Con riguardo alla dottrina straniera, si veda H. VEYRIA, *The Requirement of Justice and Equity in Contracts*, in *Tul L. Rev.*, 1995, 69, pp. 1205-06.

normativa³⁵. Il principio generale è quello secondo il quale, se l'evento è prevedibile, allora i paciscenti ne debbono necessariamente tenere conto durante la formulazione e formazione del contratto. Qualora non lo abbiano fatto e l'evento si verifichi, la parte svantaggiata da esso, ne subirà le conseguenze pregiudizievoli³⁶. Diviene dunque essenziale la decodificazione della nozione di prevedibilità e in tale prospettiva i medesimi Principi vengono in soccorso compiendo due illustrazioni esemplificative. Nella prima, due parti si accordano per la stipulazione di un contratto di compravendita di petrolio grezzo, a prezzo fisso, per i cinque anni consecutivi alla stipulazione. Durante quella fase erano già presenti critiche tensioni politiche nella regione di estrazione, circostanza di cui le parti non hanno tenuto conto. In caso di successivo evento bellico e conseguenziale aumento esponenziale dei costi, nessuna delle due potrà invocare la clausola di *hardship*, e colui che si è impegnato alla estrazione subirà le conseguenze lesive della stipulazione di un canone fisso in luogo di uno variabile. Nel secondo esempio, invece, le parti concludono un contratto di vendita ove il prezzo della *res* è espresso nella valuta corrente di un determinato Paese. Se la valuta in questione era già 'vittima' di forte deprezzamento ancor prima della stipulazione del contratto, il dato che il suo valore sia calato dell'80% a seguito di una crisi politica, non costituirà un presupposto sufficiente alla invocazione della "*hardship*" e dunque della rinegoziazione.

In sintesi, la prevedibilità cui fanno riferimento i Principi Unidroit è ancorata a un parametro di diligenza ordinaria, secondo quelle che sono le conoscenze che le parti hanno nel concreto o quelle che un individuo della medesima professionalità dovrebbe, nella media, possedere.

Gli effetti del principio di *hardship* accolto nei Principi Unidroit si risolvono nella rinegoziazione delle clausole contrattuali. Se la invocazione del principio risulta fondata, la controparte è obbligata a negoziare in buona fede per adattare il contratto e alleviare l'onere derivante dalle avversità. Una parte che negozia o interrompe le trattative in malafede è responsabile delle perdite causate alla controparte. Nel caso in cui non raggiungano un accordo, ciascuna di esse può adire il Tribunale³⁷. L'aspetto innovativo rispetto alla tipizzazione intervenuta da parte della Camera di Commercio Internazionale è che, all'interno dei Principi Unidroit, essa non è pensata come una clausola che le parti possono discrezionalmente aggiungere o meno. Al contrario, il principio di "*hardship*" è immanente al sistema, e riguarda, come suggerisce la collocazione topografica, l'area dell'adempimento contrattuale. In tale prospettiva, la parte non può

³⁵ Sull'argomento si veda A. VENTURELLI, *Clausola di "hardship"*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Assago, 2017, p. 1035. Cfr. anche E. C. ZACCARIA, *Sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni (hardship) e adattamento dei controlli nel commercio internazionale*, in G. ALPA - G. CAPILI, *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 322 ss; A. FRIGNANI, *La Hardship Clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1979, p. 680 ss; D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, 4-5, p. 951 ss.

³⁶ Cfr. J. PERILLO, *Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Tul. J. of International Law and Comparative Law*, 1997, vol. 5, p. 6 ss.

³⁷ Cfr. art. 6.2.3.

discrezionalmente convenire o meno circa la rinegoziazione, ma è obbligata a farlo, e testualmente, sulla base della buona fede oggettiva. Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana rispetto a quanto previsto nella contrattualistica internazionale. In questo ambito, la problematicità scaturente da particolari contesti geopolitici, scoraggia le soluzioni eccessivamente audaci.

I Principi Unidroit³⁸, invece, non impongono solo *expressis verbis* un obbligo giuridico, ma lo rafforzano attraverso la previsione di una responsabilità civile in caso di inadempimento. Si tratta di una previsione di *enforcement* che dona efficacia e concretezza all'obbligo giuridico di rinegoziazione, dissuadendo la controparte da condotte scorrette o malevoli. È esattamente da tale base normativa che, anche nel contesto domestico, appare possibile fondare un discorso che postuli l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, parimenti fondato sulla buona fede oggettiva. Tuttavia, i limiti dei Principi Unidroit sono insiti nella loro stessa natura giuridica. Sebbene redatti come regole astratte, questi ultimi non sono stati elaborati in forma di Trattato internazionale o legge modello da sottoporre agli Stati per essere trasformata in legge nazionale. Essi costituiscono una fonte di *soft law*, e cioè una serie di principi contrattuali privi di forza vincolante diretta, l'applicazione dei quali dipende esclusivamente dal loro valore persuasivo³⁹. In assenza di ulteriori argomenti sistematici e normativi, appare davvero arduo fondare su di essi soli un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziazione. Inoltre, anche quando gli articoli 6.2.2. e 6.2.3. dei Principi non fossero rispettati, non essendo essi vincolanti, non possono fondare una responsabilità della parte qualora non vengano espressamente accolti da una previsione contrattuale specifica, o in una disposizione di fonte primaria o subordinata a carattere nazionale.

Nello stesso senso, peraltro, sembrano direzionarsi anche i Principi di Diritto Europeo dei Contratti⁴⁰ (c.dd. "PECL"). Essi, già a partire dall'art. 1:202, all'interno della sezione dedicata ai doveri generali delle parti, sanciscono l'onere per queste ultime di cooperare lealmente ai fini della corretta esecuzione del contratto. Nella successiva sezione sesta dedicata ai contenuti e agli effetti del negozio giuridico, il mutamento sopravvenuto di circostanze è esplicitamente preso in considerazione dall'art. 6:111. In genere, anche quando la prestazione diventi maggiormente onerosa per il debitore in un momento

³⁸ Cfr. G. DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contr.*, 1995, p. 5 ss.; A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 287 ss.; F. FERRARI, *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, p. 300 ss.; F. PERNAZZA, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 297 ss.

³⁹ Per approfondimenti si rinvia a F. MARELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003, p. 63 ss.; F. BORTOLOTTI, *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*, Padova, 2012, p. 13 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, p. 173 ss.; P. CARLINI PROSPERETTI, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010*, Milano, 2012; P. PERLINGIERI, *Diritto dei Contratti fra Persona e Mercato*, Napoli, 2003; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

⁴⁰ I Principi di diritto contrattuale europeo (PECL) sono un insieme di regole modello elaborate dai principali accademici di diritto contrattuale in Europa. Si basano sul concetto di un sistema di diritto contrattuale europeo uniforme e sono stati creati dalla Commissione sul diritto contrattuale europeo istituita da Ole Lando ("Commissione Lando").

successivo alla stipulazione, egli sarà comunque tenuto ad adempiere (par. 1). Solo in presenza di taluni presupposti sarà possibile richiedere alla controparte (e, in seguito, al giudice) la risoluzione del contratto o la sua rinegoziazione. Non solo l'evento che ha reso la prestazione onerosa deve sopravvenire alla conclusione del negozio, ma esso deve risultare altresì non prevedibile, e non rientrare nei rischi assunti dalla parte attraverso la stipulazione. Il disposto dei PECL offre una alternativa tra terminazione dell'affare (e dunque risoluzione) e adeguamento, *ope iudicis*, in assenza di accordo tra i paciscenti (parr. 2 e 3). Fondamentale è che, in ultimo, si preveda che il giudice possa condannare al risarcimento del danno quella parte che si rifiuti di rinegoziare o che violi le trattative. Necessario è altresì che si specifichi che ciò debba avvenire “in modo contrario alla buona fede”, confermando la costruzione dogmatica che sinora si sta tentando di solidificare⁴¹.

Una disposizione analoga è altresì contenuta nel *Draft Common Frame of Reference* (DFCR), con struttura essenzialmente analoga a quella replicata nei PECL. In questo ambito, si pone un accento sull'aspetto della ingiustizia.

Il pagamento di una prestazione divenuta eccessivamente onerosa a seguito di eventi imprevedibili risulterebbe del tutto scorretto, e allora la parte gravata può chiedere lo scioglimento del rapporto o la sua rinegoziazione (cfr. art. III – 1:110)⁴².

4. L'esperienza nella common law. Impossibility, frustration, force majeure e clausole “MAC”

Il menzionato progressivo processo di rinnovamento degli impianti codicistici non ha interessato, per ovvie ragioni, l'esperienza di *common law*. Il suo carattere magmatico lo rende, per certi versi, frammentato e privo di soluzioni teoriche di carattere generale. Nell'esperienza inglese e nordamericana, è assente un obbligo giuridico, codificato, di rinegoziare il contratto. La facoltà di rivedere le condizioni contrattuali è una opzione lasciata alla volontà delle parti, che possono codificare clausole di *hardship*, come nella prassi internazionale, di forza maggiore, oppure le note clausole “MAC” (*material adversial change*). Appare assente, tanto nelle pronunce delle Corti che nelle riflessioni dottrinali, ogni riferimento al principio di

⁴¹ Per approfondimenti sia consentito rinviare a V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Torino, 2011, p. 371 ss.; E. NAVARETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, *Atti del Convegno Pisa 25-26 maggio 2007*, Milano, 2007, p. 286 ss.; V. ROPPO, *Trattato del Contratto*, V, Milano, 2006, p. 734 ss. Cfr. inoltre G. PERLINGIERI, *Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 1/2021, p. 77 ss.

⁴² Il paragrafo 2 dell'articolo testualmente recita: «if, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court». Per approfondimenti si vedano L. ANTONIOLLI - F. FIORENTINI, *A factual assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Munich, 2011, p. 382 ss.; F. CHIRICO - P. LAROUCHE, *Economic Analysis of the DFCR*, Munich, 2010, p. 204 ss.

buona fede oggettiva. La possibilità, per una delle parti, di essere ‘scusata’ dalla esecuzione della prestazione, dipende principalmente da motivazioni di carattere puramente economico o fattuale. Al di fuori delle summenzionate clausole, solo le dottrine della *impossibility* e della *frustration* possono offrire, in certe ipotesi, un ombrello protettivo per il debitore incolpevole e ingiustamente colpito dalla sopravvenienza pandemica⁴³.

Partendo dal noto concetto di *force majeure*, si tratta di un istituto mutuato dall’esperienza romanistica prima e da quella francese poi. È importante specificare sin da subito che esiste una fondamentale differenza tra l’istituto della forza maggiore per come codificato in *civil law*, e l’istituto della forza maggiore accolto in *common law*. Si è già avuto modo di vedere che il concetto di forza maggiore, nella esperienza italiana e francese, e continentale in genere, è un principio immanente al sistema che si applica a prescindere da ogni specifica previsione in tal senso all’interno del contratto. La forza maggiore, cioè, è una clausola generale, e la ricorrenza della forza maggiore non solo può essere eccepita dalla parte in giudizio, ma può essere anche rilevata d’ufficio dal giudice, e la conseguenza giuridica risiede nella esenzione dalla responsabilità, contrattuale o aquiliana⁴⁴. Il concetto di forza si riferisce al verificarsi di un evento al di fuori del ragionevole controllo di una parte, che impedisce a tale parte di adempiere ai propri obblighi contrattuali. Il *common law*, invece, generalmente non riconosce una dottrina di forza maggiore come concetto giuridico autonomo che può restare implicito in un contratto⁴⁵. Piuttosto, è il prodotto di un espresso accordo commerciale tra le parti contraenti⁴⁶. È importante notare che non esiste una definizione generica di forza maggiore nel *common law*, poiché si tratta di una questione di interpretazione contrattuale in ciascun caso. Poiché una clausola di forza maggiore è un meccanismo contrattuale e non una dottrina di *common law*, la sua efficacia dipenderà esclusivamente dal modo in cui è redatta. La capacità di una parte di richiedere un risarcimento per un evento di forza maggiore ai sensi del diritto contrattuale inglese dipenderà quindi dalla clausola di forza maggiore contenuta nel contratto, che deve essere necessariamente considerata alla luce dei suoi precisi termini⁴⁷.

Una tipica clausola di forza maggiore definisce le circostanze (generalmente relative a un evento sopravvenuto imprevisto) in cui una parte è dispensata dall’adempimento dei propri obblighi contrattuali

⁴³ Per approfondimenti si vedano J.A. ARCHER - L. SCHAPIRA - H. KOSEKI - J. LASKIN, *COVID-19: Force majeure, material adverse change clauses and related common law contract defenses under New York law*, in *Norton Rose Fullbright*, aprile 2020 (online).

⁴⁴ Per la nozione, estensione e contenuto della clausola di caso fortuito si rinvia, già in tempi risalenti, a G.P. CHIRONI, *La forza maggiore, l'onerosità eccessiva della prestazione e la clausola rebus sic stantibus*, Roma, 1917, G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano, 1938. Più di recente si vedano G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1980, p. 345 ss., L. VIOLA, *La responsabilità civile e il danno*, Macerata, 2007, p. 232 ss.

⁴⁵ In tal senso *Navrom v Callisis Ship Management SA* (1987) 2 Lloyd’s Rep 276.

⁴⁶ Così *Plaimar Ltd v Waters Trading Co Ltd* (1945) 72 CLR 304.

⁴⁷ *Vedasi Classic Maritime Inc v Limbungan Makmur Sdn Bhd and another* [2019] EWCA Civ 1102.

e le conseguenze contrattuali che ne deriveranno in caso di attivazione della clausola. Tali clausole spesso prescrivono anche una procedura che le parti devono seguire per evitare la responsabilità per inadempimento al verificarsi di un evento scatenante⁴⁸. In primo luogo, la parte che invoca la forza maggiore dovrà sempre provare che uno degli eventi prescritti si sia verificato. In genere, saranno inclusi eventi scatenanti specifici come guerre, disastri naturali o “*acts of God*”. Non è raro includere una pandemia o un’epidemia come evento qualificante, che chiaramente includerebbe quella in corso da SarS-CoV-2. Tuttavia, la Corte Suprema nordamericana ha statuito, nel celebre caso *Tandrin*, che una “spirale discendente” imprevista nei mercati finanziari mondiali non innesca una clausola di forza maggiore⁴⁹. La Corte ha ritenuto che la frase dovesse essere letta nel contesto dell’intera clausola, e che poiché nessuno degli eventi prescritti era “neanche lontanamente connesso” con la crisi economica, la clausola non poteva trovare applicazione. Stabilito che si è verificato un evento scatenante, la parte che cerca di avvalersi della clausola di forza maggiore deve anche dimostrare che l’evento ha impedito la sua capacità di adempiere ai propri obblighi nella misura necessaria. Una clausola di forza maggiore richiederà, infatti, normalmente che l’evento abbia impedito, ostacolato, ritardato o impedito l’adempimento⁵⁰. Quanto alla necessaria misura del nesso di causalità tra l’evento di forza maggiore e l’incapacità di una parte di adempiere alle proprie obbligazioni contrattuali, la parte inadempiente deve dimostrare che l’evento è l’unica ed operante causa dell’impedimento. Nel caso in cui si verificano due eventi che hanno “causato” l’inadempimento, di cui uno non previsto dalla clausola, non sarà possibile invocare la forza maggiore se l’evento di forza maggiore non è stata la causa principale⁵¹. Le clausole di forza maggiore richiedono comunemente a una parte di mitigare gli effetti dell’evento scatenante, ad esempio imponendo l’obbligo di compiere ogni ragionevole sforzo per farlo. Ciò che costituisce sforzo ragionevole varierà a seconda del tipo di attività e delle circostanze esistenti. Durante la pandemia di COVID-19, esempi di ragionevoli misure di mitigazione potrebbero includere l’implementazione di protocolli di quarantena, l’approvvigionamento da fornitori alternativi o la stipula di nuovi accordi di consegna. L’onere maggiore che queste misure impongono a una parte sarà preso in considerazione nel valutare la ragionevolezza delle azioni della stessa. Le conseguenze di una parte che ha validamente invocato la forza maggiore

⁴⁸ Cfr. J. CARTER - C. ALLIN - R. HOWELL, *COVID-19, force majeure and frustration: An in-depth analysis*, in *DLA Piper*, 9 giugno 2020.

⁴⁹ *Tandrin Aviation Holdings Ltd v Aero Toy Store LLC* [2010] 2 Lloyd’s Rep 668.

⁵⁰ Laddove sia richiesto che l’evento abbia impedito l’adempimento, la parte inadempiente dovrà dimostrare che è diventato fisicamente o legalmente impossibile eseguire la prestazione, e non solo più difficile o non redditizio. Ciò significa che una parte sarà ancora tenuta ad adempiere ai propri obblighi tramite qualsiasi mezzo alternativo disponibile, incluso, ad esempio, l’approvvigionamento di beni da un altro fornitore, anche se a un costo sostanzialmente maggiore. Cfr. *Tennants (Lancashire) Ltd v G S Wilson & Co Ltd* [1917] AC 485, nonché *Hoecheong Products Co Ltd v Cargill Hong Kong Ltd* [1995] 1 WLR 404.

⁵¹ *Intertradedex v Lesieur* [1978] 2 Lloyd’s Reports 509, nonché *Sadrill Ghana Operations Ltd v Tullow Ghana Ltd* [2019] 1 All ER (Comm) 34.

dipenderanno dalla formulazione della clausola. La clausola può legittimare una parte a sospendere o prorogare i termini per l'adempimento o consentire la risoluzione del contratto. È comune che una clausola di forza maggiore consenta la sospensione degli obblighi per un certo periodo di tempo, dopo il quale una o entrambe le parti hanno la possibilità di recedere dal contratto.

Uno degli obiettivi principali dei contratti commerciali è l'allocazione del rischio tra le parti e l'identificazione delle conseguenze che dovrebbero derivare se i rischi commerciali o finanziari aumentano a seguito di un cambiamento delle circostanze o del verificarsi di un evento avverso dopo la firma del contratto. Spesso il mutamento delle circostanze o l'evento avverso non era prevedibile dalle parti alla data in cui il contratto è stato firmato. In termini generali, una *material adverse change clause*, consente a una parte di esercitare determinati diritti nel caso in cui si verificasse una modifica avversa sostanziale. La clausola potrebbe far sorgere il diritto della parte interessata di rescindere un contratto o di scegliere di non adempiere, o di continuare ad adempiere, ai propri obblighi contrattuali. A causa del suo potenziale impatto, una clausola MAC è spesso negoziata con attenzione tra le parti e i loro avvocati. Le clausole MAC sono comuni nel contesto dei contratti di prestito, in cui un cambiamento negativo sostanziale che influisce sulla capacità del mutuatario di adempiere ai propri obblighi consente al mutuante di rifiutarsi di anticipare fondi al mutuatario o di accelerare il prestito e richiedere il rimborso di tutti i fondi già prestati. Oltre agli accordi di prestito, le clausole MAC compaiono talvolta negli accordi di acquisizione. Nell'ambito di un contratto di compravendita immobiliare, la clausola MAC può fungere da condizione sospensiva al perfezionamento, in base alla quale il mancato rispetto della condizione entro la data di perfezionamento consente all'acquirente di risolvere il contratto di compravendita e di recedere dall'operazione. Nelle giurisdizioni di *common law*, una clausola MAC sarà interpretata in conformità con i principi generali del diritto contrattuale; vale a dire, i tribunali accerteranno l'intenzione delle parti principalmente con riferimento alle parole che le parti hanno utilizzato per redigere la clausola. Di conseguenza, la redazione di una clausola MAC è di fondamentale importanza in quanto determinerà quando la clausola può essere attivata. Se l'accordo è stato stipulato dopo l'inizio di una pandemia, sarà più difficile far scattare la clausola MAC poiché si potrebbe sostenere che l'impatto era prevedibile alla data dell'accordo. Inoltre, si tratterà di provare se l'evento correlato alla pandemia abbia comportato un cambiamento negativo sostanziale come definito dalla clausola MAC. Dimostrare la probabilità che l'evento avrà un cambiamento avverso materiale sarà complicato dalle incertezze sulla durata della pandemia e sul suo impatto e altri fattori rilevanti, come la presenza di misure governative (compresi sovvenzioni e prestiti) per aiutare le imprese a riprendersi da gli effetti della pandemia⁵².

⁵² Per approfondimenti si rinvia a S. EDRICH, *Material-Adverse-Change Clauses in Public Takeovers in the Case of Akorn V. Fresenius. A Comparative Law Approach*, Munich, 2020, E. TARTAGLIA, *Leverage Buy Out. Rischi e opportunità*, Arcavacata di Rende, 2009, p. 96 ss., R.V. STEFANOWSKI, *Material Adverse Change, Lessons from failed M&As*, New Jersey, 2018,

Al di fuori di clausole contrattuali volontariamente e di comune accordo inserite dalle parti nel corpo negoziale, gli unici istituti giuridici passibili di applicazione in caso di sopravvenienze sono relativi alla *impossibility* e alla *frustration*. La dottrina dell'impossibilità è un concetto nel diritto dei contratti utilizzato per concedere un sollievo a un promittente la cui prestazione contrattuale diventa sostanzialmente diversa da quella che ci si aspettava ragionevolmente da lui a causa del verificarsi di un evento sopravvenuto⁵³. In generale, fino al 1863 l'impossibilità di adempimento non costituiva una difesa in un'azione di risarcimento del danno. *Taylor v. Caldwell* ha presentato la prima formulazione generale della dottrina dell'impossibilità⁵⁴. In *Taylor*, un proprietario di una sala da musica è stato sollevato dalla sua responsabilità di pagare i danni per non aver avuto la sala disponibile secondo i termini del contratto di locazione quando prima del momento dello spettacolo, la sala è stata accidentalmente distrutta da un incendio. Il giudice ha concesso tutela in base al principio che, nei contratti in cui la prestazione dipende dalla continuazione dell'esistenza di una determinata persona o cosa, è implicita la condizione che l'impossibilità della prestazione derivante dalla morte o dal perimento della persona o cosa giustifichi la esenzione dalla prestazione. A causa della portata limitata del principio, è stato concesso un rimedio solo quando l'adempimento è divenuto impossibile per determinati tipi di eventi sopravvenuti quali: la morte o l'incapacità di una persona i cui servizi erano oggetto del contratto; la distruzione della cosa specifica che era stata appaltata o era essenziale per l'adempimento; o il divieto di esecuzione a causa di una successiva modifica della legge. La tendenza del diritto comune è stata quella di ampliare il numero e il tipo di situazioni in cui una parte può invocare l'impossibilità di esecuzione come difesa. Oggi, una prestazione è impossibile in senso giuridico quando non è praticabile; e una prestazione è impraticabile quando può essere fatta solo a un costo eccessivo e irragionevole⁵⁵. Le formulazioni più moderne della dottrina dell'impossibilità si trovano negli artt. 2-615 del Codice di commercio uniforme⁵⁶ e nell'art. 281 della Proposta di riformulazione dei contratti⁵⁷. Secondo le disposizioni del Codice, tre condizioni devono essere soddisfatte quando il promittente deve essere liberato dal suo obbligo: (1) la prestazione deve essere resa impraticabile dal (2) il verificarsi di una contingenza, (3) il mancato il cui verificarsi era un

A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, p. 397 ss., P.R. WOOD, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, Suffolk, 2007, p. 106 ss.

⁵³ Cfr. E.W. PATTERSON, *Constructive Conditions in Contracts*, 42 Colum. L. Rev. 901, 943 (1942), J.H. SCHLEGEL, *Of Nuts and Ships and Sealings Wax, Suez and Frustrating Things-The Doctrine of Impossibility of Performance*, 23 Rutgers L. Rev. 419 (1969), AA.VV., *The Fetish of Impossibility in the Law of Contracts*, 1953, Columbia Law Review Vol. 53, No. 1, p. 94 ss.

⁵⁴ 122 Eng. Rep. 309 (1863).

⁵⁵ Cfr. *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289, 293, 156 P. 458, 460 (1916); *City of Veron v. City of Los Angeles*, 45 Cal. 2d 710, 290 P.2d 841 (1955).

⁵⁶ L'*Uniform Commercial Code* (UCC) è un insieme completo di leggi che disciplinano tutte le transazioni commerciali negli Stati Uniti. Non è una legge federale, ma una legge statale adottata in modo uniforme.

⁵⁷ Tent. Draft No. 9, 1974.

presupposto di base su cui è stato stipulato il contratto⁵⁸. Tradizionalmente, uno dei requisiti per la sussistenza della impossibilità era che l'evento che ha reso impossibile l'esecuzione non doveva essere stato previsto dalle parti al momento della conclusione del contratto. Laddove l'evento fosse ritenuto prevedibile, i tribunali hanno negato l'indennizzo a meno che la parte che chiede l'indennizzo non avesse previsto la contingenza nel suo contratto. In tale ipotesi, se l'evento era prevedibile, il giudice ha dedotto che, non avendo la parte provveduto alla contingenza, essa si sia assunta il rischio del suo verificarsi. Di conseguenza, i tribunali hanno ritenuto la parte responsabile dei danni anche se la sua prestazione avrebbe potuto essere commercialmente impraticabile⁵⁹. Considerando la tradizionale logica giuridica utilizzata per concedere il rimedio in base alla dottrina dell'impossibilità, questa conclusione da parte dei tribunali sembra corretta. Infatti, se il rilievo si basa sulla nozione che le parti hanno inteso che uno stato di fatto resti immutato, la prevedibilità dell'evento impedirebbe ai giudici di constatare tale intenzione. Oggi, la moderna logica giuridica dell'impossibilità non si basa sulla intenzione delle parti circa la persistenza di uno stato di fatto; piuttosto, si basa sul bilanciamento da parte del tribunale dell'interesse della comunità a che i contratti vengano eseguiti secondo i loro termini con l'insensatezza commerciale di richiedere l'adempimento. Sia il Codice che la Proposta adottano questa logica attraverso l'uso del termine "non praticabile" in contrapposizione a "impossibile"⁶⁰.

La dottrina del *common law* della frustrazione dello scopo si applica all'annullamento di un contratto quando si verifica un evento che è (1) inaspettato e imprevedibile e (2) distrugge le ragioni per l'esecuzione del contratto, in modo tale che la stipulazione del contratto avrebbe avuto poco senso. In sostanza, il contratto deve essere praticamente privo di valore per la parte interessata. Spesso, la frustrazione dello scopo viene utilizzata come difesa rispetto ai contratti per servizi unici. È importante essere consapevoli della differenza tra la forza maggiore e la dottrina della frustrazione. La frustrazione è molto più ristretta e si riferisce alla situazione in cui si verifica un evento che rende fisicamente o commercialmente impossibile l'esecuzione del contratto o trasforma l'obbligazione in un'obbligazione radicalmente diversa da quella assunta dalla parte rilevante al momento della stipula del contratto. La conseguenza della frustrazione è la liberazione dagli obblighi colpiti. A causa dell'incertezza relativa alle circostanze in cui si applica la frustrazione, le parti di un contratto di solito preferiscono includere una clausola di forza

⁵⁸ Per una viva discussione circa la dottrina della impossibilità per come formulata nel Codice Commerciale Uniforme si vedano AA.VV., *The U.C.C. and Contract Law: Some Selected Problems*, 105 U. PA. L. REV. 837, 880 (1957), K. GILBRIDE, *The Uniform Commercial Code: Impact on the Law of Contracts*, 30 Brooklyn L. Rev. 197-98 (1964); F.K. SPIES, *Article 2: Breach, Repudiation and Excuse*, 30 Mo. L. Rev. 225, 253 (1965).

⁵⁹ Per dei precedenti in questo senso, si vedano *Chicago, M. & St. P. R.R. v. Hoyt*, 149 U.S. 1 (1892); *Berg v. Erickson*, 234 F. 817, (8th Cir. 1916); *Lloyd v. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 1.53 P.2d 47 (1944); *City of Minneapolis v. Republic Creosoting Co.*, 151 Minn. 178, 201 N.W. 414 (1924); *Nebaco, Inc. v. Riverview Realty Co.*, 87 Nev. 55, 482 P.2d 305 (1971); *American Capital Corp. v. McCants*, 510 S.W.2d 901 (Tenn. 1974); *United Sales Co. v. Curtis Peanut Co.*, 302 S.W.2d 763 (Tex. Civ. App. 1957).

⁶⁰ Si veda *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F.2d 312 (D.C. Cir. 1966).



maggiore nel contratto piuttosto che fare affidamento sulla dottrina della frustrazione del diritto comune. Qualora sia stata espressamente prevista la clausola di forza maggiore per l'evento verificatosi, il contratto non sarà annullato. Inoltre, più ampio è il campo di applicazione della clausola di forza maggiore, più ristretto è il campo di applicazione della frustrazione⁶¹. La frustrazione dello scopo è spesso confusa con la dottrina strettamente correlata dell'impossibilità. La distinzione è che l'impossibilità riguarda i doveri specificati nel contratto, ma la frustrazione dello scopo riguarda il motivo per cui una parte ha stipulato il contratto. Un esempio è il seguente: l'imprenditrice Emily affitta uno spazio dal padrone di casa Larry in modo che possa aprire un ristorante che serve solo carne di lucertola maculata tibetana. Se la città cambia la zonizzazione della proprietà per vietare gli usi commerciali o se la proprietà viene distrutta da un tornado, sia Larry che Emily sono dispensati dall'esecuzione del contratto per impossibilità. Tuttavia, se la lucertola maculata tibetana si estingue improvvisamente, Emily potrebbe essere esonerata dall'esecuzione del contratto perché Larry sapeva che il suo scopo principale per stipulare il contratto di locazione era quello di servire la lucertola maculata tibetana, e lo scopo è stato frustrato. Nel secondo scenario, le parti potrebbero ancora adempiere ai loro obblighi derivanti dal contratto di locazione, ma una di loro non ha più motivo di farlo⁶².

Tre recenti casi decisi dalla Corte di New York suggeriscono che le dottrine del diritto comune dell'impossibilità di adempimento e della frustrazione dello scopo, che storicamente sono state applicate in modo restrittivo dai tribunali, non andranno a beneficio delle parti che cercano di evitare i loro obblighi contrattuali a causa della pandemia di SarS-Cov-2. In 1140 *Broadway LLC v. Bold Food, LLC*⁶³, il querelante del proprietario sosteneva che l'inquilino convenuto (un'attività di ristorazione) aveva violato i termini del suo contratto di locazione quando aveva smesso di pagare l'affitto nel febbraio 2020. Successivamente, il convenuto aveva abbandonato l'immobile cinque mesi dopo. In risposta, l'inquilino convenuto ha affermato che le prestazioni previste dal contratto di locazione erano "oggettivamente impossibili" a causa della chiusura della sua attività a seguito del COVID-19 e che qualsiasi inadempienza che ne derivava era scusabile. La Corte Suprema di New York ha rigettato l'argomento dell'impossibilità proposto dal conduttore convenuto, spiegando che la dottrina dell'impossibilità non trovava applicazione nel caso di specie: "l'impossibilità giustifica l'inadempimento di una parte solo quando il perimento dell'oggetto del contratto o dei mezzi della prestazione rende la medesima oggettivamente impossibile." In questo caso, sebbene molti ristoranti siano stati costretti a ridimensionare alcune operazioni, "ciò non significa che vi sia stata un 'perimento dell'oggetto' contemplata nel contratto in questione, che era per

⁶¹ Cfr. A. GODWIN, *The Contractual Impact of COVID-19 – Common Law and Chinese Law*, disponibile all'indirizzo <https://law.unimelb.edu.au>

⁶² Per una casistica simile si vedano *Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of NSW* [1992] HCA 24, *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740.

⁶³ 2020 WL 7137817 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 3, 2020).

uno spazio per uffici al dodicesimo piano di un edificio per uffici. Quando l'inquilino convenuto successivamente si appellò alla dottrina della frustrazione dello scopo per giustificare il suo mancato pagamento dell'affitto, la corte allo stesso modo respinse la sua argomentazione, affermando che la dottrina della frustrazione dello scopo richiede che lo scopo frustrato debba essere così completamente la base del contratto che, come entrambe le parti compresero, senza di esso, la transazione avrebbe poco senso. Questa dottrina è ad applicazione ristretta e non si applica a meno che la frustrazione non sia sostanziale. Qui, il contratto di locazione era per uno spazio ufficio in un edificio e l'attività dell'inquilino è stata devastata da una pandemia. Ciò non si adatta alla ristretta dottrina della frustrazione dello scopo. In parole povere, gli imputati non potevano più permettersi l'affitto perché i ristoranti non avevano più bisogno dell'aiuto gestionale fornito dall'inquilino.

Allo stesso modo, in *35 East 75th Street Corp. v. Christian Louboutin L.L.C.*⁶⁴, il tribunale di New York ha ritenuto che le dottrine dell'impossibilità di esecuzione e della frustrazione dello scopo non offrirono alcuna difesa al mancato pagamento dell'affitto da parte di un inquilino al dettaglio durante la pandemia di COVID-19. In particolare, la Corte ha affermato che, contrariamente all'argomento del convenuto, questa dottrina non ha applicabilità nel caso di specie. Questo non è un caso in cui lo spazio commerciale locato non esiste più, né è nemmeno vietato vendere i suoi prodotti. Invece, il modello di *business* dell'imputato di attirare traffico stradale non è più redditizio perché ci sono drasticamente meno persone che camminano a causa della pandemia. Ma i cambiamenti del mercato accadono continuamente. A volte le aziende diventano più desiderabili (come i negozi vicino alle fermate della metropolitana di *Second Avenue* appena completate) e altre volte meno (come il valore dei medaglioni di taxi con l'aumento delle app di condivisione del viaggio). Ma forze economiche imprevedibili, persino gli effetti orrendi di un virus mortale, non consentono automaticamente alla Corte di strappare semplicemente un contratto firmato tra due parti professionali.

Infine, nella causa *The Gap Inc. v. Ponte Gadea New York LLC*, la Corte Distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto Meridionale di New York ha stabilito che, tra l'altro, il locatore in domanda riconvenzionale ha correttamente risolto il contratto di locazione con The Gap Inc. ("Gap"), suo locatario, a causa della inadempienza monetaria non giustificata. A metà marzo 2020, Gap ha deciso di chiudere i suoi negozi a livello nazionale a causa della pandemia di COVID-19 e contemporaneamente ha smesso di pagare l'affitto ai suoi locatori. Nel giugno 2020, il proprietario ha rescisso il contratto di locazione di Gap a causa del mancato pagamento dell'affitto entro il periodo previsto per le inadempienze monetarie ai sensi del contratto di locazione. Nel pronunciare la sua decisione, il tribunale ha esaminato l'evento di inadempimento delle disposizioni del contratto di locazione, che includeva un'estensione del termine per

⁶⁴ 2020 WL 7315470 (N.Y. Sup. Ct. Dec. 9, 2020).

inadempienze non monetarie al verificarsi di un “evento di forza maggiore”, definito come “sciopero o altra difficoltà lavorativa, incendio o altro incidente, prelazione governativa delle priorità o altri controlli in relazione a un’emergenza nazionale o pubblica o alla carenza di carburante, forniture o manodopera che ne deriva, o qualsiasi altra causa al di fuori del ragionevole controllo del locatario.” Nell’emettere il suo parere, il tribunale si è concentrato non solo sulla definizione di “evento di forza maggiore”, ma anche sulla sua collocazione nel contratto di locazione e sulla prevista e limitata applicazione delle parti alle inadempienze non monetarie. In definitiva, il tribunale ha ritenuto che la clausola di forza maggiore non potesse essere invocata da Gap come difesa al suo *default* monetario. Inoltre, la Corte ha respinto l’argomento di Gap secondo cui la pandemia di COVID-19 e le conseguenti restrizioni governative hanno frustrato lo scopo principale del contratto di locazione, affermando che, nella misura in cui Gap si basa sul divieto e sulle limitazioni del governo sull’attività di vendita al dettaglio fisica a seguito della pandemia, l’inclusione e l’applicazione limitata della definizione di evento di forza maggiore del contratto di locazione dimostrano che le parti hanno previsto e ripartito il rischio associato alla possibilità che provvedimenti governativi in caso di emergenza pubblica possano incidere sull’adempimento del contratto di locazione. Inoltre, nella misura in cui Gap fa affidamento sulla stessa pandemia di COVID-19 come base dell’impossibilità o della frustrazione dello scopo, le affermazioni di Gap sono insufficienti. . . Gap ha infatti gestito un’attività di vendita al dettaglio presso i negozi in questione in questo caso tramite ritiro a bordo strada e ha gestito altri punti vendita di persona durante la pandemia. Il fatto che la sua continuazione delle prestazioni possa essere onerosa, anche fino all’estensione dell’insolvenza o del fallimento, non rende la prestazione di Gap oggettivamente impossibile ai sensi della legge di New York. In contrasto con i casi summenzionati, la Corte Distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto Meridionale di New York ha ritenuto nella causa *JN Contemporary Art LLC v. Phillips Auctioneers LLC* che la pandemia di COVID-19 e le relative restrizioni imposte dal governo alle imprese rientrassero nella clausola di forza maggiore del contratto, consentendo così al convenuto di invocare il suo diritto di recesso ed evitare i suoi obblighi contrattuali. Nel giugno 2019, una galleria d’arte e una società di banditori hanno stipulato un accordo in base al quale un dipinto di un artista doveva essere messo all’asta nel maggio 2020. Nella primavera del 2020, dopo che la pandemia di COVID-19 aveva raggiunto New York, la società di banditori ha chiuso il contratto e si è rifiutato di pagare alla galleria d’arte il prezzo minimo garantito in occasione dell’asta. In questione era la clausola di risoluzione del contratto, che recitava: “nel caso in cui l’asta venga posticipata per circostanze al di fuori del nostro o del vostro ragionevole controllo, inclusi, senza limitazioni, a seguito di disastri naturali, incendi, inondazioni, scioperi generali, guerre, conflitti armati, attacco terroristico o contaminazione nucleare o chimica, possiamo rescindere il presente Accordo con effetto immediato. In tal caso, il nostro obbligo di effettuare il pagamento del Minimo

Garantito sarà nullo e non avremo altre responsabilità nei tuoi confronti”. Nella lettura della clausola risolutiva, il tribunale ha ritenuto che la pandemia di COVID-19 costituisse un “disastro naturale”, facendo scattare così il diritto di recesso della società banditrice e dispensandola dall’esecuzione. La corte è giunta a questa conclusione interpretando il significato comune delle parole “disastro naturale”, l’intento delle parti e la descrizione della pandemia di COVID-19 da parte dei relativi proclami governativi⁶⁵.

In conclusione, le Corti anglosassoni e nordamericane si sono mostrate più attente alle ragioni dei proprietari che non a quelle dei locatori ed esercenti professioni commerciali. Nonostante lo sforzo dottrinale che ha portato, nel corso dei secoli, alla elaborazione delle teorie della impossibilità e della frustrazione dello scopo, la loro applicazione è rimasta lettera morta con particolare riguardo alla pandemia da SarS-CoV-2. Nella maggior parte dei casi, la apposizione delle clausole di forza maggiore, di *hardship*, o di evento avverso restano nella discrezionalità delle parti. Si tratta di soluzioni scarsamente protettive per la parte debole del rapporto contrattuale, ove invece è ben possibile che, in presenza di eventi straordinari e imprevedibili, entrambe le parti del rapporto sopportino in parti eguali le conseguenze negative del medesimo, in una ottica di equità sociale. La difficoltà di ottenere successo in giudizio e la mancanza di un richiamo alla buona fede oggettiva rendono tale ordinamento giuridico foriero di conseguenze insostenibili sul piano economico e sociale.

5. La riforma del Codice civile tedesco in tema di obbligazioni del 2002 e il §313 BGB. Applicazione della clausola generale della buona fede oggettiva (§242 BGB)

Sulla spinta delle pressioni provenienti dall’*acquis* comunitario e internazionale, anche i singoli ordinamenti giuridici del vecchio continente hanno avviato un processo di ‘rivitalizzazione’ dei grandi ‘Codici’, sopravvissuti alla stagione ottocentesca di stampo strettamente volontaristico, ma per molti studiosi oggi equivalenti a una ‘lettera morta’⁶⁶. Ciò che si è verificato nel corso del tempo è la progressiva opera di de-codificazione di aspetti settoriali del diritto civile, rivisitati da direttive euro-unitarie poi recepite con leggi speciali. Per tale via, il diritto dei consumatori, la disciplina dei contratti bancari e di quelli finanziari, sono stati asportati dall’originario alveo codicistico, creando una eterogeneità di *corpora* normativi, determinante una sempre maggiore entropia di sistema. Allo stesso tempo, principi e istituti generali enunciati dalle norme tradizionali sono poi risultati anacronistici e di difficile applicazione alle nuove situazioni sociali (si pensi, ad esempio, ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali⁶⁷). Pertanto, a partire dall’inizio del nuovo secolo, si è avvertita l’esigenza di un ritorno alle origini, di un

⁶⁵ 2020 WL 7405262 (S.D.N.Y. Dec. 16, 2020).

⁶⁶ Così, testualmente, S. GRUNDMANN - M. SCHÄFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 2, p. 317 ss.

⁶⁷ La cui disciplina è stata introdotta, a livello europeo, dalla Direttiva n. 85/577/CE, varata dal Consiglio il 20 dicembre 1985.

inverso processo di riconduzione a unità che affidasse nuova centralità al *codex*. Una operazione siffatta intanto poteva essere compiuta in quanto si rivisitasse organicamente il testo originario delle codificazioni, tanto francese quanto alemanna, e ciò costituì l'occasione per un adeguamento di principi e per l'introduzione di nuovi istituti, maggiormente flessibili. Questo processo di rivitalizzazione ha interessato anche la disciplina delle sopravvenienze contrattuali e la giuridica rilevanza dell'obbligo di rinegoziazione. In Germania, la riforma⁶⁸ del diritto delle obbligazioni e dei contratti intervenuta nell'anno 2002 si pone come risposta ideale all'esigenza di accogliere, nell'ordinamento giuridico interno, la Direttiva comunitaria in materia di vendita di beni di consumo⁶⁹. La componente legislativa, in luogo di incorporare in una legge settoriale tale disciplina (come è accaduto in Italia, ove si è preferito accorparla al codice del consumo), ha colto l'occasione per inserire organicamente la materia nel testo tradizionale codicistico, riformando nel frattempo tutto quanto fosse risultato vetusto e non adeguato alla disciplina dei casi concreti. La conseguenza di tale opzione è che all'attualità, in Germania, la disciplina dei contratti di vendita di beni di consumo non si applica esclusivamente nell'ambito consumeristico, ma, in via generale, a tutti i contratti, sia di vendita che non, sia che si tratti di contratti stipulati da un soggetto professionale che da un consumatore⁷⁰.

Per quanto riguarda i profili principali che influenzano il diritto dei contratti in generale, i legislatori di entrambe le riforme hanno sostanzialmente modificato il loro regime in materia di inadempimento – non sempre all'unisono, bensì in modo parallelo. La rimodulazione del regime sulla violazione del contratto è stata probabilmente più importante per il legislatore tedesco nel 2002 che per il progetto di riforma francese. Il regime tedesco precedente era particolarmente complicato e insoddisfacente. Esso era caratterizzato dalla definizione di una moltitudine di forme di inadempimento, che sono state poi oggetto di una disciplina eccessivamente complessa in materia di termini di prescrizione (che andavano dai 6 mesi ai 30 anni), innescando così numerose controversie nella *law in action*⁷¹. Una delle principali incertezze di questo ordito riguardava la definizione del presupposto della rescissione. L'*ubi consistam* è che questo rimedio sia una soluzione gravosa, soprattutto per il venditore, che non solo perde il guadagno del

⁶⁸ Avvenuta con la legge 26 novembre 2001, *Bundesgesetzblatt* I, p. 3138.

⁶⁹ Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, OJEC 1999 L 171/12; per quanto riguarda la letteratura su questa misura, si veda C.M. BIANCA - S. GRUNDMANN, *EU Sales Directive – Commentary*, Colonia, 2002; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore – l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000; S. PELLET, *La garantie légale des biens de consommation – étude comparée des droits français, anglais et communautaire*, Villeneuve, 2003.

⁷⁰ Per un approfondimento sulla disciplina consumeristica e sul suo campo di applicazione nel diritto italiano si rinvia ad A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020. Sulla riforma del diritto tedesco si veda H. DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2281-2289, spec. 2281-2284.

⁷¹ Cfr. S. GRUNDMANN, *Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 3, p. 121 ss.

contratto (spesso circa il 30% del corrispettivo), ma riceve anche la restituzione del bene/servizio (con una riduzione, talora elevata, del suo valore, per via dell'uso) e può dover sostenere i costi di restituzione (trasporto, rimozione e reinstallazione di beni sostitutivi). *Ergo*, la rescissione costituisce una soluzione onerosa, nonché un forte incentivo per ciascuna parte, ma soprattutto per il venditore/fornitore di servizi, a rispettare gli obblighi previsti dal contratto.

In tale prospettiva, posta la economica non convenienza dell'esperimento dei rimedi risolutivi o rescissori, uno dei punti focali della riforma del diritto delle obbligazioni si è incentrato sull'alterazione del fondamento negoziale, ad oggi disciplinato dal 'nuovo' §313 BGB⁷². Dal tenore letterale del paragrafo si comprende, *ictu oculi*, che si tratta di una norma destinata a correggere il principio "*pacta sunt servanda*", per evitare che le parti restino vincolate ad un contratto il cui adempimento comporterebbe per una di esse un'ingiustizia insopportabile. I prerequisiti di una tale modifica, tuttavia, sono rigidi. Si necessita un'alterazione veramente grave e profonda delle condizioni esterne che sono divenute, per ambedue le parti, esplicitamente il fondamento del contratto concluso. La metamorfosi di quelle condizioni deve essere talmente incisiva sull'equilibrio del contratto che sarebbe inconcepibile insistere sull'adempimento del negozio inalterato. È poi fondamentale notare come la norma preveda, di regola, non lo scioglimento, ma l'adeguamento del contratto in modo da salvaguardare il più possibile il rapporto creato dalle parti in base alla propria autonomia contrattuale. La giurisprudenza alemanna aveva concepito, prima della riforma del 2002, l'adeguamento del contratto come un automatismo legale, che richiedeva soltanto la determinazione e la conferma, da parte del giudice, delle nuove condizioni contrattuali già subentrate per via di legge, ma imprevedibili per le parti. Nella nuova normativa è, invece, previsto che siano le medesime a decidere in che modo, quanto e in che senso, vogliano modificare il contratto. Lo strumento giuridico per arrivare a questo effetto non è più un automatismo di adeguamento. La nuova norma concede invece alla parte svantaggiata la pretesa di chiedere al contraente una modificazione del contratto. Se quest'ultimo

⁷² Il § 313 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) recita come segue: «1. Se le circostanze, divenute base del contratto, sono alterate dopo la conclusione del contratto in modo talmente rilevante che le parti, se avessero previsto quest'alterazione delle circostanze, non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso, ciascuna parte può chiedere all'altra l'adeguamento del contratto in quanto non può presumersi per una parte di rimanere vincolata al contratto invariato, considerando tutte le circostanze del singolo caso, e in particolar modo la ripartizione del rischio contrattuale o legale. 2. All'alterazione delle circostanze equivale la situazione in cui le idee essenziali delle parti, divenute base del contratto, si rivelino erronee. 3. Nel caso in cui un adeguamento del contratto non sia possibile o non possa essere preteso da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei contratti di lunga durata il diritto di risolvere il contratto sostituisce il diritto al recesso dal contratto stesso». Per una visione comparata in tema di gestione delle sopravvenienze, si veda riguardo a C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019, *passim*.

si rifiuta di entrare in trattative, la parte svantaggiata ha il diritto di citarlo in giudizio per ottenere l'adeguamento⁷³.

Si tratta di un rimedio germogliato sul tronco fertile del principio di buona fede oggettiva previsto dal §242 BGB. In una prima versione, il BGB presentava una clausola di buona fede molto più ampia dell'attuale, poi suddivisa nei paragrafi 157 e 242. Tale partizione non è, di per sé, indice di una volontà del legislatore di limitare la portata fenomenologica del canone di buona fede. Il par. 242 deve la sua rilevanza innanzitutto ai giuristi dell'epoca successiva alla emanazione del codice (avvenuta, come noto, nell'anno 1900): essi interpretarono la norma in modo da estenderne la sua accezione oltre la fase di esecuzione del contratto. Sarebbe poi seguito, il lavoro delle Corti che, con "obbedienza ragionata", cominciarono a riempire di contenuto quella formula altrimenti troppo vaga. È quindi solo nell'epoca dello Stato sociale che il par. 242 BGB verrà trasformato da semplice "ghianda normativa" in una "quercia giurisprudenziale", che estenderà i suoi rami a moltissimi settori del diritto tedesco⁷⁴. Proprio per tale motivo si segnala, in dottrina, che l'innovazione apportata dalla disposizione appena menovata fa capo, del resto, a una giurisprudenza ormai ultrasecolare, risalente a tempi addirittura anteriori al BGB e incrementatasi nei periodi successivi alle due guerre mondiali, sicché la nuova regola, nel 'codificare' la massima giurisprudenziale consolidata, costituisce una "modernizzazione" in senso lato e dunque piuttosto relativo, utile soltanto a confermare, con la veste e il crisma del diritto positivo (simbolicamente più incisivo in quanto consacrato nel codice civile) un principio da tempo consolidato e indiscusso nel diritto vivente⁷⁵.

In sostanza, in modo analogo a precedenti orientamenti di diritto vivente, il paragrafo 313 pone un obbligo giuridico di rinegoziazione, che risulta la conseguenza ontologicamente necessaria di una ipotesi di *Wegfall* (caducazione o eliminazione di situazioni antecedenti) o, nella dizione attuale della norma, di *Störung* (interferenze sopravvenute sul rapporto negoziale). Attualmente, a seguito della novella normativa, è indiscutibile che l'obbligo giuridico sia realmente tale. Del resto, nel senso che i contraenti hanno l'obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all'adeguamento del contratto, si è pronunciata anche la Corte Suprema tedesca. Essa ha più volte ribadito che «il diritto della parte svantaggiata da un'interruzione della base contrattuale di modificare il negozio obbliga l'altra parte a collaborare alla modifica». Ancora, «reclamo e obbligo sono due facce dello stesso diritto»: con ciò si intende dire che il diritto a pretendere l'adeguamento del contratto, implica l'esistenza dell'obbligo di adeguare il medesimo

⁷³ Cfr. U. STEIN, *La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB – Codice civile tedesco) sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni (Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz)*, *Lezioni fiorentine 10/11/12 aprile 2017*, in personaemercato.it

⁷⁴ Cfr. L. CRUCIANI, *La clausola generale di buona fede secondo il pensiero giuridico contemporaneo*, relazione presentata nel corso del Convegno "Privato, pubblico, globale nella prospettiva del diritto comparato", Enna-Catania, 28-29 maggio 2010.

⁷⁵ Cfr. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione ai tempi della crisi*, in *Giustizia Civile*, 2014, 3, p. 825 ss.

attraverso la rinegoziazione⁷⁶. L'obbligo trova giustificazione nel principio di buona fede, nel senso che ogni singola parte è tenuta a comportarsi secondo correttezza nella esecuzione delle prestazioni e, soprattutto, ai sensi del §242 BGB, il creditore è tenuto ad agevolare, per quanto possibile, il debitore nell'adempimento. Se ciò è vero, in quanto si tratta di regola corrispondente a principi solidaristici immanenti all'ordinamento (art. 1 della Legge fondamentale tedesca, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* del 1949), l'agevolazione nell'adempimento significa anche, a valle, obbligo di rinegoziare in caso di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili.

Il principio è stato applicato con successo anche alle sopravvenienze contrattuali⁷⁷ derivanti dalla pandemia SarS-CoV-2, e in particolare ai contratti di locazione di immobili a uso commerciale. Al tempo presente, risulta un'unica pronuncia fondamentale da parte della Corte Suprema federale, intervenuta esattamente su tali fattispecie⁷⁸. È da sottolineare preliminarmente che la pronuncia acquisisce immensa rilevanza alla luce del fatto che, in Italia ma anche in buona parte degli altri Paesi del vecchio continente, mancano simili arresti delle relative Corti di ultima istanza. Al momento in cui si scrive, e a livello europeo, sembra che solo la *Bundesgerichtshof* abbia provveduto a orientare gli interpreti, con soluzioni che, *mutatis mutandis*, sembrano estensibili anche ad altre esperienze.

Il *case law* riguardava due parti che avevano concluso un contratto di locazione di un immobile adibito a uso commerciale⁷⁹. Nel corso della pandemia esplosa tra i mesi di febbraio e marzo 2020, l'Autorità

⁷⁶ Le proposizioni virgolettate sono tratte da BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), in *NJW*, 2012, 373, commentata da J.D. LÜTTRINGHAUS, *Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage*, in *AcP* 213 (2013), p. 266 ss.

⁷⁷ Per economia dell'analisi, sono state oggetto di indagine le vicende relative agli orditi normativi tedesco e francese (oltre quello domestico), anche alla luce dei recenti interventi di riforma che hanno preceduto lo scoppio dell'emergenza sanitaria. Per completezza di analisi, con particolare riguardo alla Spagna, si veda G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Aspectos jurídicos del Coronavirus*, Reus, Madrid, 2020. Per esempio in tema finanziario in Spagna, il RD-ley 8/2020 de 17 de marzo (arts. 8 ss.). 2) RD-ley 11/2020, de 31 de marzo (art. 21) hanno stabilito che i prestiti con garanzia ipotecaria, per l'acquisto di residenza familiare o il pagamento della locazione di immobili connessi all'attività economica sviluppata da imprenditori e professionisti e i mutui non ipotecari (personali) sono soggetti a una moratoria di tre mesi. Durante il differimento non vengono maturati interessi. Va precisato, però, che queste misure hanno avuto riguardo solo ai mutuatari che si trovavano in una posizione vulnerabile.

⁷⁸ BGH, 1° aprile 2021, 8 U 1099/20, in *openJur* 2021, 16286 (<https://openjur.de/u/2336856.html>).

⁷⁹ In Spagna invece, la disciplina è contenuta nel RD-ley 11/2020, del 31 marzo 2020. La disciplina ha previsto per i contratti di locazione di immobili urbani ad uso abitativo, la sospensione, dal 2 aprile e fino a sei mesi dopo la fine dello stato di allarme, di tutti gli sfratti nelle locazioni di abitazioni. Tutti i contratti di locazione che scadono in quel periodo vengono automaticamente prorogati, se l'inquilino lo desidera, fino a due mesi dopo la durata dello stato di allarme. Per quanto riguarda il pagamento dei canoni di locazione si distingue tra piccoli proprietari e grandi detentori. Tutti i piccoli proprietari riceveranno il canone completo e non dovranno accettare alcuna moratoria se non lo desiderano. I grandi proprietari, invece, devono assumere una detrazione del 50% del canone di locazione o una dilazione di pagamento che sarà ritardata fino al 14 luglio 2020 e che il conduttore pagherà senza interessi a rate per almeno tre anni, che saranno conteggiati a partire dal momento in cui la situazione sarà superata, o dalla fine del periodo di quattro mesi, sempre che il rapporto contrattuale sia ancora in corso. Si è stabilito, inoltre, l'accesso a una linea di credito agevolata a tasso zero in favore di tutti gli inquilini in difficoltà, con intesa che la somma oggetto del prestito dovrà essere restituita entro 6 anni, estendibili a 10. Se ci sono inquilini che, anche dopo aver avuto accesso a questo credito speciale, non possono comunque permettersi di pagare l'affitto, avranno un ulteriore aiuto pubblico per pagare il canone di locazione. Per quanto riguarda i contratti di locazione commerciale, prevale l'accordo delle parti. Nei contratti in cui il locatore è una

regionale locale e il Governo centrale avevano emanato talune ordinanze di urgenza, disponenti la chiusura dei locali commerciali. La mancanza di entrate pecuniarie in capo al debitore della prestazione locatizia aveva determinato un suo inadempimento circa l'obbligo di pagamento del canone. È da precisare che la parte debitrice già versava in precedenza in uno stato di insolvenza, tanto che una agenzia di riscossione del credito aveva provveduto a pignorare uno dei conti correnti del debitore. Ciò nonostante, si era riscontrato un parziale pagamento dei canoni dovuti per i mesi successivi, a partire da giugno 2020. La Corte Suprema federale chiarisce che la incidenza di provvedimenti di diritto pubblico (*factum principis*) costituisce circostanza idonea ad alterare significativamente il fondamento della contrattazione, ai sensi di quanto previsto dal § 313 BGB. Ciò, per altro, non vale solo per i mesi di febbraio e marzo 2020, ma anche per quelli che vanno da aprile a giugno del medesimo anno, posto che nel medesimo periodo sono state promulgate leggi e altri provvedimenti che, nel diritto civile, del lavoro e anche in quello fallimentare, sono finalizzati a proteggere i lavoratori dal pericolo di licenziamento, e gli imprenditori dal rischio di insolvenza. La *ratio legis* risiede nella circostanza che il legislatore aborrisse ipotesi in cui la parte lesa del rapporto subisca conseguenze pregiudizievoli. Secondo l'interpretazione adottata dai giudici berlinesi, l'applicazione del § 313 BGB al caso di specie si fonda su una base di tipo "commerciale", una di tipo ipotetico, e una di tipo normativo. Quanto alla argomentazione di carattere aziendale o commerciale, è da sottolineare che entrambe le parti potevano essere considerate, con riguardo alla specifica attività da ciascuna esercitata, soggetti di tipo professionale. Il contratto di locazione era stato concluso affinché il locatario potesse gestire una sala giochi. È del tutto naturale ritenere che, ai tempi in cui il contratto fu concluso, l'esplosione di una pandemia con conseguente cessazione della vita pubblica e chiusura dei locali di ritrovo sociale, non costituiva una di quelle eventualità che le parti, ordinariamente, potevano includere nella nozione di rischio connesso all'esercizio di quella attività imprenditoriale specifica. È proprio poiché l'evento nefasto epidemiologico non costituisce un rischio ordinariamente collegato all'esercizio commerciale di una sala giochi, che è possibile affermare che i provvedimenti pubblici di chiusura siano idonei a determinare un inaspettato mutamento dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali⁸⁰.

società o un ente di edilizia residenziale pubblica o un grande detentore, il pagamento dell'affitto sarà differito, senza penali o interessi; le rate saranno pagate in due anni, a decorrere dal momento in cui la situazione di allarme viene superata o dalla fine del periodo di quattro mesi, e sempre entro la durata del contratto di locazione o di una sua eventuale proroga. Se il locatore è un piccolo proprietario, il locatario può chiedere un rinvio temporaneo e straordinario del pagamento del canone di locazione, purché tale rinvio o riduzione del canone non sia stato volontariamente concordato da entrambe le parti; inoltre, nell'ambito del contratto può disporre liberamente della cauzione prevista dall'articolo 36 della legge 29/1994, del 24 novembre 1994, che può essere utilizzata per il pagamento totale o parziale di uno o più mensilità.

⁸⁰ Nel medesimo senso, OLG Dresden, 24 febbraio 2021, 5 U 1782/20 (in <https://openjur.de/u/2323064.html>). A parere della Corte di secondo grado, e contrariamente da quanto ritenuto in primo grado dalla Corte regionale di Chemnitz, è possibile per il giudice, ai sensi del §313 BGB, ridurre il canone di locazione della metà, in considerazione

L'argomento ipotetico, professato dalla Corte Suprema, si basa su un giudizio controfattuale. In breve è necessario verificare se le parti, qualora avessero conosciuto in anticipo la imminente pandemia, sarebbero pervenute comunque alla conclusione del contratto, e se lo avessero concluso alle medesime condizioni e ai medesimi termini in cui lo hanno effettivamente stipulato nel tempo passato. Qualora la risposta a tale domanda sia negativa, risulta del tutto evidente che gli eventi sopravvenuti debbano essere considerati idonei a incidere sul sinallagma contrattuale⁸¹.

Il nodo gordiano, tuttavia, nella logica della motivazione, appare quello normativo strettamente ancorato al disposto del §313 BGB. Una interpretazione ragionevole di tale ultimo, porta a ritenere che nessuna delle due parti può essere tenuta a sopportare, per l'intero, ogni possibile ed astrattamente verificabile tipologia di rischio o di avversità. Né il creditore, né il debitore, infatti, sono lasciati per così dire "allo scoperto" dagli apparati legislativi, quando vengano a verificarsi eventi che fuoriescono dall'area del rischio ordinario o comunque 'consentito' per quella tipologia specifica di impresa, o attività professionale esercitata. Ai sensi del §313, e ancor più ai sensi del §242 BGB, deve ritenersi ragionevole che, in presenza di siffatti imprevisti, entrambi i paciscenti sopportino, congiuntamente, le conseguenze lesive derivanti dai medesimi.

Se tale è la regola deducibile dal principio di buona fede e da quello di adeguamento del contratto, il corollario che costituisce la soluzione del caso di specie si concretizza in quanto segue: per il periodo di chiusura totale della attività commerciale, il canone di locazione deve essere ridotto dal giudice alla metà. Invece, nei periodi privi di restrizioni, il canone dovrà essere corrisposto per l'intero. Non può essere accolta, poi, la richiesta di scioglimento del contratto che era stata avanzata dalla controparte. Si tratterebbe di una soluzione contraria alla buona fede oggettiva, ma anche irragionevole sul piano della convenienza economica, posto che entrambe le parti hanno interesse alla prosecuzione del rapporto e che entrambe possono continuare a trarre da esso un utile, anche se in misura minore di quanto originariamente previsto.

Interessante è la presunzione (passibile di prova contraria) elaborata pretoriamente dalla medesima Corte Suprema. Essa sancisce che, quando la chiusura di una attività commerciale si prolunghi per almeno un mese o anche di più, debba presumersi, anche in assenza di specifica allegazione, la esistenza di "conseguenze esistenziali significative", idonee a giustificare, anche dal punto di vista dell'equità, una riduzione del canone locatizio⁸².

della circostanza che i provvedimenti di urgenza emanati hanno impedito alla convenuta in giudizio di esperire la sua attività commerciale di vendita al dettaglio di materiali tessili. Per il periodo in cui l'attività in esame non ha subito restrizioni di chiusura, il canone locatizio è invece dovuto per l'intero.

⁸¹ Argomento, questo ultimo, già adoperato in precedenza da LG Heidelberg, sentenza del 30 luglio 2020 - 5 O 66/20, in openJur.de.

⁸² Cfr. par. 122 sent. cit.

In conclusione, ciò che assume rilevanza agli occhi della Corte Suprema è un attento scrutinio del nesso eziologico. Bisogna verificare se la ragione dell'inadempimento risieda realmente e causalmente nell'evento sopravvenuto di tipo imprevedibile. Una volta conclusa tale prima fase di verifica, dovrà seguire un ulteriore controllo circa l'ordinario rischio che normalmente una parte assume nella contrattazione specifica oggetto di causa, e circa eventuali coincidenze tra rischio ordinario ed evento poi concretamente verificatosi. Solo se l'evento non coincida con quelli che possano rientrare nell'area del rischio 'consentito', potrà concedersi al debitore che sia incolpevole, il diritto di chiedere al giudice (in mancanza di accordo col creditore) una rimodulazione delle condizioni negoziali. È allora possibile avvedersi di come il rimedio introdotto con la riforma del diritto delle obbligazioni abbia dato buona prova di sé, nell'ambito della crisi determinata dalla pandemia. In un momento storico di fortissimo *stress* ordinamentale, la clausola di cui al §313 BGB ha svolto la funzione di 'valvola di sicurezza', che ha impedito il collasso dell'intero circuito economico-contrattuale. Il punto di forza della disposizione nascente dalla novella del 2002 è che, analogamente a quanto aspirerebbero i Principi Unidroit (che tuttavia restano relegati all'area del *soft law*), essa pone un vero e proprio obbligo giuridico, coercibile dal giudice qualora la parte si comporti (come se fosse) in malafede. Deve essere individuato in tale profilo, il segreto della "formula di successo" del rimedio della rinegoziazione. Quando i presupposti del suo utilizzo siano chiari e ben determinati (evento del tutto imprevedibile, fuoriuscita dal rischio ordinario, sopravvenienza rispetto al periodo della stipulazione), si tratta di rimedio che non lede la certezza dei traffici giuridici, e che anzi contribuisce alla redistribuzione delle perdite secondo modalità solidaristicamente accettabili⁸³.

6. La novella codicistica francese del 2016 e la riforma dell'art. 1195 Code civil: le possibili ripercussioni in ambito domestico

Il diritto delle obbligazioni è stato oggetto di riforma anche in Francia nell'anno 2016: in particolare a far data dal 1° ottobre è entrato in vigore il decreto 10 febbraio 2016, nr. 131 che ha profondamente innovato il Codice Napoleone in materia di obbligazioni e contratti. Si è sicuramente trattato di una delle riforme più significative e radicali del Codice civile francese a far data dalla sua promulgazione nel 1804⁸⁴.

⁸³ Per approfondimenti sugli effetti della pandemia nella contrattualistica locatizia tedesca si rinvia a V. BARBA, *I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2020, 2, p. 14 ss. Più in generale sulla rinegoziazione e sulla allocazione del rischio si veda V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 165 ss. In chiave critica rispetto al criterio del riparto del rischio economico N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 11 ss.

⁸⁴ Su cui si veda D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.

Il Codice Napoleone nella sua formulazione originaria non aveva disciplinato la clausola *rebus sic stantibus* e più in generale aveva dato uno scarso margine anche alla rescissione del contratto per lesione. Si riteneva infatti pericoloso dar ingresso nel codice ai c.d. istituti equitativi. In queste condizioni per molto tempo la giurisprudenza francese ha sistematicamente negato ogni rilevanza alla sopravvenienza contrattuale in rigoroso ossequio al principio *pacta sunt servanda*⁸⁵. Emblematica a questo proposito appare una famosa sentenza pronunciata nel 1876 dalla Corte di Cassazione, comunemente nota come *affaire du Canal de Craponne*, in cui si nega alla radice ogni spazio di operatività alla teoria dell'imprevidenza⁸⁶. Si tratta di una teoria giuridica che prevede che, nell'ambito dell'esecuzione di un contratto, una modifica generale del suo equilibrio a causa di un cambiamento di circostanze non prevedibili al momento dell'esecuzione, impone un riesame da parte del giudice, a vantaggio della parte lesa dalle mutate circostanze⁸⁷.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, tuttavia, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* ha rivalutato tale principio riconoscendo, in alcuni casi specifici, l'obbligo di rinegoziare un accordo per una delle parti, in nome del principio secondo il quale le pattuizioni devono essere eseguite in buona fede, senza tuttavia consentire la modifica o la risoluzione da parte del giudice di una clausola del contratto al mutare delle circostanze⁸⁸. In particolare, una pronuncia di poco più di dieci anni orsono, sembra aver apportato un cambiamento significativo. La Suprema Corte aveva infatti censurato una decisione con la quale il giudice di appello non aveva indagato sul fatto che un cambiamento profondo e imprevedibile delle circostanze economiche, potesse aver avuto luogo, senza quindi riconoscere che ciò costituiva evento idoneo a mettere in dubbio la debenza della prestazione da parte del debitore⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992, 85 ss.; P. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riguardo alle soppravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2018, 1, p. 27 ss.

⁸⁶ Cass. civ., 6 mars 1876, 6, D.P. 1876, I, 193. La Corte di Cassazione francese respinge l'ipotesi di un riesame del contratto da parte del giudice, anche se si è in presenza di un profondo mutamento delle circostanze che incidono sulla congruità del contratto. Poiché “gli accordi legalmente formati sostituiscono la legge per chi li ha stipulati” (*ex art. 1134 code civil*), non occorre autorizzare il giudice a porsi al di sopra della legge voluta dall'autorità delle parti. Finché le condizioni essenziali del contratto sono soddisfatte, non è necessario rivedere il contratto. In dottrina si veda C. GIUSTI, *La gestione, op. cit.*, p. 124 ss. Di particolare interesse fu invece la pronuncia del Consiglio di Stato francese del 1916 nell'altresì noto *arrêt Gaz de Bordenax*, il quale riconobbe alla società fornitrice di gas naturale al comune di Bordeaux il diritto alla rinegoziazione dell'accordo stipulato prima dell'esorbitante aumento del costo del carbone (lievitato in pochi anni a cause degli eventi bellici mondiali da 20 franchi /ton alla considerevole cifra di 174 franchi /tonn. Tale pronuncia, che effettuava un *revirement* di quella di primo grado, si fondava sul principio della superiorità del buon andamento e della continuità dei servizi pubblici rispetto alle condizioni contrattuali. Tale erosione del principio cardine *pacta sunt servanda*, non ebbe inizialmente seguito in particolar modo nei giudici di natura privatistica. Cfr. V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprevision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2018, p. 392 ss.

⁸⁷ Per approfondimenti, cfr. E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla “Révision pour imprévision”*, in *Persona e Mercato*, 2018, 1, p. 131 ss.; F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle?*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 13, 721 ss.; Y. BUFFELAN-LANORE - V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, XV éd., Paris, 2017, p. 508 ss.; D. HOUTCHIEFF, *Droit des contrats*, II éd., Paris-Bruxelles, 2016, p.442 ss.

⁸⁸ Cfr. Soc. 25 février 1992, no 89-41.634, e Com. 3 novembre 1992 no 90-18.547, in *Légifrance*.

⁸⁹ *Cour de cassation*, Chambre commerciale, 29 juin 2010, no. 09-67.369, in *Légifrance*. La pronuncia, nota come caso «SOFFIMAT», aveva a oggetto un contratto della durata pari a dodici anni, stipulato nel 1998. Oggetto della prestazione

Una tale avversione e, in seguito, timida apertura verso la teoria della *imprevision* contrastava con l'accoglimento diffuso della dottrina della forza maggiore, in forza della quale un evento straordinario e imprevedibile esonerava da ogni responsabilità. Si palesava una scissione tra ambito contrattuale, ove non era possibile addivenire a una rinegoziazione 'di diritto', e della responsabilità civile, ove invece erano ammesse zone di 'impunità'.

Il progetto di riforma del diritto contrattuale, elaborato all'inizio degli anni 2000, teneva conto dell'evoluzione giurisprudenziale degli anni '90. I nuovi articoli proposti, dal 1135-1 al 1135-3, introducevano la possibilità di impegnarsi a rinegoziare un contratto in caso di mutamento delle circostanze economiche, o di adire il giudice per ordinare tali rinegoziazioni. Il loro fallimento senza malafede conferiva a ciascuna delle parti la possibilità di risolvere il contratto gratuitamente, ma accollandosi il rischio. Tuttavia, queste disposizioni proposte non consentivano al giudice di correggere l'equilibrio del contratto modificando una clausola (fissazione dell'indennità) per consentirne la prosecuzione, come invece il giudice amministrativo francese può fare con riguardo a un contratto stipulato con la pubblica amministrazione.

L'intervento normativo del 2016, ispirato al progetto preliminare Catala⁹⁰, segna un completo abbandono della giurisprudenza "*Canal de Craponne*", andando così ben oltre il progetto preliminare e gli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione. Il novellato articolo 1195 *Code civil*, pur integrando la possibilità per una parte di chiedere la rinegoziazione del contratto, consente anche al giudice civile di pronunciare la sua modifica per consentirne la prosecuzione o, in mancanza, la sua risoluzione⁹¹.

L'art. 1195 *Code civil* dispone oramai che, qualora un cambiamento imprevedibile delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto ne renda eccessivamente onerosa la esecuzione per una delle parti, quest'ultima potrà chiederne la rinegoziazione, continuando ad adempiere ai propri obblighi durante la fase di trattazione, purché essa non abbia previamente accettato il rischio dell'evento

era la manutenzione di motori industriali ad intervalli periodici, pari ad ogni 30.000 ore di funzionamento. La società Soffimat procedeva a richiedere un aumento del compenso pattuito (da 384.000 a 400.000 euro), adducendo come motivazione talune circostanze sopravvenute. Nella pronuncia la Suprema Corte precisa che lo sconvolgimento del contratto dovuto a sopravvenute circostanze economiche rende la debenza della prestazione seriamente discutibile, posto che l'altra parte si è rifiutata di rinegoziare secondo i canoni di buona fede. In particolare, l'obbligo di buona fede deve disciplinare l'esecuzione degli accordi contrattuali, e impone di accettare la richiesta di rinegoziazione del contratto, quando questo risulti profondamente squilibrato a seguito di uno sconvolgimento delle condizioni economiche.

⁹⁰ Progetto preliminare presentato dalla commissione Pierre Catala al custode dei sigilli Pascal Clément il 22 settembre 2005, art. 1135-1 a 1135-3, p. 85. Il progetto è liberamente consultabile in lingua francese al seguente indirizzo: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/. In merito alla riforma, con riferimento alle regole dell'interpretazione contrattuale, si veda G. CAPILLI, *L'interpretazione del contratto secondo gli usi*, Napoli, 2017.

⁹¹ In dottrina è stato ribadito come la riforma francese sia di particolare interesse, in una prospettiva emulativa, sia per ragioni storico-politiche, ma anche economiche in quanto un sistema che contempra soluzioni moderne e già da tempo acquisite nella sensibilità giuridica degli operatori, si rivelerebbe molto ambito soprattutto dagli imprenditori che potrebbero essere interessati a concludere contratti internazionali potenzialmente regolati, in virtù delle legge o della volontà delle parti, dal diritto civile francese., cfr. E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "revision pour imprevision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2017, p. 1517 ss. e C. GIUSTI, *La gestione, op. cit.*, p. 136.

che poi si è concretamente verificato. Si tratta dunque di una disposizione legislativa chiaramente riprodotte le condizioni e i caratteri delle clausole contenute nei principi Unidroit e nei PECL, di cui risulta fundamentalmente debitrice. In tal senso è possibile oramai dichiarare chiuso, nel diritto francese, il circolo ermeneutico, posto che le elaborazioni di *soft law* hanno trovato recepimento nelle fonti di legge primaria, tali ultime vincolanti.

L'obiettivo è quello di rimettere il contratto “nelle mani” delle parti, invitandole a “salvarlo” in caso di inesecuzione⁹². Nell'ipotesi di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti (qualora non decidano di risolvere il contratto) possono di comune accordo adire il giudice affinché proceda alle modifiche del medesimo, o affinché gli metta fine, alla data e alle condizioni che il giudicante decida di fissare. Anche in mancanza di accordo, la parte che lo desidera potrà comunque adire l'autorità giudiziaria ai medesimi fini. Si tratta, pertanto, di una vera e propria risoluzione giudiziale del contratto, non fondata sull'inadempimento della prestazione, ma sulle circostanze che l'hanno resa eccessivamente onerosa⁹³.

Una volta posto il principio della ‘imprevisione’ all'interno del *Code civil*, parte della dottrina ha ritenuto che la mera possibilità di richiedere una rinegoziazione, già peraltro esistente nella pratica, non fosse sufficiente. Sarebbe stato invece più opportuno che il legislatore avesse posto un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziare⁹⁴. Talune perplessità sono state sollevate, altresì, con riguardo alla vastità e alla scarsa definizione dei poteri affidati al giudice che può revisionare, risolvere o adattare il contratto⁹⁵.

Presupposto applicativo dell'istituto è, in ogni caso, “l'imprevedibile e non l'inevitabile”. Differentemente da quanto disposto da un precedente progetto di riforma presentato nel corso del 2008, non si richiede più che la difficoltà incontrata dalla parte sia insormontabile, alla stregua di quanto accade per la forza maggiore. Il tenore testuale così formulato fu considerato eccessivamente restrittivo, in quanto appunto ricalcante integralmente, per questi profili, il testo dell'art. 1218 *Code civil*. All'attualità, si richiede, *sic et simpliciter*, che l'evento non sia ragionevolmente prevedibile e che la parte non abbia accettato il relativo rischio contrattuale, ammettendosi così implicitamente la liceità di clausole negoziali che escludano *tout court* l'applicazione della teoria della *imprevision*. Peraltro, si ha cura di specificare (da parte del formante

⁹² In questo senso F. ANCEL - B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021, p. 203 ss.

⁹³ Come segnalato da F. ANCEL - B. FAUVARQUE-COSSON, *ult. op. cit.*, p. 204-205, ci sono voluti ben 124 anni per sancire la regola dell'ingiustificato arricchimento, e altri 140 per superare la giurisprudenza del canale di Craponne!

⁹⁴ Durante alcune riunioni del gruppo “ministro”, in sede di formazione del nuovo codice civile, alcuni membri hanno sostenuto che l'articolo non avrebbe potuto avere una portata reale se non obbligando le parti a rinegoziare e vincolando il giudice ai contenuti di detto accordo ai fini dell'adeguamento del contratto. Tale soluzione non fu al fine adottata, poiché si intendeva evitare che questo obbligo giuridico e il suo adempimento ingenerassero controversie, nonché coinvolgere le parti nel meccanismo messo in atto dall'articolo in esame.

⁹⁵ Sul punto si sono avute le più accese discussioni tra Senato, Ministro della Giustizia e dottrina in sede di lavori preparatori. Al fine, la soluzione adottata dal governo è stata quella di escludere la teoria dell'imprevisione (e il potere di adattamento del giudice), solo per i contratti aventi a oggetto strumenti finanziari (articolo L. 211-40-1 *code monétaire et financier*). Per approfondimenti, cfr. F. ANCEL - B. FAUVARQUE-COSSON, *ult. op. cit.*, p. 208-209.

dottrinale) che la disposizione in esame si applica a tutti i contratti, e non solo a quelli di durata disciplinati dall'art. 1111-1 *Code civil*⁹⁶. Allo stesso modo, è stata sottolineata anche la differenza rispetto alla forza maggiore prevista dall'art. 1218. Tale ultima rende semplicemente impossibile l'adempimento del contratto, mentre la prima implica solo che la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, rimanendo però possibile⁹⁷.

L'istituto giuridico della rinegoziazione ha trovato applicazione anche durante la crisi pandemica da SarS-CoV-2. Nei casi in cui la pandemia e le misure sanitarie successive non soddisfino le condizioni per qualificarsi come eventi di forza maggiore, ma rendano più oneroso per una parte l'adempimento degli obblighi derivanti da un contratto, quest'ultima può quindi usufruire del beneficio della disposizione di legge sulla rinegoziazione. Invero, tuttavia, la situazione appare ben diversa rispetto a quella esistente in territorio alemanno. Infatti, *prima facie*, manca una pronuncia della Corte Suprema francese che anzi, anche prima della crisi pandemica, si è mostrata assai restia⁹⁸ ad applicare l'art. 1195 *Code civil*. Anche taluni precedenti delle Corti di merito, pur sempre anteriormente all'evento pandemico, preferivano far riferimento alla clausola di forza maggiore⁹⁹, piuttosto che a quella di rinegoziazione. Allo stesso tempo, per patologie diverse dal "Covid", si è talvolta negato che l'epidemia costituisca un evento "straordinario e imprevedibile"¹⁰⁰.

Un atteggiamento pretorio, dunque, caratterizzato ancora da diffidente prudenza, quasi a voler mantenere artificiosamente in vita la vecchia teoria fondata sull'antico brocardo "*pacta sunt servanda*". In tale prospettiva sembrano ben lontani, in territorio francese, gli echi dell'esperienza tedesca, tutta costruita sul 'felice tronco fertile' della buona fede oggettiva. Con particolare riferimento al virus SarS-Cov-2, la

⁹⁶ Cfr. *Rapport* n. 22 (2017-2018) del Senatore François Pillet, in nome della *commission des lois*, depositato l'11 ottobre 2017, p. 62 ss. Il rapporto è consultabile al seguente indirizzo: https://www.senat.fr/rapports-senateur/pillet_francois07034q2017.html.

⁹⁷ Per approfondimenti cfr. A. LECOURT, *L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés: aspects théoriques et pratiques*, in *RTDCom.*, 2016, p. 767 ; O. DESHAYES - T. GENICON - Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, p. 386 ss. ; Y.M. LAITHIER, *A propos de la réception des contrats relationnels en droit français*, in *Dalloz, Chr.*, 2006, p.1003 ss. ; C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, IV éd., Paris, 2016, p. 220-221.

⁹⁸ Come è possibile avvedersi consultando il Commentario di diritto civile (sub. art. 1195) presso il sito *Dalloz*, la Cassazione francese non ha mai applicato detto articolo sino al 2019, nonostante che la disposizione sia entrata in vigore a partire dal gennaio 2017.

⁹⁹ In tema di forza maggiore si abbia riguardo a A.G. DIANA, *La forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano, 2021, *passim*.

¹⁰⁰ Cfr. CA Basse-Terre, 17 dicembre 2018, no. 17/00739, in *Légifrance*. Il caso aveva ad oggetto la stipulazione di un contratto di viaggio "tutto compreso". Secondo i giudici della Corte d'Appello, "per quanto riguarda la presenza del virus *chikungunya*, nonostante le sue caratteristiche (dolori articolari, febbre, mal di testa, affaticamento, ecc.) e la sua prevalenza nella regione dell'India occidentale e in particolare nell'isola di Saint-Barthélemy durante il 2013-2014, questo evento non soddisfa le caratteristiche di forza maggiore ai sensi delle disposizioni dell'articolo 1148 del codice civile. Infatti, questa epidemia non può essere considerata come avente un carattere imprevedibile e soprattutto irresistibile poiché in tutti i casi, questa malattia alleviata dagli analgesici è generalmente superabile (gli intervistati non hanno menzionato una particolare debolezza medica) e l'*hotel* potrebbe onorare il suo servizio durante questo periodo".

Corte d'Appello di Colmar ha preferito richiamare la clausola di forza maggiore, ritenendo che il passaggio della zona dell'Alto e del Basso Reno da rischio "2" a rischio "3" e le relative misure restrittive costituissero eventi eccezionali, straordinari e imprevedibili¹⁰¹. La conseguenza è la sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione e scioglimento del contratto, senza peraltro che sia imputabile al debitore alcuna forma di responsabilità (*force majeure*). Con particolare riguardo all'istituto della rinegoziazione, invece, è da specificare che esso sarà applicabile esclusivamente ai contratti stipulati successivamente alla entrata in vigore della nuova norma (art. 1195 *Code civil*)¹⁰². *Punctum individuationis* dell'intera problematica giuridica è stabilire se la pandemia da SarS-CoV-2 possa essere idonea a determinare un mutamento sopravvenuto delle circostanze tale da inficiare il sinallagma negoziale. Quesito al quale la Corte Suprema tedesca ha fornito, senza dubbi, risposta affermativa. Chiaramente, anche l'art. 1195 *Code civil* richiede, e questa volta *expressis verbis*, che l'evento non rientri nel rischio ordinario normalmente ed eziologicamente riconnesso alla esecuzione dello specifico contratto. In mancanza di una pronuncia *ad hoc* della *Cour de Cassation*, dovranno dunque escludersi dalla applicazione della rinegoziazione, tutti quei contratti precipuamente stipulati tenendo bene a mente l'evento pandemico. Data la portata di quest'ultimo, si potrebbe probabilmente sostenere che esso, ma soprattutto le sue conseguenze (restrizioni ai viaggi, chiusura delle frontiere, divieto di assembramenti, obbligo del *green pass*, ecc.) costituiscano un cambiamento rilevante di circostanze fattuali. Dimostrare l'imprevedibilità di questo cambiamento sarà più difficile. Essa dovrà essere valutata in concreto con riferimento ad una persona o professionista ragionevole. È pertanto necessario, che sussista al momento della conclusione del contratto. Occorre quindi determinare quale fosse lo stato dell'emergenza sanitaria al momento perfezionativo. In caso di rinnovo o rinnovo tacito, è in tale data che deve essere valutata la natura ragionevolmente imprevedibile¹⁰³. I contratti conclusi prima del 31 dicembre 2019 beneficeranno senza dubbio dell'imprevedibilità della pandemia. I contratti conclusi all'inizio dell'anno 2020 saranno sicuramente studiati con maggiore precisione: a seguito della dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), avvenuta il 30 gennaio 2020 è difficile dire se l'evento fosse ancora imprevedibile. Certamente esso risultava prevedibile, in territorio francese, a partire dal 12 marzo 2020, giorno in cui si sono poste in essere le prime misure di restrizione da parte del governo. Quanto al versante della eccessiva onerosità, il solo aumento del costo di un servizio o la diminuzione del valore della sua controparte non può essere una ragione sufficiente a fondare la richiesta di rinegoziazione. La forza vincolante del contratto implica infatti che ciascun contraente sopporti i rischi delle normali variazioni del valore delle cose. Inoltre, sarà necessario dimostrare il nesso di causalità tra l'epidemia e/o le sue conseguenze e le

¹⁰¹ Cfr. CA Colmar, 16 marzo 2020, no. 20/01142 in *Dalloz* (online).

¹⁰² Cfr. A. HONTEBEYRIE, *Contrat et Covid-19 : le point sur «l'imprévision»*, 26 marzo 2020, in *racine.eu*.

¹⁰³ Cfr. M. FABRE, *Covid 19 et révision pour imprévision*, 5 maggio 2020, in *Affiches Parisiennes* (*affiches-parisiennes.com*).

eccessive difficoltà incontrate dal debitore nell'adempimento della sua obbligazione contrattuale. Previa dimostrazione che tutte queste condizioni sono state soddisfatte, una parte potrebbe richiedere una revisione del contratto a causa dell'epidemia da Covid-19, nonché delle misure governative attualmente in vigore.

In conclusione dunque, il diritto cisalpino appare “divisato” tra un ramo normativo fortemente all'avanguardia e un ramo giurisprudenziale sostanzialmente paralizzato. L'inerzia e l'esitazione della Cassazione rischiano di cagionare lacune applicative in danno di debitori incolpevoli. La situazione, tuttavia, potrebbe essere destinata a mutare già nei prossimi mesi, ove la Suprema Corte potrebbe avere l'occasione di pronunciarsi *ex professo* sull'art. 1195 *Code civil* relativamente all'epidemia in corso. Una occasione da non perdere, tale ultima, per abbandonare definitivamente il tradizionale orientamento che nega ogni rilevanza giuridica in funzione rinegoziale delle circostanze sopravvenute. È meritevole di lode, in ogni caso, l'intervento in senso riformatore del legislatore del 2016, che ha fornito uno strumento efficace, per il tramite della possibilità di ricorrere al giudice in caso di mancanza di accordo sebbene, a parere di chi scrive, e a prescindere dall'eccezionalità dell'evento pandemico in corso, abbia ribadito il “nuovo” ruolo del giudice, il quale si viene a configurare come una sorta di mediatore il cui operato deve ormai superare gli schemi tradizionali che contrappongono, nella logica del temperamento dei contrasti emersi nei rapporti contrattuali, ad un vincitore un “perdente”. Lo schema odierno, come delineato dalle moderne riforme invoca a gran voce il novello schema “win-win”¹⁰⁴.

7. Le soluzioni individuate nell'ordinamento nazionale

In Italia, il processo di rivitalizzazione del codice civile del 1942 non si è ancora compiuto, essendo correntemente allo studio un disegno di legge, recante delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile (XVIII legislatura ancora in corso). Esso contiene, tra i principi e criteri direttivi ai quali il Governo si dovrà attenere nell'esercizio della delega, «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» [art. 1, lett. i)]¹⁰⁵.

La teoria dell'obbligo di rinegoziare nasce, in territorio italiano, nel corso degli anni '90 del secolo scorso, sulla scia del diritto tedesco. La fonte generatrice di tale dogmatica si rinviene nel disagio, avvertito dagli interpreti innanzi al testo dell'art. 1467 c.c., il quale pone quale unica soluzione, in ipotesi di

¹⁰⁴ Testualmente C. GIUSTI, *La gestione, op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁵ D.d.l. n. 1151, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf>.

sopravvenienze che determinino una eccessiva onerosità, la risoluzione dei contratti di durata o a esecuzione periodica¹⁰⁶. Come è possibile avvedersi leggendo la relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale, «la disposizione risponde alla nostra tradizione giuridica che, nel diritto comune, trova affermata la implicita soggezione alla clausola *rebus sic stantibus*». Varie considerazioni suggerirono, tuttavia, l'esplicita assunzione della sopravvenienza come motivo di scioglimento o di revisione del contratto¹⁰⁷. Nell'ultimo decennio del secolo scorso, si è fatta strada l'idea che i rapporti contrattuali protratti nel tempo, funzionali alla pianificazione dell'attività di impresa e all'organizzazione del mercato, esigano strumenti flessibili e rispondenti all'esigenza della stabilità, nel tempo, delle relazioni economiche. Questo costituisce una certezza che lo scioglimento del vincolo, vanificando le attese e i calcoli dei contraenti,

¹⁰⁶ Di recente, si veda Cass., sez. I, ord. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *Pluris*, secondo la quale “nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, comma 1, c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del comma 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite”. Il dibattito dottrinale è ampio e risalente nel tempo; in generale sono favorevoli all'obbligo di rinegoziazione C.M. BIANCA, “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 128 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 1039 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 16 ss., 19, 76, 103, 232, 419; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 390 ss.; M. FRANZONI, *Gli effetti del contratto. Artt. 1372-1375*, in P. SCHLESINGER, (dir.), *Il codice civile*, Milano, 1999, p. 196 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 92; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *I Contratti*, II, 2001, p. 723; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 201 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 84 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in M. BESSONE, (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, iv, Torino, 2004, p. 147 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 539; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; ID., voce “Rinegoziazione”, in *Enciclopedia giuridica*, agg. xv, Roma, 2007; ID., *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, p. 391 ss.; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017. Argomenti in questo senso appaiono riscontrabili anche in F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, nota a Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p. 120 ss., il quale osserva correttamente che «è evidente che l'accoglimento della tesi dell'esistenza di un obbligo legale di rinegoziare i contenuti del contratto passa attraverso la valorizzazione della clausola generale di buona fede e si pone sulla scia di celebri sentenze della Supr. Corte che negli ultimi anni hanno destato notevole interesse in dottrina (v., ad esempio, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, sul caso ‘Fiuggi’; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, sull'abuso di diritto). In quest'ottica, in base all'art. 1375 cod. civ., nella fase di esecuzione del contratto, a fronte di una sopravvenienza, le parti devono collaborare per realizzare il risultato voluto con la conclusione del contratto». Ancora, M.P. PIGNALOSA, *Clausole di Rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, p. 414, la quale descrive le clausole di rinegoziazione come le «[...] clausole con le quali le parti rinviando la gestione dell'evento sopravvenuto al suo verificarsi obbligandosi ad una trattativa e dunque senza una preventiva scelta sul riparto dei rischi. Così pensate le clausole di rinegoziazione si distinguono da altre clausole con le quali le parti già al momento della conclusione del contratto individuano precisi parametri ai quali la prestazione sarà adeguata automaticamente, e quindi senza la necessità di un nuovo accordo, allorché si verifichi l'evento ipotizzato nella clausola». In tema di clausole di rinegoziazione cfr. anche F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. contr.*, 6, 2012, p. 448.

¹⁰⁷ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV- Delle obbligazioni, par. 245, consultabile all'indirizzo <https://www.consigliozionaleforense.it/documents/20182/174648>.

non è in grado di garantire¹⁰⁸. Parte del formante dottrinale evidenzia che la norma in esame non ignora il principio di conservazione degli effetti contrattuali, che trova espressione sia nella nozione legislativa di alea normale del contratto (art. 1467, 2° comma, c.c.), che nell’offerta di riduzione ad equità (art. 1467, 3° comma, c.c.). Ciò tuttavia non risponde all’esigenza del contraente onerato di conseguire, per propria iniziativa e in via giudiziale, il riequilibrio delle prestazioni. Se si osservasse il fenomeno della rinegoziazione nel prisma dell’art. 1467 c.c. si aprirebbe un’alternativa povera di soluzioni. O i contraenti raggiungono un accordo modificativo prima – o in occasione – del processo, o la riduzione ad equità della prestazione compete alla parte non onerata che, convenuta in giudizio con la domanda di risoluzione, deciderà, secondo la propria valutazione di convenienza, sul come disporre dei propri interessi. *Mutatis mutandis*, l’adeguamento del rapporto al mutarsi dello stato di fatto è problema che investe l’esercizio del potere di autonomia privata. È in questi termini che il nostro ordinamento fornisce risposta, con una disciplina generale ed esaustiva, rispetto al tema dell’adeguamento in sede giudiziale del contratto. Si potrebbe dire che si è in presenza di una lacuna in senso, non tecnico, ma ideologico: non manca la norma, ma è carente la disposizione che si desidera ci fosse¹⁰⁹.

Il problema, com’è ovvio, si è riproposto con maggiore veemenza in presenza dell’evento pandemico di recente verificatosi ed ancora in corso. In breve, è possibile affermare che due sono i filoni dottrinali che hanno acquisito consistenza e che oggi trovano nutrita adesione. Una prima corrente, innanzi alle sopravvenienze contrattuali e soprattutto a quelle derivanti dal SarS-CoV-2, invoca il disposto dell’art. 1463 c.c. nella parte in cui dispone la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. Pertanto, in presenza di un evento sopravvenuto che rende impossibile adempiere l’obbligazione, la parte liberata non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta. La norma si spiega considerando che nei contratti sinallagmatici ciascuna prestazione trova giustificazione in quella della controparte. Pertanto, se una di esse viene meno, implode anche la causa che giustifica la controprestazione. In via aggiuntiva, la disposizione risulta applicazione dell’antico brocardo “*casum sentit debitor*”¹¹⁰. La funzione del principio accolto dall’art. 1463 c.c. è di reagire contro l’avvenuta rottura del rapporto di corrispettività teleologica tra gli arricchimenti, voluta dalle parti contraenti al momento della conclusione del contratto, al fine di impedire un arricchimento unilaterale. Se è l’elemento causale a

¹⁰⁸ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 312-331. Per ulteriori contributi v. ID., *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto, op. cit.*, 2006, p. 689 ss.; R. SACCO, *La nozione del contratto*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3a ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004, p. 722-725 ss. secondo il quale l’equità di cui all’art. 1374 c.c. lascerebbe sottintendere il richiamo, nei contratti a lunga durata, di una clausola di rinegoziazione.

¹⁰⁹ Così F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice*, in *Jus Civile*, 2019, 4, p. 397 ss.

¹¹⁰ Per approfondimenti cfr. A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; C. MARCHESINI, *L’impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008; A. PONTECORVO, *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007; M. ZACCHEO, *Rischio e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Trento, 2021.

motivare le parti a proferire le loro promesse dalle quali sorgono le rispettive attribuzioni patrimoniali; se queste attribuzioni costituiscono nient'altro che il mezzo per raggiungere i reciproci arricchimenti, è logica scaturigine che quando il mezzo fallisce - come appunto avviene nel nostro caso, la stessa ragione dell'accordata tutela giuridica delle attribuzioni esige che questa venga eliminata anche nei confronti dell'attribuzione superstite. Se ciò non fosse, si configurerebbe il verificarsi dell'arricchimento a favore di una parte, senza che vi sia il correlativo arricchimento per l'altra, contrariamente alla volontà causale delle parti contraenti. *Ergo*, dal punto di vista funzionale, il principio «*casum sentit debitor*» è un rimedio apprestato dall'ordinamento per reagire alle attribuzioni patrimoniali che hanno mancato il loro scopo ed è la proiezione concreta della rilevanza diretta, esterna e reattiva della causa¹¹¹.

Per i fautori di suddetta teoria, la pandemia, ma anche le altre sopravvenienze, risultano un fattore esterno imprevedibile e straordinario idoneo a determinare impossibilità sopravvenuta. Difatti, con particolare riguardo all'evento epidemico in corso, uno degli effetti più frequenti delle misure emergenziali è costituito dall'improvvisa interruzione delle attività commerciali e dalla conseguente impossibilità per i debitori di dare esecuzione alla prestazione dovuta. Le limitazioni all'esercizio di attività commerciali integrano un *factum principis*, in virtù del quale si verifica l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente liberazione del debitore¹¹². Nei contratti a prestazioni corrispettive ciò incide direttamente sul sinallagma contrattuale, facendo venir meno il nesso di reciprocità tra le prestazioni, provocando la risoluzione del contratto ed il sorgere, in capo alla controparte, del diritto alla ripetizione di quanto prestato. Il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta tuttavia, se si dimostra efficace quando concerne il singolo contratto, può portare a conseguenze devastanti per l'impresa ove involga l'intero fascio dei rapporti contrattuali stipulati nell'esercizio della propria attività.

La restituzione di somme di denaro per gran parte delle operazioni negoziate, infatti, minerebbe la stessa sopravvivenza dell'impresa e, in grande scala, finirebbe per aggravare una situazione economica drammatica, rallentando la ripartenza dei consumi e delle attività economiche in generale¹¹³.

¹¹¹ Cfr. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *DeJure*, secondo la quale “la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione”.

¹¹² Cfr. L. BARBI, *La solidarietà sociale come risposta alla crisi del contratto: una disamina della legislazione emergenziale nell'era Covid-19*, in *Jus Civile*, 2021, 2, p. 406 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*; 1° aprile 2020; si veda pure F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

¹¹³ Cfr. L. BARBI, *op. ult. cit.*, p. 409.

Altra teoria, pure con séguito nutrito, fa invece riferimento al medesimo disposto dell'art. 1467 c.c. È indubbio che in questo caso l'evento pandemico rappresenti un fatto straordinario (essendo statisticamente la prima volta che accade da oltre un secolo) e imprevedibile (considerato che nessuno avrebbe potuto immaginarlo usando il criterio di ordinaria diligenza). Ed è altrettanto indubbio che in molti casi (soprattutto con riguardo alle attività che non sono state vietate dal legislatore) l'evento pandemia abbia prodotto un forte squilibrio del sinallagma contrattuale, che potrebbe legittimare la richiesta di risoluzione del contratto *ex art.* 1467 c.c.¹¹⁴. In particolare, si effettua un rinvio alla equità¹¹⁵, che è diversa dalla buona fede, in quanto non è cogente e si applica solo in caso di lacune. L'equità, in sintesi, si esprime nella clausola di cui al terzo comma, che prevede la possibilità per la parte di una offerta di *reductio ad equitatem*. Tuttavia, come si è già avuto modo di ricordare, questa tesi è frustrata dalla circostanza che la possibilità dell'offerta è rimessa solo alla parte convenuta in giudizio e non è coercibile. Pertanto, una parte della dottrina richiama il disposto dell'art. 1349 c.c., che disciplina la determinazione dell'oggetto del contratto. Tale ultima disposizione consente alle parti di rimettere al terzo la determinazione dell'oggetto del contratto: in questo caso pur non essendo determinato, è determinabile, perché le parti sanno che sarà il terzo a specificarlo. I paciscenti scelgono di rimettersi al suo equo apprezzamento, oppure al suo mero arbitrio. Le conseguenze sono assolutamente diverse: nel primo caso, se il terzo non procede all'identificazione dell'oggetto, o se essa è iniqua o erronea, le parti potranno ricorrere al giudice. Nella seconda ipotesi, invece, nelle medesime condizioni, si configura la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Anche tale articolo si ritiene essere espressione di un principio di equità. In sostanza le parti, facendo leva su un obbligo di rinegoziazione discendente dall'equità, possono rimettere al giudice, in caso di sopravvenienze, la rideterminazione dell'oggetto (e del contenuto) del contratto, con applicazione¹¹⁶ dell'art. 1349 c.c.

¹¹⁴ Cfr. M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia Civile*, 2020, 2, p. 245 ss. Il formante dottrinale sviluppatosi in tempi antecedenti all'emergenza Covid, aveva già posto delle interessanti riflessioni sul tema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, statuendo che in ogni caso sarebbe stata necessaria una attenta analisi del contesto e della causa che aveva spinto le parti a sottoscrivere il contratto poi alterato negli equilibri sinallagmatici a causa delle misure di restrizione e contenimento dell'epidemia. In particolare si veda C. GIUSTI, *La gestione*, *op. cit.*, p. 75 ss. il quale afferma come la causa dell'accordo negoziale deve essere considerata non come il modello astratto suggerito nei codici e applicato dai paciscenti nel testo dell'accordo, ma bensì nella funzione effettiva che le parti hanno voluto loro assegnare. Pertanto è da ritenersi ovvio che sia stata effettuata una attenta valutazione dei rischi connessi alle attività che si stavano per intraprendere con la conseguenza che gli eventi sconvolgenti e successivi dovranno essere considerati come del tutto straordinari.

¹¹⁵ In tema di equità e rinegoziazione si vedano: G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; R. TOMMASINI, *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.

¹¹⁶ Si veda in particolare E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 495 ss.; F. MACARIO, *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, *op. cit.*, 2006, p. 705 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 260 ss.; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 52 ss.

Non è mancato, poi, chi ha suggerito un'applicazione analogica della norma disciplinante il contratto di appalto (art. 1664 c.c.). Il comma 1 della disposizione, con particolare riguardo alle circostanze sopravvenute che determinino un aumento o una riduzione del costo della manodopera o dei materiali, consente di richiedere la revisione del prezzo se l'aumento o la riduzione supera il decimo del prezzo originariamente pattuito. Secondo un certo orientamento dottrinale, il primo comma costituirebbe una norma ad applicazione generale, una vera e propria “norma trans-tipica”, che si applica al di là della fattispecie specifica in cui è posta e che trova spazio in tutti gli altri rami delle attività contrattuali¹¹⁷. Questa teorica è osteggiata da altra parte della dottrina, la quale evidenzia che, al più, il criterio del decimo potrebbe essere applicabile a fattispecie simili, analoghe all'appalto. La prestazione tipica è costruire un'opera, con organizzazione di mezzi propri. L'appaltatore assume l'obbligo di consegnarla. I contratti simili cui potrebbe applicarsi il criterio del decimo, sarebbero il contratto d'opera professionale, o il contratto di *engineering*. Solo a queste figure molto vicine all'appalto potrebbe applicarsi il criterio evidenziato¹¹⁸.

È da segnalare che altra corrente dottrinale sottolinea che nel moderno ordinamento civile, pur non esistendo un istituto generale che obblighi alla rinegoziazione, esistono tuttavia una pluralità di disposizioni specifiche interessanti singole pattuizioni. A titolo esemplificativo, la preferenza del legislatore per il mantenimento in vita del contratto si ritrova in alcune norme sui contratti tipici, come l'art. 1560 c.c. sulla somministrazione, la cui entità può essere stabilita nel corso dell'esecuzione. L'art. 1561 c.c. che individua i criteri sulla base dei quali può essere stabilito il corrispettivo, e l'art. 1938 sulla fideiussione *omnibus*, in cui si ammette la determinazione dell'oggetto della prestazione *per relationem* (oltre ai casi regolati dalle disposizioni che riguardano soprattutto le circostanze sopravvenute).

Ergo, dall'esame sistematico dei prefati articoli si ricava che l'obbligo di rinegoziazione nasce come espressione di un principio generale ricavabile dall'art. 1467 c.c., dalla clausola di buona fede e dalle norme di legge che prevedono la rinegoziazione e che offrono una soluzione all'alternativa tra l'insoddisfazione derivante dal rispetto dei patti intercorsi e lo scioglimento del rapporto contrattuale, nel caso di sopravvenienze che determinano un grave squilibrio. Difatti, esempi di rinegoziazione nella trama legislativa si rintracciano, oltre ai casi citati, nelle locazioni della P.A., nelle locazioni di immobili ad uso abitativo (art. 2, co. 5, l. 9.12.1998, n. 431), in alcune tipologie di mutuo (art. 46, l. 23.12.1999, n. 488, art. 46; art. 29 l. 15.5.1999, n. 133, art. 29), negli artt. 1537 e 1540 c.c. sulla vendita cumulativa o a misura, negli artt. 1623 sulle sopravvenienze in tema di affitto e appunto il 1664 c.c. in tema di appalto. A queste

¹¹⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 3, p. 467 ss.

¹¹⁸ Per approfondimenti si vedano F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., *passim*; nonché G. MARASCO, *op. cit.*, *passim*; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, *passim*; G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, *passim*.

fattispecie si aggiungono quelle più sfumate delle variazioni concordate o necessarie del progetto nell'appalto (artt. 1659-1660), delle modifiche del mandato per circostanze sopravvenute (art. 1710) e delle istruzioni fornite dal mittente in caso di impedimento del trasporto (art. 1686)¹¹⁹, dell'art. 1450 c.c. che attribuisce al contraente contro il quale è stata avanzata azione di rescissione del contratto, il potere di evitarla dietro l'offerta di una sua modificazione idonea a ricondurlo ad equità.

In ultimo è da menzionare quella dottrina che fonda, invece, l'obbligo di rinegoziare sulla buona fede oggettiva, in continuità con la dottrina tedesca, e che in tale prospettiva adopera l'art. 2932 c.c. (esecuzione in forma specifica). Questa è la tesi più risalente nel tempo, nata agli albori degli anni '90 del secolo scorso e fortemente sostenuta per un lungo periodo. In particolare, viene suggerita, al fine di attribuire al fenomeno un senso conclusivo e unitario, l'applicazione dell'art. 2932 c.c.; così da schiudere la via – per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare – di un intervento costitutivo-determinativo del giudice¹²⁰. In assenza di clausole espresse, la buona fede oggettiva *in executivis* (posto ovviamente che tutti i contratti devono essere eseguiti in buona fede) svolgerebbe una funzione integrativa del contratto, facendo sorgere un obbligo per la parte di condurre una trattativa per la rinegoziazione. Il giudice adito ai sensi del richiamato articolo potrebbe identificare il contenuto del contratto rinegoziando, secondo questa tesi, e applicando il criterio equitativo. Si configurerebbe una interconnessione tra la buona fede avente una funzione di integrazione del contratto (che quindi fa nascere un nuovo obbligo non previsto, perché quest'ultima ha valore cogente ed è un principio generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti, che costituisce il titolo dell'obbligo) e dell'equità applicata dal giudice nel concreto. Questa è una teoria che è molto protettiva, perché giunge ad affermare l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione coercibile giudizialmente, con possibilità, *ope iudicis*, di determinare il contenuto del contratto¹²¹.

8. Disamina dell'intervento normativo: l'art. 91, d.l. n.18/2020 (c.d. "Cura Italia") e il d.l. n. 6/2020. La creazione della figura del debitore "immune"? La necessità di un corretto bilanciamento degli interessi meritevoli

Prima di verificare quale sia stato l'atteggiamento pretorio adottato nel concreto, è d'uopo completare l'esame del quadro normativo menzionando le novità settoriali che hanno fornito nuova linfa alle

¹¹⁹ Per questa tesi si veda A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 704 ss.

¹²⁰ Cfr. F. GAMBINO, *Il rinegoziare*, cit., p. 399.

¹²¹ Per questa tesi si vedano F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, op. cit., p. 425 ss.; V. ROPPO, *Trattato*, op. cit., p. 973 ss. Approfondimenti in F. GAMBINO, *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, vol. agg. XV, p. 10 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 1217 ss. La possibilità concessa al magistrato di ingerirsi sul contenuto economico del contratto costituisce uno dei profili più interessanti. In dottrina, T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus* (voce) in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2004, p. 18, è stato sottolineato che tale peculiare esercizio è in ogni caso sempre rimesso per lo meno alla volontà di una delle parti, al punto da essere compatibile con i principi dell'autonomia negoziale.

discussioni dogmatiche. Si è già avuto modo di segnalare che la novità di maggiore rilevanza sistematica è quella introdotta dall'art. 91, d.l. n. 18/2020, che ha riguardato in via generale tutto il campo della responsabilità civile contrattuale, con specifico riguardo al periodo emergenziale pandemico. Tale articolo (contenuto nel c.d. decreto Cura Italia e convertito poi dalla l. 27 aprile 2020, n. 27), dispone l'aggiunta del comma 6 *bis* all'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (nel frattempo convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13, e per larga parte poi abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19). Il prefato comma 6-*bis* espressamente statuisce che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tratta di norma di ardua interpretazione su due prospettive differenti. La prima: la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento sembrerebbe elisa già in virtù della lettera dell'art. 1218 c.c., non a caso richiamato dalla disposizione di nuovo conio. La seconda: la norma non esclude, *tout court*, la responsabilità “da adeguamento” alle misure “anti-Covid”, piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia “sempre valutato” ai fini del giudizio di responsabilità. Lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie non assurge, pertanto, ad esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, da calare nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità. Non è esclusa, infatti, l'evenienza di un *solvens* il quale, ancorché frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento, poiché, qualora si fosse adoperato secondo ordinaria diligenza, avrebbe potuto esattamente adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose. Altra fattispecie configurabile è quella del debitore che rimanga inerte ed inadempiente, non in ragione dell'osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità personale o dei suoi collaboratori¹²². L'obbligato, nondimeno, rimane onerato di dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione. Avendo nei fatti vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, gli hanno consentito di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza. Il principio guida rimane, dunque, quello secondo il quale “spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della

¹²² Questo il commento di UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO – CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, in cortedicassazione.it

ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti¹²³.

La norma, poi, contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c., lasciando dedurre che l'esistenza di misure di contenimento dovute alla pandemia sia circostanza idonea a incidere anche sui criteri di liquidazione del danno. Secondo un'acuta impostazione ermeneutica, la norma attenderebbe alla finalità di sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione fisiologica. Il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Ne discenderebbe una figura di debitore definibile come "immune"¹²⁴. Residua il quesito relativo ai margini di reazione del creditore nei confronti del debitore "protetto" dalla norma "emergenziale" indagata. Pertanto, il creditore sembrerebbe potersi avvalere dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, quand'anche la stessa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, sia per definizione sempre possibile e non ostruita neppure dalle misure di contenimento¹²⁵.

In sostanza, a sostegno della tesi della 'causa di giustificazione', il nuovo comma 6-bis introdotto nell'art. 3 del d.l. n. 6/2020, implicherebbe una causa di esclusione di responsabilità *ex lege* per l'inadempimento. Tuttavia, tale affermazione va rivista in un'ottica di critica ricostruttiva, alla luce del testo del disposto normativo. Difatti, sino a tempi recentissimi, vi è stata gran parte della dottrina che ha respinto tale teoria, statuendo che il legislatore non abbia introdotto una scriminante legale, ma che si sia limitato a imporre al giudice un obbligo di prudente valutazione dell'inadempimento. Il giudice deve valutare in concreto se il debitore sia stato inadempiente per rispettare le misure "anti-Covid". Sarà quest'ultimo a dover dimostrare, secondo le regole generali, la causa a lui non imputabile: deve fornire la prova che l'inadempimento sia causalmente (ecco perché il richiamo all'art. 1223 c.c. che compie la norma) riconducibile alla normativa (*factum principis*) che ha imposto misure di contenimento del Covid. Il giudice dovrà valutare se effettivamente l'inadempimento dipenda dall'obbligo di rispetto di queste misure¹²⁶.

¹²³ In questo senso, già in precedenza, Cass., sez. I, 16 aprile 2009, n. 9026, in *Italggiure*.

¹²⁴ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; ID, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura italia"*, in *Contratti*, 2020, 2, p. 213 ss.

¹²⁵ Così la relazione n. 56/2020, dell'Ufficio del massimario, p. 10.

¹²⁶ Nello stesso senso va, come visto, la Relazione dell'Ufficio del Massimario. Per approfondimenti si vedano S. ROSINA - P. MENARIN, *Dall'emergenza sanitaria da covid-19 alla normativa - anche fiscale - in favore di privati e imprese*, Padova, 2020, (ebook), par. 3, AA.VV., *La legislazione emergenziale di interesse notarile*, in *Notariato*, 2020, p. 61 ss. Di recente anche G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 12bis, 2020, p. 368 ss.; in tema generale di inadempimento si veda *ex multis*, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, *passim*; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 328 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *ibidem*, p. 183.

La norma inoltre, nonostante la formulazione apparentemente chiara, nasconde diverse insidie interpretative. In primo luogo, il comma 6-*bis* è sì formulato in termini generali, ma è stato aggiunto dall'art. 91, il quale reca quale rubrica “*Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*”. La rubrica, letteralmente, sembra suggerire esclusivamente una applicazione ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione, anche se non è stata poi interpretata in tal senso. La dottrina e le poche pronunce di merito, unanimemente, hanno affermato che si tratta di norma di applicazione generale, scissa dalla rubrica testuale della disposizione additiva. Dunque, non si riferisce solo ai contratti pubblici, ma anche ai contratti di diritto privato¹²⁷. Chiaramente, accogliendo la tesi della natura ‘generale’ della norma, si esclude conversamente la tesi della natura eccezionale. Tuttavia, non è invece esclusa la natura di norma transeunte, che chiaramente troverà spazio solo nel perimetro del periodo emergenziale. Si tratta, allora, di una previsione che, seppur temporanea, ha applicazione estensiva, che non conosce limiti oggettivi e soggettivi. Difatti, la scelta del legislatore italiano è stata quella di tutelare non categorie specifiche (consumatori, professionisti, etc.) ma la categoria generale dei debitori, forse proprio posta la mancanza di un obbligo generale di rinegoziazione invece esistente nelle esperienze giuridiche allogene. Altra *quaestio iuris* affrontata dalla componente dogmatica e inerente l’art. 91, d.l. n. 18/2020, riguarda la sua applicabilità con riferimento a misure restrittivamente non previste nel medesimo decreto-legge. Il comma 6-*bis* si riferisce espressamente “al presente decreto”. Tuttavia, in un momento successivo, il citato decreto-legge n.6/2020 è stato quasi totalmente abrogato, salvo appunto la disposizione di cui al comma 6-*bis* dell’art. 3. Si tratta di un “pasticcio di diritto positivo” che è stato tuttavia superato in via interpretativa. Anche qui, la dottrina e i Tribunali di merito, quasi del tutto unanimemente, hanno chiarito che la disposizione ha vocazione generale e che essa è soggetta ad una ermeneutica sistematica. Allora, non solo le misure restrittive “anti-Covid” previste nel decreto *de quo*, ma tutte le misure restrittive previste da fonti primarie e subordinate (ivi compresi i d.P.C.M.), dovranno essere valutate dal giudice quando si trovi innanzi all’inadempimento del debitore¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. G. IORIO, *op. cit.*, nonché A. SEMPRINI, *Inadempimenti ‘emergenziali’: colpa del debitore, insigibilità della prestazione, e nuovo art. 3 comma 6-bis*, D.L. n. 6/2020, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2020, vol. 71, fasc. 3/4, p. 759 ss.

¹²⁸ Per approfondimenti si vedano G. LIACE, *Titoli di credito e Covid 19*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2020, 2, p. 621 ss.; C. TINCANI, *La sorte dei contratti di soggiorno in occasione della pandemia di Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2020, p. 362 ss.; P. SERRAO D’AQUINO, *L’ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19*, in *Biodiritto*, 11 aprile 2020; M. NOVELLA BUGETTI, *Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia*, in *Il diritto degli affari*, 2020, 2, p. 3 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, 12bis, p. 422 ss.; F. GALLARATI, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE online*, 2021, vol. 47, 2, online.

In ultimo, la norma si applica plasticamente alle prestazioni di *facere*, o di dare una cosa determinata. Difatti, in *subjecta materia* le misure di contenimento possono impedire la esecuzione della prestazione. Purtuttavia, si è detto che le prestazioni di dazioni di somme di denaro sono sempre possibili, in quanto *genus numquam perit*. In verità, un nutrito indirizzo dottrinale di non trascurabile momento, ha sostenuto che il comma 6bis sia insuscettibile di applicazione alle obbligazioni pecuniarie esattamente per tali motivazioni¹²⁹. Il legislatore emergenziale (salvo interventi settoriali volti in taluni casi ad agevolare la posizione di chi si trova in difficoltà economico-finanziarie) non ha in ogni caso dettato una disciplina apposita¹³⁰. Ciò nonostante, altra corrente si mostra invece favorevole ad una applicazione generalizzata della clausola normativa anche al settore delle obbligazioni pecuniarie. Questo tanto in virtù della summenzionata natura generale della disposizione, quanto in considerazione che l'evento pandemico può eziologicamente determinare, secondo *l'id quod plerumque accidit*, una carenza di liquidità materiale idonea a impedire di fatto l'adempimento della prestazione. Oltre all'argomento materiale, si precisa che in periodi di emergenza, le somme normalmente destinate agli adempimenti delle obbligazioni ordinarie, vengono viceversa destinate a impieghi straordinari in mancanza di ulteriori entrate finanziarie (es. cura di un familiare che ha contratto il *virus*). In sostanza, pur essendo indubbiamente vero, in astratto, che il genere non perisce, materialmente deve darsi una interpretazione della norma più vicina ai canoni di solidarietà, considerando 'scusabile' l'inadempimento quando la carenza materiale di pecunia sia indipendente dalla volontà del debitore¹³¹. In tal senso, peraltro, sembrano essersi pronunciate anche talune Corti di merito. Un precedente deciso dal Tribunale di Bologna in sede cautelare, ad esempio, ha inibito alla parte resistente (i) di porre all'incasso o di girare a terzi le cambiali, con scadenza i giorni 30 giugno 2020, 30 luglio 2020, 30 agosto 2020; nonché (ii) di sottoporre tali cambiali a protesto, di richiedere un protesto, di consentire che terzi, presso cui abbiano posto all'incasso tali titoli, sottopongano a protesto la debitrice. Quanto ai presupposti in materia cautelare, il *periculum in mora* viene ravvisato esattamente nella situazione di mancanza di liquidità generata dal periodo emergenziale, tale da non consentire il pagamento dei titoli cartolari e nel conseguente protesto. Sussiste poi il *fumus boni iuris* in quanto nel caso di specie l'inadempimento condurrebbe al protesto delle cambiali con il pregiudizio derivante dalla categorizzazione nei "cattivi pagatori". In tale situazione di criticità, tuttavia, con la

¹²⁹ Si vedano, tra gli altri, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., p. 57 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *GiustiziaCivile.com*, 29 aprile 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *GiustiziaCivile.com*, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, p. 388 ss.

¹³⁰ Per approfondimenti, cfr. S. THOBANI, *Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2021, 1, p. 79 ss.

¹³¹ Cfr., per questo indirizzo, E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, p. 129 ss.; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., p. 73 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta*, in *GiustiziaCivile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1*, p. 227 ss.

valutazione del grado di colpa dell'inadempimento, non è ragionevole ritenere che lo stesso conduca al protesto e alle relative conseguenze. Tale valutazione del grado di colpa è resa possibile proprio dalla norma di cui all'art. 91 d.l. 18/2020, come affermato nell'ordinanza, in quanto «il giudice penetra nel grado della colpa – autorizzato dalla norma citata; con una valutazione che in un codice commercializzato, come il vigente, è in pratica impossibile in tempi normali – per escludere le conseguenze enfatiche dell'inadempimento. Tra questa, la conseguenza tipica, cioè il risarcimento del danno ma, anche, quelle atipiche, come in questo caso il protesto di un titolo». La pronuncia del Tribunale felsineo rileva, infatti, in quanto propone una ricostruzione della portata dell'art. 91 d.l. 18/2020. La disposizione non introduce una nuova causa di estinzione dell'obbligazione, o un caso di inesigibilità, ma si limita ad escludere la responsabilità del debitore. Inoltre, riconoscendo uno spazio estensivo di applicazione della norma suddetta a tutte le obbligazioni, (ivi comprese quelle pecuniarie), la stessa viene letta nel senso di consentire al giudice di utilizzarla “tutte le volte in cui l'inadempimento conduca ad esiti che, ragionevoli in condizioni normali, sono eccessivi in relazione alla concreta situazione”¹³².

9. Primi arresti giurisprudenziali in tema di rinegoziazione in conseguenza degli eventi pandemici

L'ordito normativo italiano non prevede *ex professo* un obbligo di rinegoziazione dell'accordo contrattuale in caso di sopravvenienze, coercibile da parte del giudice civile. In assenza di una previsione di diritto positivo, la giurisprudenza italiana non è stata così audace (perlomeno, sinora e salvo quanto si dirà) da fondare tale obbligo sulla buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 c.c.), nonostante che parte del formante dottrinale, abbia invece seguito questa strada, passando per il disposto dell'art. 2932 c.c. Al momento, le uniche disposizioni di diritto vigente sono relative a una situazione emergenziale inerente alla corrente pandemia, e non prevedono affatto un obbligo di rinegoziazione del contratto, quanto piuttosto, secondo alcuni, una “clausola di salvezza” dalla responsabilità civile contrattuale. Previsioni di diritto speciale disciplinano poi, come si è accennato *supra*, i contratti del turismo organizzato e i contratti di soggiorno,

¹³² Cfr. Trib. Bologna, ord. 4 giugno 2020, n. 11, in centroanomaliebancarie.it. Nel medesimo senso si vedano altresì Trib. di Rimini, decreto n. 6251/2020 del 25 maggio 2020; Trib. di Bologna, decreto n. 4976/2020 del 12 maggio 2020; nonché decreto n. 3634/2020, Trib. di Genova, 1° giugno 2020, pubblicati in data 8 giugno 2020 nella sezione Osservatorio “Diritto dell'Impresa dopo la Pandemia”, in dirittobancario.it. In dottrina G. PERLINGIERI, *Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Il foro napoletano*, 1/2021, p. 83, osserva acutamente che «Senza altro il difetto di una regolazione organica delle storture procurate ai rapporti contrattuali può disorientare, ma evitando inadeguate generalizzazioni con riferimento a fattispecie ipotizzabili e rimedi esperibili, la lacuna legislativa finisce per rivelarsi più apparente che reale. La valutazione va svolta su base casistica e la soluzione più adeguata e congrua ricavata dall'indagine sul livello di incidenza della sopravvenienza sul rapporto negoziale. Essenziale è individuare gli interessi meritevoli di protezione e successivamente il rimedio più adeguato al caso di specie. Il compito dell'interprete è quello di tentare di valorizzare le norme che già ci sono, piuttosto che proporre talora inutili – e in alcune ipotesi pericolose – modifiche legislative».

nonché quelli di accesso a spettacoli e mostre, previdenti la possibilità, da parte del debitore, di emettere ‘voucher’ da utilizzare per l’esecuzione di una prestazione futura¹³³. In via ulteriore, il c.d. decreto Rilancio (decreto legge n. 34/2020) prevede una serie di agevolazioni a favore del settore sportivo, con particolare riferimento alla riduzione dei canoni di locazione per palestre, piscine e impianti sportivi e il rimborso degli abbonamenti per l’accesso ai siti. Nello specifico (ai sensi dell’articolo 216, commi 1 e 2) si riconosce al conduttore il diritto, limitatamente alle cinque mensilità decorrenti dal mese di marzo 2020 a quella di luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salvo la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al 50% del canone contrattualmente stabilito¹³⁴. Ora, è evidente che le disposizioni richiamate, pur apprezzabili, non paiono sufficienti a sostenere l’impatto devastante sui contratti conseguente all’applicazione delle misure di contrasto alla pandemia. Si pone, quindi, il problema di quale disciplina applicare per gestire le altre situazioni di crisi non contemplate dalla legislazione emergenziale e pertanto soggette a quella ordinaria vigente. Si sono già rassegnate le posizioni dogmatiche sulla *quaestio*. La componente pretoria di merito, di recente, ha avuto occasione di pronunciarsi soprattutto con riguardo ai contratti di locazione a uso commerciale. Tra la categoria delle locazioni, infatti, quelle commerciali o “ad uso diverso dalla abitazione” agitano, sin dal sorgere della pandemia, la migliore dottrina e la giurisprudenza, in quanto categoria contrattuale più incisa dalle problematiche connesse e derivanti dall’evento pandemico. In verità, gli elementi normativi a disposizione sono molteplici: il recesso per gravi motivi *ex artt.* 3, comma 6, l. n. 431/1988 e 27 l. n. 372/1978; la risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 e 1464 c.c.), tutti comunque connotati dall’effetto demolitorio che producono sul rapporto contrattuale¹³⁵.

Quanto alla risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), il rimedio è stato criticato dai Tribunali di merito, in quanto la prestazione di dare una somma in denaro è sempre possibile, ed invocare la riduzione del canone concordato in sede contrattuale per la crisi economica connessa alla pandemia significherebbe

¹³³ Come sopra menzionato, l’articolo 28 (rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici) del decreto legge 2 marzo 2020 n. 9 prevede che ricorre la sopravvenuta impossibilità *ex* articolo 1463 codice civile, “in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne o terrestre”; l’articolo 88 decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, prevede che i contratti di soggiorno e quelli per spettacoli, musei e altri luoghi per la cultura siano risolti per l’impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi dell’articolo 1463 codice civile, ma che il costo sia trasfuso in un *voucher*. Qualcuno ha ravvisato, in realtà, come più che di risoluzione si tratti di una rideterminazione *ex lege* dei contenuti del rapporto. Cfr. C. PILIA, *Le Tutele dei diritti durante la pandemia Covid - 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali*, in *Pers. merc.* 2020, 2, p. 80.

¹³⁴ Le misure economiche adottate dal Governo con il decreto “Rilancio” sono finalizzate a consentire una ripresa più agevole alle imprese dopo la crisi emergenziale causata dal Covid 19. Tra queste vi è la possibilità, per coloro che esercitano attività in locali in affitto, di poter godere di un credito d’imposta dell’ammontare pari al 60% del canone mensile dovuto al locatore per i mesi di marzo, aprile e maggio.

¹³⁵ Cfr. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *GiustiziaCivile.com*, 31 marzo 2020; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali*, cit., p. 425 ss.

invocare motivi attinenti al “reddito di impresa” che non appaiono strettamente “oggettivi”, oltreché temporanei¹³⁶. In breve, secondo una prima corrente pretoria, particolarmente rigorosa, anche la risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. risulta un rimedio scarsamente praticabile con riguardo alle locazioni commerciali ‘afflitte’ dal Covid-19. Ciò poiché gli immobili sono stati occupati anche durante la pandemia, e la prestazione corrispettiva (cioè il pagamento del canone) non può venir meno se non nelle ipotesi di scuola del ritiro dei mezzi di pagamento (es. moneta, moneta elettronica). È invece lecito affermare che entrambe le prestazioni hanno continuato a essere possibili¹³⁷. In via ulteriore, va esclusa (secondo questa tesi) anche la ricorrenza di una ipotesi di impossibilità sopravvenuta parziale ai sensi dell’art. 1464 c.c. Innanzitutto, non si può considerare la vicenda dell’emergenza sanitaria come un caso di “una prestazione di una parte (locatore) divenuta parzialmente impossibile”. In secondo luogo non può ritenersi violato l’obbligo del locatore di consegnare e mantenere il bene in condizione da essere utilizzato secondo l’uso contrattualmente stabilito ai sensi dell’art. 1575 c.c., non essendo riconducibile alcuna condotta di tale tipologia al locatore, ma ad attività provvedimentoale conseguente alla situazione di emergenza sanitaria di tipo pandemico¹³⁸.

Anche la strada dell’equità e della buona fede si ritiene non percorribile in quanto «disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell’art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità». Si fa riferimento a quest’ultima sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinare gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto temperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell’affare. È attraverso l’equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non definiti dai paciscenti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L’equità non è principio di giustizia morale dacché il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato”¹³⁹. Il suo intervento, cioè, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand’anche le scelte di queste appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l’ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato. Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l’equilibrio negoziale. In *subiecta materia*, il magistrato, più che

¹³⁶ Questo un primo orientamento delle Corti di merito, di cui risulta esemplificativo Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2020, in altalex.com.

¹³⁷ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale*, cit., p. 211.

¹³⁸ Per tutti questi rilievi, si veda Trib. Roma, ord. cit.

¹³⁹ Cfr. Trib. Roma, ord. cit., par. 5.

intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto dell'accordo negoziale appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che statuisce l'eventuale disciplina cogente non modificabile, né dalle parti, né dal giudice¹⁴⁰.

Costoro hanno avuto altresì l'*occasione* di pronunciarsi su un supposto obbligo di rinegoziazione del contratto. Secondo altri recenti arresti, «appare esservi una unanimità di vedute in ordine alla circostanza per cui, pur volendo ricavare dall'ordinamento un ipotetico (ma tutt'altro che pacifico) obbligo di rinegoziazione del contratto ... un tale obbligo non potrebbe mai tradursi nella cogenza di concludere il contratto modificativo imposto d'imperio dal giudice alle parti, completamente annichilendone l'autonomia contrattuale»¹⁴¹. I medesimi giudici hanno concordato coi precedenti arresti, affermando che non risulta praticabile la strada della impossibilità sopravvenuta parziale ai sensi dell'art. 1464 c.c., ciò che consentirebbe secondo la disposizione mentovata, di richiedere una riduzione del canone. Difatti, ciò su cui ha inciso la normativa emergenziale appare essere non tanto l'idoneità strutturale dell'immobile locato a essere oggetto di godimento da parte del conduttore, quanto piuttosto l'esercizio di talune attività commerciali nello stesso. Aspetto, quest'ultimo, che si riverbera in maniera indiretta sul concreto sfruttamento economico del medesimo immobile, ma che di per sé non è un aspetto connaturale alle obbligazioni che gravano sul locatore. *Mutatis mutandis*, l'obbligo del locatore di garantire il pacifico godimento dell'immobile può attenere solo alle caratteristiche intrinseche della cosa locata che ne possano consentire l'uso pattuito, ma non può spingersi sino a far gravare sul locatore finanche il rischio della eventuale sopravvenuta non praticabilità della specifica attività commerciale che il conduttore abbia deciso unilateralmente di avviare. Ciò, piuttosto, costituisce il tipico "rischio di impresa" che grava, invece, esclusivamente sul conduttore¹⁴². In conclusione, sono svariate le occasioni nelle quali "non esiste un obbligo di rinegoziazione dei contratti svantaggiosi per una parte, né un potere del giudice di intervenire nel regolamento contrattuale (salvo i casi tassativi previsti dall'art. 1384 c.c.)"¹⁴³. Difatti,

¹⁴⁰ Cfr. Trib. Roma, *ibidem*.

¹⁴¹ Cfr. Trib. Napoli, 1° aprile 2021, n. 1874, in *Pluris*.

¹⁴² Cfr. Trib. Napoli, sent. cit. Del resto, in tal senso anche taluni precedenti della Suprema Corte di Cassazione, i quali pacificamente affermano che nelle locazioni commerciali, l'inadempimento del locatore può configurarsi solo quando la mancanza di titoli autorizzativi dell'attività commerciale da svolgersi da parte del conduttore dipenda da carenze intrinseche del bene locato. Cfr. Cass., sez. III, 26 luglio 2016, n. 15377, in *Pluris*. Si è altresì specificato che l'obbligo del locatore di mantenere la cosa locata in istato da servire all'uso pattuito, ex art. 1575, comma 2, c.c., consiste nel provvedere a tutte le riparazioni necessarie a mantenere la cosa in quello stato, non potendo esso comprendere modificazioni e trasformazioni necessarie a rendere il bene locato idoneo all'esercizio commerciale del conduttore. Cfr. Cass., sez. III, 27 maggio 2008, n.13761, in *avvocato.it*

¹⁴³ Cfr. Trib. Roma, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *Pluris*.

«appare di chiara evidenza che la rinuncia ad un proprio diritto contrattuale per addivenire ad un accordo costituisca certamente un apprezzabile sacrificio che non può essere preteso dal locatore»¹⁴⁴.

A dispetto di tale orientamento apparentemente granitico, non sono mancate pronunce maggiormente pionieristiche. In particolare, un arresto è pervenuto a rigettare una domanda di risoluzione del contratto di locazione ad uso commerciale, con ciò evidenziando particolari circostanze del caso concreto¹⁴⁵. *Prima facie*, era imputato, *a parte convenuta*, il mancato pagamento di tre canoni mensili: tuttavia, due di tali tre canoni indicati in citazione ricadevano nel periodo di *lockdown* generalizzato che ha riguardato l'intera nazione nell'anno 2020 a causa della pandemia da Covid-19. In via ulteriore, parte conduttrice, con bonifico bancario, aveva provveduto a purgare le morosità addebitate, sia pure solo dopo la notifica dell'atto di citazione. Dalla lettura delle memorie integrative era emerso che la medesima parte aveva altresì provveduto al pagamento dei canoni successivi a quelli controversi, con ciò mostrando «la seria volontà di conservare l'efficacia del contratto e il godimento dell'immobile». Il soddisfacimento, anche tardivo, dell'interesse creditorio evidenziava nella specie l'assenza di colpa della parte resistente, la quale aveva giustificato la *dilatatio* rilevando l'esistenza di una problematica oggettiva a livello nazionale a ragione della pandemia. La pronuncia non si spinge (come pure avrebbe potuto fare in modo audace) a richiamare i canoni della buona fede oggettiva, ma reputa che manchi, ai fini dell'inadempimento, il requisito della gravità del medesimo, ovverosia la sua non scarsa importanza, valutando a tal fine soprattutto il comportamento successivo della parte convenuta, proteso a recuperare i ritardi maturati al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale¹⁴⁶. Per la prima volta nella giurisprudenza di primo grado, e con specifico riguardo ai contratti di locazione condizionati dalla pandemia, si riconosce il diritto alla dequotazione del canone, proporzionata alla sopravvenuta diminuzione del godimento. Esso costituisce specifica applicazione di un principio generale che presiede la disciplina delle locazioni, quello della sinallagmaticità fra godimento e corrispettivo, per cui ove quel godimento non è attuabile secondo le previsioni contrattuali, il conduttore è abilitato a pretendere una riduzione del relativo corrispettivo e financo legittimato alla risoluzione del rapporto, quando quel decremento è tale da comportare il venir meno dello stesso interesse del conduttore alla persistenza della locazione. Si è riconosciuto, nella chiusura degli immobili adibiti ad uso commerciale in conseguenza del blocco delle attività per il c.d. *lockdown*, un'ipotesi di impossibilità temporanea e parziale della prestazione dovuta dal locatore al conduttore. Per effetto delle disposizioni emergenziali, infatti, la prestazione del locatore di assicurare il godimento dell'immobile per la destinazione contrattuale non è stata adempiuta nella sua interezza, essendo stato precluso, per una parte del periodo in questione, lo svolgimento dell'attività professionale

¹⁴⁴ Cfr. Trib. Roma, 9 aprile 2021, n. 6174, in *Pluris*.

¹⁴⁵ Cfr. Trib. Napoli, 19 marzo 2021, n. 785, in *Pluris*.

¹⁴⁶ Cfr. Trib. Napoli, sent. cit.

per il quale esso era stato locato e quindi l'uso pattuito. Per tale lasso temporale, conclude il Tribunale, è ragionevole ritenere che l'importo dovuto a titolo di canone di locazione non sia dovuto nella sua interezza. In particolare, si richiama la necessità di dare maggiore rilevanza alla clausola generale di buona fede, considerato che ciascuno deve agevolare l'altro nell'esecuzione della propria prestazione, e che nella prassi intercorsa tra le due parti contrattuali, era spesso tollerato un pagamento in leggero ritardo del canone locatizio. Tale ultima circostanza era idonea a fondare un legittimo affidamento del conduttore. In più, per il periodo in cui si è avuta chiusura totale degli esercizi commerciali, non ha avuto attuazione la c.d. causa in concreto del contratto, dovendosi riconoscere la incidenza della pandemia sul rapporto negoziale preesistente. Quanto alla quantificazione della riduzione del canone, la Corte ha ritenuto di poter applicare, in via estensiva, i principi¹⁴⁷ di cui all'art. 216, l. n. 77/2020. Tale ultima pronuncia sembra essere in qualche modo corroborata da numerosi provvedimenti emessi in sede cautelare che hanno quasi sempre rigettato le richieste di rilascio immediato degli immobili presentate dalle parti locatrici. Le ordinanze e i decreti che si sono occupati della *vexata quaestio* hanno anche in queste ipotesi "salvato" i conduttori dall'obbligo di abbandonare lo spazio immobiliare, qualora sia stata verificata la esistenza di talune circostanze quali, ad esempio, il pagamento almeno del 50% del canone originariamente pattuito¹⁴⁸. Ciò dimostra la seria volontà di mantenere in vita il negozio giuridico, dovendosi riconoscere le concrete difficoltà e le mancanze di liquidità ingenerate eziologicamente dalla pandemia. Le richieste di rilascio dell'immobile sono state invece accolte qualora non si sia dimostrata una volontà seria di cooperare col creditore della prestazione, non essendo stato adempiuto il canone, né tardivamente, né parzialmente, e qualora la richiesta di riduzione del canone sia formulata in modo 'vago e generico'¹⁴⁹.

Nell'anno 2021 si segnalano due arresti giurisprudenziali che si allineano con gli orientamenti testé illustrati. Le due controversie sono accomunate dal fatto che le parti conduttrici si sono limitate a dedurre, quale spiegazione e causa delle difficoltà sopraggiunte, l'emergenza sanitaria, senza tuttavia il corredo di un adeguato riscontro probatorio.

Nel primo caso il Tribunale di Roma¹⁵⁰ si è pronunciato in una causa nella quale due società (la prima, subentrata nel contratto di locazione a seguito di cessione di azienda, la seconda che aveva preso l'azienda - bar, tavola calda e ristorante - in affitto dalla prima) richiedevano la riduzione del canone per eccessiva onerosità sopravvenuta a seguito del grave pregiudizio originato dalla emergenza sanitaria, con particolare riferimento alle misure limitative dell'attività di ristorazione consistente in forti perdite economiche. Sul punto, ha rilevato il Tribunale che «niente è stato dimostrato non avendo le ricorrenti prodotto nessuno

¹⁴⁷ Cfr. Trib. Milano, sent. cit.

¹⁴⁸ Cfr. Trib. Napoli, ord. 8 novembre 2020, inedita, Trib. Napoli, ord. 11 maggio 2021, inedita.

¹⁴⁹ Cfr. Trib. Napoli, 21 marzo 2021, in www.ilmerito.it.

¹⁵⁰ Trib. Roma, sez. VI civ., n. 9457/2021 del 21.05.2021 in www.ilmerito.it

degli atti amministrativi generali solo genericamente richiamati negli atti difensivi». E se anche i richiamati Dpcm fossero stati prodotti in giudizio, ebbene le ricorrenti non avrebbero - come non hanno - «assolto l'ulteriore onere della prova in relazione ad una presunta contrazione dei propri introiti». In particolare, «nessuna documentazione contabile è stata prodotta così che non appare possibile verificare le apodittiche affermazioni delle ricorrenti su una presunta crisi delle proprie attività imprenditoriali».

Con riferimento ai tentativi di rinegoziazione avviati dalle due società parti conduttrici, le due ricorrenti avevano affermato di aver contattato più volte il locatore/resistente per concordare una temporanea riduzione del canone locatizio, senza però ottenere un positivo riscontro. Il locatore aveva risposto di aver comunicato alle controparti due proposte alternative, di avere dunque provato a rinegoziare il contratto, anche se alla fine il disaccordo era rimasto. Il principio ribadito dal giudice è che il semplice esercizio del diritto contrattuale da parte – nel caso – del locatore «non può significare violazione delle regole della buona fede contrattuale»; e cioè, «la semplice richiesta di pagamento dei canoni previsti nel contratto» non configura in alcun modo una condotta abusiva.

Quanto al dover agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte (in virtù dei principi di buona fede, correttezza e solidarietà sociale) a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, esso non significa che il contraente debba andare oltre i limiti dell'interesse proprio ovvero oltre quelli in cui ciò possa avvenire con apprezzabile sacrificio a suo carico. E la riduzione di un diritto contrattuale costituisce proprio quell'apprezzabile sacrificio che la norma pone quale limite all'obbligo di buona fede. Per tutto questo, l'azione delle ricorrenti è rigettata.

La seconda pronuncia, del Tribunale di Palermo¹⁵¹, è stata dettata su una vertenza di sfratto per una morosità che la conduttrice, opponendosi, aveva attribuito alle misure di contenimento dovute all'emergenza da Covid-19.

Anche in questo caso, il giudice prende atto che «non risulta provato che le misure restrittive volte al contenimento dell'emergenza Covid-19 abbiano inciso, rendendola più onerosa, sulla prestazione principale del conduttore che si sostanzia nel pagamento del canone di locazione». Per ciò, in assenza di tale prova, «non può ritenersi inadempiente parte locatrice rispetto all'obbligo di rinegoziazione secondo buona fede, né vi sono elementi sufficienti per valutare se le proposte transattive che hanno riguardato le parti siano state improntate ai criteri di buona fede».

La conduttrice non ha prodotto «alcun elemento per valutare concretamente l'incidenza effettiva e reale dell'emergenza pandemica sulla situazione contrattuale ed in particolare sullo svolgimento della propria attività di ristorazione... [...] non si sa nulla della sua attività di impresa, di come operasse prima della

¹⁵¹ Trib. Palermo, sez. II civ., n. 2435/2021 del 09.06.2021 in www.ilmerito.it

pandemia, di quale fosse la sua redditività, dei suoi orari di apertura, Nulla è stato prodotto per poter valutare la fondatezza della domanda di riduzione del canone o per poter in qualche modo istruire la stima dell'asserito svilimento della prestazione in un'ottica di valutazione dell'obbligo di rinegoziazione». È contestato e non altrimenti provato che le chiusure imposte alle attività di ristorazione, come quella esercitata dall'opponente, abbiano impedito in modo significativo lo svolgimento dell'attività di impresa. Semmai la ricorrente ha allegato che l'attività di ristorazione esercitata dalla conduttrice/convenuta veniva già svolta in modalità prevalentemente di asporto prima dell'emergenza, non disponendo il locale di un adeguato numero di coperti, circostanza non contestata da quest'ultima. Infine, l'inadempimento è da ricondurre anche a periodi precedenti l'imposizione della chiusura delle attività. Insomma, per il giudice palermitano sussistono sufficienti elementi per ritenere grave, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'inadempimento della conduttrice e dunque per l'accoglimento della domanda di parte ricorrente.

Nella controversia al vaglio del Tribunale di Palermo, il giudice premette che l'obbligo di rinegoziazione del contratto asseconda l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, con ciò consentendo «la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti». Obbligo di rinegoziare significa «impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto»; quindi, esso «impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo».

Pertanto, «la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente».

All'opposto, costituiranno inadempimento di tale obbligo trattative «di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo», così come una opposizione assoluta e ingiustificata alle trattative stesse.

Una ulteriore e recente pronuncia del Tribunale capitolino¹⁵², sempre in tema di accadimenti contrattuali a seguito delle difficoltà economiche sorte a causa dell'emergenza sanitaria nell'esercizio di attività commerciali, ribadisce che le anomalie dedotte in giudizio e che sarebbero alla base della pretesa rinegoziazione del canone locatizio dovranno riguardare la dimensione materiale dell'immobile o la sua

¹⁵² Trib. Roma, sent. 11482 del 6 agosto 2021 pubblicata su www.ilmerito.it.

struttura intrinseca, escludendosi dunque la possibilità di rivedere il rapporto contrattuale per un motivo indipendente dalla volontà delle parti, quale è certamente l'emergenza sanitaria¹⁵³. In argomento è stato sostenuto che l'oggetto della locazione, ancorché commerciale, non riguarda la garanzia della produttività dell'attività imprenditoriale che il conduttore svolgerà nei locali concessi in godimento e che la dichiarazione contrattuale dello specifico uso che il conduttore intende fare della cosa locata, non impone al locatore la garanzia dell'effettiva possibilità di tale uso, assumendo la stessa rilevanza solo in relazione all'obbligo del conduttore di non modificarne, né alterarne la destinazione¹⁵⁴.

10. Osservazioni critiche in merito al giacente disegno di legge di riforma del Codice civile

Dall'*excursus* pretorio appena descritto è facile avvedersi di come le Corti di merito interne abbiano adottato un atteggiamento restrittivo di tipo prudenziale, che risulta essere molto più vicino allo 'spirito' precauzionale francese che non a quello, molto più progressista, di matrice alemanna. Si riscontra nello specifico un timore quasi reverenziale nei confronti della lettera del Codice, essendo invece osteggiato un richiamo generale alla buona fede oggettiva e all'equità, ritenute evidentemente prive di solide basi di diritto positivo, e comunque esposte agli arbitrii del medesimo ufficio giudiziario. Le motivazioni addotte dalle Corti sono lapalissiane e, all'apparenza, tetragone. Da sempre, si è ritenuto che il giudice non possa ingerirsi nella 'cittadella' dell'autonomia privata, la quale ultima risulta espressione della volontà sovrana delle parti¹⁵⁵. Il principio volontaristico, di origine francese e che fonda sin dall'ottocento anche la matrice civilistica italiana, osta a che il contenuto del negozio venga successivamente riveduto da un terzo, seppur munito di potere giurisdizionale, terzo che sia diverso dalle parti originarie del contratto. Né, se il creditore rifiuta di rinegoziare, è passibile di alcun rimprovero: la rinegoziazione impone infatti un 'sacrificio

¹⁵³ Nel caso specifico, i fatti nascono da un'intimazione di sfratto per morosità da immobile locato ad uso commerciale dovuta al mancato pagamento ed ai ridotti versamenti di diversi canoni. L'intimato in sua difesa sosteneva di essersi trovato di fronte all'impossibilità temporanea e parziale ad adempiere a causa delle difficoltà dovute alla protratta chiusura dell'attività imposta dall'emergenza Covid-19: circostanza che, a suo avviso, avrebbe imposto la rinegoziazione del contratto e che legittimava la richiesta di riduzione del canone ad almeno il 50% rispetto all'importo pattuito *ab origine*.

¹⁵⁴ Le pronunce giurisprudenziali in materia sono numerose e tutte in linea con i principi osservati, tra le più recenti si segnalano, *ex multis*, Trib. Roma, sent. 234 del 5 gennaio 2022; Trib. Brescia, sent. 3123 del 21 dicembre 2021; Trib. Roma, sent. 18048 del 12 novembre 2021, n. 17419 del 8 novembre 2021, n. 16848 del 26 ottobre 2021 e n. 15470 del 23 settembre 2021; Trib. Firenze, sent. 1605 del 22 settembre 2021. Tutte le sentenze sono pubblicate sul quotidiano *online ilmerito.it*.

¹⁵⁵ La metafora fu adoperata per la prima volta da Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*; in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, *ivi*. La pronuncia, capostipite di un orientamento oramai consolidato, si occupava della riduzione della clausola penale per eccessiva e manifesta sproporzione. In tal caso, si specificò, è l'art. 1384 c.c. che autorizza l'intervento del giudice in via equitativa. Tuttavia tale intervento è da escludersi al di fuori delle ipotesi tipiche espressamente previste dal legislatore italiano. Per approfondimenti, cfr. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, p. 52 ss.; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000, *passim*.

apprezzabile', destinato a riverberarsi negativamente sulla sua sfera giuridica patrimoniale. Se il contratto soffre di sopravvenienze negative che lo inficiano, non può essere imposto alcun obbligo giuridico alla parte di addivenire a una nuova stipulazione, poiché solo la parte singola conosce quali siano i propri interessi e meglio può valutarli, e comunque non può essere destinataria di una limitazione della propria autonomia contrattuale. Pertanto, come evidenziato dalla relazione al codice civile del 1942, l'unica soluzione è quella dello scioglimento del rapporto obbligatorio.

Senonché, tale indirizzo ermeneutico appare eccessivamente ancorato al dato letterale delle disposizioni codicistiche, tralasciando l'opportunità (molto avvertita, oggi) di una interpretazione costituzionalmente orientata del sistema civilistico moderno, e in particolare delle norme che regolano lo scioglimento e la modifica del contratto¹⁵⁶. Interpretazione assiologicamente orientata che risulta ancor più necessaria, oggi, alla luce della mancanza di un intervento normativo sistemico che invece ha interessato i modelli alemanno e francese. Come più volte si è avuto modo di sottolineare, è mancato un coraggioso passo in avanti volto a dare pregnanza applicativa, in questo specifico campo, alla buona fede oggettiva. In sostanza, mentre nella esperienza tedesca il §242 BGB (e il suo 'figlioccio' ideale, il §313 BGB) si è rivelato un 'fecondo tronco' da cui sono germogliati importanti corollari pretori e normativi, il medesimo processo ermeneutico, in senso evolutivo, è mancato in Italia, per lo meno con riguardo alla eventualità della rinegoziazione dell'accordo. Gli artt. 1175 e 1375 c.c., pur presenti nell'impianto generale codicistico, e pur avendo invece portato a frutti maturi in altri campi comunque relativi alla negoziazione, sono rimasti essenzialmente 'sterili', per le ragioni evidenziate: la perdurante ostilità delle Corti di merito e, per un verso, della medesima Cassazione, ad intervenire nell'ambito dell'autonomia privata.

Si riscontrano vari tentativi da parte della dottrina di dischiudere la via a una maggiore flessibilità del diritto dei contratti. Raffinata appare la ricostruzione volta a rivisitare l'art. 2932 c.c. in chiave generale, legandolo a doppio filo all'art. 1375 c.c. è innegabile che, al tempo in cui fu redatto, l'art. 2932 c.c. venne pensato, se non come norma eccezionale, quantomeno come norma 'speciale', riferentesi al contratto preliminare¹⁵⁷. Tuttavia è la stessa Cassazione che, anche in tempi non risalenti, ha chiarito che l'art. 2932

¹⁵⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

¹⁵⁷ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli, cit., par. 166: «Si è poi disciplinata l'ipotesi di contratto preliminare di un contratto di alienazione. Ho considerato che, quando si promette un'alienazione, vi è normalmente un obbligo di controprestazione da parte di chi domanda la sentenza costitutiva degli effetti del contratto; se costei ottenesse la sentenza medesima senza adempiere la sua obbligazione o senza essere pronta ad adempierla, si verificherebbe l'effetto di un trasferimento che viola il sinallagma. Ho previsto, perciò, che la parte che domanda l'esecuzione del contratto preliminare di alienazione deve dimostrare di avere adempiuto o di avere già offerto realmente la sua prestazione, senza di che il giudice dovrà astenersi dalla pronuncia richiesta: per rendere certo il trasferimento prodotto dalla sentenza ho evitato in questa materia pronunce condizionali». Sul tema si abbia riguardo a R. CALVO, *Contratto preliminare. Art. 1351 (Il codice civile. Commentario)*, Milano, 2016;

c.c. si estende a tutti gli obblighi di contrarre comunque previsti dall'ordinamento giuridico¹⁵⁸. Se il primo passo ermeneutico della Cassazione è andato nel senso di generalizzare l'applicazione del rimedio costitutivo per tutti gli obblighi legali di contrarre, non è disagevole concludere che un tale obbligo possa discendere anche dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c. La buona fede oggettiva, infatti, costringe la parte a fare tutto ciò che appare necessario per il buon esito dell'operazione¹⁵⁹. Né è possibile affermare che la rinegoziazione è un sacrificio apprezzabile a carico del creditore, posto che anche costui ha interesse alla prosecuzione del rapporto e che da essa potrebbe trarre benefici maggiori rispetto allo scioglimento. Più che un sacrificio apprezzabile, si tratta di una opzione foriera di guadagni futuri.

Peraltro, nel senso di instillare vitalità e rilevanza all'obbligo giuridico di rinegoziare sembra porsi la medesima Corte di Cassazione, in una nota relazione tematica¹⁶⁰. A parere della Suprema Corte, i contratti sembrano dover essere rigidamente rispettati nella loro formulazione primigenia nella sola misura in cui rimangano inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Per converso, ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico sul quale si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi dei paciscenti paiono valere "*rebus sic stantibus*"¹⁶¹.

Si richiama, a fondamento di un obbligo di rinegoziare, l'art. 1374 c.c.: secondo la lettera della disposizione, il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. La disposizione tratteggia l'intervento diretto sul contratto squilibrato da parte del giudice, in ossequio ad un principio di eterointegrazione correttiva del contenuto negoziale secondo equità. Anche attraverso la norma richiamata si è sottointesa, nei contratti a lunga durata, una clausola di rinegoziazione, "in virtù della quale il dato obsoleto, o non più funzionale, possa essere sostituito da quello aggiornato e opportuno"¹⁶². Inoltre, sempre secondo l'orientamento della Suprema Corte, l'art. 1467 c.c. è norma dispositiva che può essere derogata sia dalla volontà delle parti che da norme imperative di legge, nel cui novero si iscrive proprio il precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Fondamentale è l'affermazione, contenuta nella relazione, secondo la quale la buona fede rappresenta,

¹⁵⁸ Una delle poche eccezioni sembra essere quella del 'preliminare del preliminare', ove invece non è concessa la tutela costitutiva in considerazione della fase embrionale delle trattative e della vaghezza dell'accordo sinora raggiunto, qui si applicano i principi di buona fede oggettiva. Cfr. Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Pluris*.

¹⁵⁹ Sul tema si veda in dottrina P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2014 e G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.

¹⁶⁰ N. 56/2020, sopra citata.

¹⁶¹ Relazione tematica n. 56/2020, p. 21.

¹⁶² Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, 3a ed., Torino, 2004, II, p. 722 ss., il quale ritiene che i contraenti possano escludere convenzionalmente il descritto obbligo, attraverso una clausola di "non revisibilità" dell'accordo.

dunque, un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico¹⁶³, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale. Gli artt. 1175 e 1375 c.c. sono, dunque, espressione del principio solidaristico (di matrice costituzionale, all'art. 2) che innerva il nostro sistema, con riferimento al quale ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significazione¹⁶⁴. *Expressis verbis*, la relazione sancisce che proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto ex art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute¹⁶⁵. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale¹⁶⁶. In conclusione, il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione¹⁶⁷. Il venir meno dei flussi di cassa, infatti, è un contagio diffuso, rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse¹⁶⁸. La risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede, che di quel principio è il portato codicistico. La clausola generale di buona fede diviene, in questa prospettiva, garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni contrattuali¹⁶⁹.

Inoltre, non va trascurato un ulteriore aspetto. Come sottolineato da autorevole dottrina, gli interessi delle parti colorano la causa del contratto, e quindi la funzione del rapporto. In ogni controversia che riguardi un negozio giuridico bilaterale a carattere patrimoniale, l'indagine non può esaurirsi alla sua struttura, senza approfondirne la funzione¹⁷⁰. Più precisamente, se ci si limitasse al profilo strutturale, cioè

¹⁶³ Si abbia riguardo sul tema a G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*.

¹⁶⁴ Cfr. relazione tematica n. 56/2020, cit., p. 22.

¹⁶⁵ La Corte, cioè, sembra fare sue le tesi già esposte a suo tempo da V. ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., in *Trattato di diritto privato*, Iudica - Zatti, Milano, 2011, p. 968.

¹⁶⁶ In tal senso anche C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

¹⁶⁷ Sul tema della rinegoziazione, in generale F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 774 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

¹⁶⁸ Cfr. Relazione tematica, cit., p. 23.

¹⁶⁹ Cfr. F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Eur.*, 2005, p. 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica dir.*, 2007, p. 451 ss.

¹⁷⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, op. cit., *passim*.

alla relazione tra le situazioni, non si riuscirebbe ad individuarne effettivamente la disciplina, la funzione di quella obbligazione. Il profilo funzionale e quello causativo esprimono la medesima esigenza, cioè l'individuazione e il completamento di una relazione tra situazioni soggettive. L'*accipiens*, secondo che la causa sia l'una o l'altra, ha, oppure no, determinati poteri e obblighi. Ora, se la sopravvenienza dell'evento negativo (es. pandemia) è tale da ostacolare del tutto o in parte la realizzazione della causa, è chiaro che il negozio non può più svolgere la funzione alla quale era destinato. Allora, sembra potersi affermare che un obbligo di rinegoziare scaturisca, prima ancora che dalla base normativa di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., logicamente dalla medesima configurazione funzionale del negozio giuridico, che necessita, sempre, di una causa concretamente valida e di possibile realizzazione.

Se eventi sopravvenuti influenzano la funzionalità e i presupposti del contratto, il rimedio dello scioglimento (o, peggio, della nullità), non appare funzionale allo stesso scopo che si è prefissati di raggiungere, e allora l'istituto della rinegoziazione interviene a ristabilire un bilanciato meccanismo contrattuale, che rende la realizzazione della causa concretamente possibile.

Quanto detto, del resto, sembra essere confermato dall'argomento di diritto comparato, nella parte in cui la giurisprudenza tedesca fa espresso riferimento all'argomento ipotetico e a quello 'economico-aziendale'. Come si è avuto modo di vedere, se appare evidente che le parti non avrebbero concluso il contratto, o comunque non alle medesime condizioni, se avessero conosciuto l'evento sopravvenuto in anticipo, è lapalissiano che detto contratto va rivisto, se non altro per evitare costose e poco efficaci caducazioni definitive del negozio che comunque può continuare, se mantenuto, a svolgere le sue funzioni ed apportare esternalità positive per le parti¹⁷¹. In via ulteriore, si impone una indagine sul rischio contrattualmente assunto dai paciscienti, che anch'esso connota la causa. Qualora si accerti che l'evento pandemico non rientri nei rischi ordinari eziologicamente riconnessi allo svolgimento della specifica attività commerciale inficiata e che tale evento non era stato assunto contrattualmente come rischio dalla parte, risulta chiaro che il rimedio dello scioglimento appare, già *prima facie*, 'ingiusto' e contrario alla buona fede oggettiva.

Ciò nonostante, gli appelli e i moniti rivolti da più parti (dogmatiche e pretorie a un tempo), non sono stati finora accolti dal legislatore ordinario. Un disegno di legge è allo stato allo studio delle Camere, ma al momento in cui si scrive permane privo di modifiche rilevanti e ancora in una fase 'di stasi'. L'art. 1, lett. i), del d.d.l. n. 1151 del 2019 espressamente prevede «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo

¹⁷¹ Cfr. A.M. BENEDETTI - R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 2020; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 5; M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, p. 314 ss.

buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». La disposizione contiene, finalmente, un riferimento espresso e di diritto positivo alla buona fede oggettiva, che dunque sembra essere confermata nel suo ruolo di base normativa e ideale a un tempo. Inoltre, appare anche 'ripresa' la 'tradizione' giuridica inaugurata con le clausole di *hardship* e con i principi Unidroit, ove la rinegoziazione è un rimedio coercibile dal giudice in mancanza di accordo tra le parti, ciò che rende l'istituto particolarmente efficace e dotato di valido *enforcement*, evitando che resti lettera morta. Allo stesso modo sono riprodotti i medesimi requisiti previsti dalle clausole di *hardship* e dal *soft law*: la straordinarietà e la imprevedibilità dell'evento sopravvenuto. Nonostante la natura piuttosto 'ermetica' della disposizione contenuta nel disegno di legge, dunque, si tratta di una norma di agevole interpretazione, considerato il *background* internazionale, pretorio e dogmatico, cui è possibile fare riferimento per la sua chiarificazione.

L'art. 1, lett. i) ha, senza dubbio, l'ambizione di assurgere all'analogo nazionale del §313 BGB e dell'art. 1195 *code civil*. A ben vedere, tuttavia, il testo del §313 BGB appare maggiormente esaustivo, perché fa espresso riferimento tanto all'argomento ipotetico (... «e le parti non avrebbero concluso il contratto o avrebbero concluso il contratto con un contenuto diverso se avessero previsto tale cambiamento») che a quello del rischio contrattuale (... «tenendo conto di tutte le circostanze del singolo caso, in particolare la distribuzione del rischio contrattuale») ¹⁷². L'art. 1195 *code civil*, invece, appare sostanzialmente diverso, perché fa riferimento esclusivamente ai casi di "eccessiva onerosità sopravvenuta", limitando così il campo applicativo dell'istituto ¹⁷³. Anche tale disposizione però fa riferimento al rischio contrattuale, in ossequio alle previsioni delle clausole di *hardship* e dei principi Unidroit e PECL.

Il legislatore italiano, quantomeno in sede progettuale, sembra aver precisato da tali requisiti, ritenendo irrilevante l'esame del rischio contrattualmente assunto dalle parti (ritenendolo, forse, inutile, in quanto

¹⁷² Il §313 BGB testualmente recita (in lingua originale): «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».

¹⁷³ L'art. 1195 *code civil* testualmente recita: «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

si porrebbe in ogni caso come requisito inespresso in sede di esame giudiziale), né menzionando l'argomento ipotetico. Invero, entrambi i requisiti appaiono di necessaria introduzione nel testo normativo definitivo. E ciò in considerazione che essi costituiscono straordinari 'filtri' che consentono di selezionare i casi di specie, nei quali realmente il debitore appare meritevole di protezione: allorquando l'evento sopravvenuto non era stato assunto contrattualmente come rischio, e non avrebbe concluso il contratto, o lo avrebbe concluso a condizioni diverse, se avesse conosciuto la sopravvenienza. Entrambi i requisiti, poi, appaiono conformi e coerenti rispetto al principio di buona fede oggettiva¹⁷⁴.

Qualsiasi *discussant* sul testo del disegno di legge appare all'attualità tuttavia sterile, data la sua condizione di paralisi parlamentare¹⁷⁵. Appare indubbio che il legislatore primario debba quanto prima colmare la lacuna normativa, accelerando il percorso formativo della legge, dando definitivamente soluzione al problema delle sopravvenienze contrattuali. Si tratta infatti, soprattutto con riguardo al recente evento pandemico, di una problematica che non può essere più ignorata dal Parlamento. La 'crisi' risulta tanto più evidente quando si consideri l'atteggiamento assolutamente restrittivo adottato dalle Corti di merito, che invece continuano a negare l'esistenza di tale obbligo di rinegoziazione, nonostante i numerosi argomenti normativi e dogmatici spesi in suo favore. La conseguenza della sua negazione si traduce, tuttavia, soprattutto in considerazione della vastità della pandemia ancora in corso, in un rischio di considerevole danno del sistema economico. La risoluzione del contratto infatti comporta, nella stragrande maggioranza dei casi, anche il risarcimento del danno da parte del debitore. Ciò finisce per aggravare ancora di più la sua già tragica situazione in campo patrimoniale, data la scarsità di liquidità economica generata dall'evento sopravvenuto. L'insolvenza dei debitori, e soprattutto delle imprese, può portare a procedure di liquidazione e fallimentari che hanno, quale risultato, solo quello di affliggere ulteriormente il tessuto produttivo della nazione. Una eventualità, questa, chiaramente da scongiurare.

¹⁷⁴ La rinegoziazione quale strumento di governo delle sopravvenienze contrattuali è stata oggetto di approfondita indagine da parte di numerosi interpreti. *Ex multis*, si segnalano i contributi di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, pp. 193 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, pp. 796 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 476 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, pp. 701 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

¹⁷⁵ Le ultime notizie reperibili si riferiscono ad uno stato di "discussione in sede di Commissione" da luglio dell'anno 2019 (cfr. il sito www.senato.it).