





# Il diritto nella pandemia

Temi, problemi, domande

a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo  
Meccarelli, Stefano Pollastrelli

eum

# *Studi Superiori*

6

Collana della Scuola di Studi Superiori “Giacomo Leopardi” dell’Università di Macerata

ISBN 978-88-6056-661-4 (print)  
ISBN 978-88-6056-662-1 (on-line)  
DOI 10.13138/ss-60566621

Prima edizione: luglio 2020  
©2020 eum edizioni università di macerata  
Corso della Repubblica, 51 – 62100 Macerata  
info.ceum@unimc.it  
<http://eum.unimc.it>

*Impaginazione:* Carla Moreschini  
*Copertina:* +studiocrocevia

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## Indice

- 9 Premessa  
di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli

### La lente dei diritti

- Massimo Meccarelli  
15 Il tempo della pandemia e le opportunità della storia
- Giovanni Di Cosimo  
29 Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza
- Angela Cossiri  
35 Le norme di contrasto al contagio tra funzione sociale ed efficacia giuridica
- Monica Stronati  
45 Il diritto di riunione e associazione in tempi di emergenza
- Andrea Francesco Tripodi  
55 Il controllo del contagio nella prospettiva penalistica ovvero il diritto penale emergenziale in assenza di un nemico visibile
- Romolo Donzelli  
65 Emergenza pandemica e tutela giurisdizionale dei diritti
- Simone Calzolaio  
75 Sistema di allerta Covid-19. Osservazioni sull'art. 6, d.l. 28/2020

- Ninfa Contigiani  
91 I soggetti socialmente ‘sensibili’ nel rigore delle ordinanze per il coronavirus (fase 1): l’eccezione necessaria nell’eccezionalità del contesto pandemico
- Stefano Pollastrelli  
105 Trasporti e turismo nell’emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri
- Il prisma dell’interazione
- Ermanno Calzolaio  
121 Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica
- Tommaso Febbrajo  
137 Emergenza pandemica e pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori
- Laura Vagni  
149 Consenso informato e diritto di autodeterminazione del paziente durante l’emergenza pandemica da coronavirus
- Mariano Cingolani  
163 La medicina ai tempi del coronavirus: relazione medico-paziente, diagnosi, terapia e responsabilità nell’emergenza Covid-19
- Alessio Bartolacelli  
173 Il diritto commerciale nel tempo della pandemia. Tra neoprotezionismo, zone franche ed emergenza portata a sistema
- Gabriele Franza  
193 Tecniche e modelli di gestione dei rapporti di lavoro nel diritto dell’emergenza sanitaria
- Guido Canavesi  
207 Dall’emergenza un nuovo modello di tutela?  
Gli ammortizzatori sociali al tempo del Covid-19
- Gianluca Contaldi  
221 Le misure poste in essere dall’Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia Covid-19

- Fabrizio Marongiu Buonaiuti
- 235 Le disposizioni adottate per fronteggiare l'emergenza coronavirus come norme di applicazione necessaria
- 257 Notizie sugli Autori





Ermanno Calzolaio

## Il Covid-19 quale ‘sopravvenienza contrattuale’ nella prospettiva comparatistica

Sommario: 1. Premessa – 2. L'impossibilità della prestazione – 2.1. La ‘force majeure’ nel diritto francese – 2.2. La ‘Echte Unmöglichkeit’ nel diritto tedesco – 2.3. La ‘frustration’ nel diritto inglese (e cenni sulla ‘impracticability’ statunitense) – 2.4. La ‘force majeure’ nel diritto dei contratti internazionali – 3. L'eccessiva onerosità sopravvenuta – 3.1. La ‘imprévision’ nel diritto francese – 3.2. Il lungo percorso verso la ‘Störung der Geschäftsgrundlage’ nel diritto tedesco – 3.3. ‘Hardship’ nel diritto inglese e nei contratti internazionali – 4. Spunti conclusivi

### 1. *Premessa*

La pandemia Covid-19 ha assunto proporzioni talmente rilevanti da coinvolgere spesso la regolare esecuzione dei contratti, soprattutto di durata. Nelle pagine che seguono si intende offrire uno sguardo di sintesi sui possibili rimedi contrattuali nella prospettiva comparatistica.

Come è noto, nel diritto italiano le due figure che vengono in rilievo sono principalmente l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità sopravvenuta. La prima, la cui disciplina essenziale è contenuta negli artt. 1463 e 1464 c.c., si lega al verificarsi di un evento imprevedibile, al di fuori del controllo del soggetto obbligato e non dovuto in alcun modo a sua colpa. Essa determina la risoluzione del contratto se l'impossibilità è assoluta e definitiva o se, pur essendo temporanea, si protrae per un periodo tale per cui il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione o il creditore non ha più interesse a riceverla (art. 1256 c.c.). Se, invece, l'impossibilità è

solo parziale, essa dà luogo al diritto di chiedere la sospensione della prestazione e la riduzione del prezzo (art. 1464 c.c.). La seconda, invece, è disciplinata dall'art. 1467 c.c. e si lega al sopravvenire di circostanze che rendono la prestazione eccessivamente onerosa, pur se non impossibile, dando luogo alla risoluzione del contratto.

Si tratta di due figure ben distinte sul piano teorico-sistematico, fondandosi su presupposti diversi: l'impossibilità sopravvenuta fa riferimento ai casi in cui la prestazione diviene appunto impossibile, mentre nell'eccessiva onerosità sopravvenuta la prestazione resta sempre possibile, sebbene la sua esecuzione diviene eccessivamente onerosa per ragioni imprevedute ed imprevedibili.

Nella prospettiva comparatistica, le due figure evocano le categorie, rispettivamente, della *force majeure* e dell'*hardship*. Va subito precisato, tuttavia, che la distinzione, così nitida nel diritto italiano, risulta molto più sfumata nel diritto dei contratti internazionali e, in generale, in altre esperienze giuridiche nazionali. Ciò è dovuto ad una serie di ragioni, che sarebbe difficile qui sintetizzare, ma che tuttavia possono ricondursi all'approccio tendenzialmente ostile degli ordinamenti che appartengono alla tradizione giuridica di *common law* a riconoscere tanto l'impossibilità quanto l'eccessiva onerosità.

Sovente le due figure tendono a sovrapporsi e una traccia di questa 'confusione' si trova ad esempio con riferimento all'interpretazione dell'art. 79 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili. Esso prevede che una parte non è responsabile per inadempimento in caso di un impedimento indipendente dalla sua volontà e imprevedibile al momento della conclusione del contratto. Tra gli eventi insormontabili, in dottrina si ritiene che vadano ricompresi anche quelli dovuti ad un repentino mutamento delle circostanze tale da determinare un impedimento economico insormontabile. A stretto rigore, però, ciò non rientra nell'ambito della forza maggiore, quanto piuttosto nell'eccessiva onerosità. In sostanza, non è infrequente che la sopravvenienza di circostanze che alterano l'equilibrio economico del contratto sia ricondotta nell'ambito della forza maggiore.

Tenendo presente questa avvertenza di fondo, passeremo ora in rassegna le due figure nel diritto francese, tedesco, in-

glesi e nel diritto dei contratti internazionali, con le opportune considerazioni connesse alla rilevanza della situazione emergenziale.

## 2. *L'impossibilità della prestazione*

### 2.1 *La 'force majeure' nel diritto francese*

In Francia, il codice napoleonico del 1804 è ispirato ad un approccio molto rigoroso alla materia, testimoniato dalla formulazione originaria dell'art. 1148 *code civil*, secondo cui il debitore è esonerato dall'obbligo di risarcimento del danno quando la prestazione è stata impedita a causa di forza maggiore o di caso fortuito. La norma non conteneva una definizione di forza maggiore e la giurisprudenza ha sempre adottato una interpretazione restrittiva, in base alla quale solo la sopravvenienza di circostanze aventi un impatto radicalmente demolitorio conduce alla liberazione del debitore.

Come è noto, in Francia nel 2016 è stato interamente riformato il diritto delle obbligazioni e dei contratti, all'esito di un lungo e controverso *iter* normativo. Per quanto ci riguarda, l'art. 1218 *code civil* prevede ora una disciplina più articolata della *force majeure*, recandone anzitutto una definizione che fa perno su quattro caratteri di fondo: deve trattarsi di un evento che sfugge al controllo del debitore, che non poteva essere ragionevolmente previsto al momento della conclusione del contratto, i cui effetti non possono essere evitati con mezzi adeguati e tale da impedire l'esecuzione dell'obbligazione da parte del debitore. Se l'impedimento è temporaneo, l'esecuzione dell'obbligazione è sospesa, a meno che il ritardo che ne consegue non giustifichi la risoluzione del contratto. Se l'impedimento è definitivo, il contratto è risolto di pieno diritto (*de plein droit*) e le parti sono liberate dalle loro obbligazioni. Va sottolineato, in particolare, che l'evento deve essere tale da impedire l'esecuzione della prestazione, essendo proprio questo aspetto a distinguere la forza maggiore dalla *imprévision* (cioè dalla eccessiva onerosità sopravvenuta), che si connota per l'esistenza di una difficoltà di esecuzione, ma non di un impedimento assoluto.

Laddove ricorrano questi presupposti, l'effetto è radicale, giacché la forza maggiore libera il debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione. Quanto al contratto, occorre distinguere, analogamente a quanto previsto dal diritto italiano, tra impossibilità temporanea, che dà luogo unicamente alla possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione, e impossibilità definitiva o, comunque, in presenza di un ritardo che determina il venir meno dell'utilità della prestazione, nel qual caso il contratto si risolve. Qui la norma lascia aperto uno spazio di incertezza. Infatti, prima della riforma del 2016, la giurisprudenza riteneva comunque necessaria una specifica domanda di parte volta ad ottenere la risoluzione del contratto. Il nuovo art. 1218 *code civil* parla invece, come si è visto, di risoluzione «di pieno diritto», sicché in dottrina ci si chiede se ciò significhi che il giudice può pronunciarla anche d'ufficio. In assenza di specifiche pronunce giurisprudenziali, la questione è controversa.

Va comunque ribadito che la giurisprudenza francese ha sempre adottato un approccio restrittivo, come è testimoniato da numerosi casi proprio relativi ad ipotesi di epidemie. Ad esempio, l'influenza H1n1 è stata ritenuta non imprevedibile perché era stata annunciata e attesa (Cour d'appel Besançon 8/1/2014), la febbre *dengue* non è stata ritenuta un evento imprevedibile e irresistibile, perché è un fenomeno ricorrente e non letale nella maggior parte dei casi (Cour d'appel Nancy 22/11/2010), la *chikungunya* non è stata ritenuta imprevedibile e irresistibile perché può essere agevolmente rilevata ed è facilmente superabile (Cour d'appel Basse-Terre 17/12/2018). Con riferimento all'ebola, inoltre, si è rimarcato il particolare rigore nella dimostrazione del nesso causale tra epidemia e impossibilità di adempiere (Cour d'appel Paris 17/3/2016).

In questo contesto, ci si chiede quale approccio la giurisprudenza potrà adottare rispetto a fattispecie connesse alla pandemia Covid 19. Anche in Francia sono state emanate numerose disposizioni per il periodo emergenziale e, senza poter entrare nel dettaglio, ci si limiterà a ricordare la legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 (che fissa l'inizio dello stato di urgenza al 12 marzo 2020) cui hanno fatto seguito numerose *ordonnances*, tra cui assume rilievo ai nostri fini la n. 2020-306 del 25 marzo

2020 relativa alla proroga dei termini scaduti durante il periodo di urgenza sanitaria. Essa ha previsto la sospensione di termini non solo processuali e amministrativi, ma anche di quelli contrattuali (come per esempio nelle clausole penali).

A fronte della diffusione e della gravità della pandemia Covid-19, in dottrina si ritiene che essa presenti tutti i caratteri di un evento qualificabile in termini di 'force majeure' e in tal senso sembra deporre anche qualche prima pronuncia, benché non relativa alla materia contrattuale (ad esempio, la Cour d'appel Colmar 23/3/2020 ha ritenuto che le restrizioni conseguenti alle disposizioni adottate per contrastare la pandemia costituisca ipotesi di forza maggiore, tale da scusare la mancata comparizione in giudizio). Sempre in dottrina si precisa che ad essere rilevante non è tanto la pandemia in sé, quanto piuttosto i provvedimenti adottati dalle pubbliche autorità (basti por mente, ad esempio, alle conseguenze del divieto di assembramenti rispetto alla organizzazione di eventi pubblici, ecc.). In ogni caso, è sempre il giudice a dover valutare se si tratta di evento irresistibile, se era possibile e ragionevole adottare specifiche misure per ridurre le conseguenze della pandemia sulla regolare esecuzione del contratto, nonché se l'evento può ritenersi imprevedibile. Sotto questo ultimo profilo, in particolare, viene attirata l'attenzione sui casi di tacito rinnovo del contratto avvenuti dopo che l'evento pandemico era ormai conclamato. In tali ipotesi, si ritiene che alla parte che non ha impedito, come avrebbe potuto, la tacita rinnovazione del contratto sia poi preclusa la possibilità di invocare la forza maggiore, giacché il rinnovo automatico avrebbe potuto essere facilmente evitato.

## 2.2 *La 'Echte Unmöglichkeit' nel diritto tedesco*

Venendo al diritto tedesco, ci si limiterà solo ad un cenno, con riserva di tornare ad una trattazione più estesa quando ci occuperemo della disciplina del mutamento di circostanze.

Nel BGB non vi è, infatti, una norma specifica in materia di forza maggiore. Gli eventi che tipicamente la configurano vengono ricondotti entro l'ambito applicativo del § 275 BGB, secondo cui l'adempimento può essere rifiutato dal debitore se

la prestazione è impossibile. L'ipotesi principale è la c.d. impossibilità oggettiva (*echte Unmöglichkeit*), che ricorre quando il debitore non è in grado di eseguire personalmente ed effettivamente la prestazione. L'esempio di scuola è l'inesistenza del bene dovuto, cioè un'ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione è oggettivamente impossibile.

Anche alla luce della riforma del BGB del 2002, quando ricorre l'impossibilità si apre lo spazio al recesso e, correlativamente, al venir meno *ipso iure* dell'obbligo di eseguire la controprestazione.

### 2.3 La 'frustration' nel diritto inglese (e cenni sulla 'impracticability' statunitense)

Storicamente una regola generale in materia di forza maggiore è estranea alla tradizione giuridica di *common law*, che lascia da sempre all'autonomia dei contraenti la scelta di disciplinare gli effetti di eventuali cause che rendano impossibile (o più onerosa) l'esecuzione del contratto.

Ciò posto, va comunque segnalato che in occasione del celebre precedente *Taylor v. Caldwell* del 1863 prende a svilupparsi la *doctrine of frustration*. Il caso aveva ad oggetto una richiesta di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale proposta nei confronti del titolare di una sala da concerto concessa in locazione per un periodo di quattro giorni e poi andata distrutta a causa di un incendio prima che l'evento previsto potesse svolgersi secondo quanto pattuito. In questa occasione, i giudici della *House of Lords* hanno ritenuto necessario un temperamento della regola secondo cui il debitore è sempre tenuto ad adempiere alla propria prestazione, accogliendo la domanda del debitore di essere liberato in presenza di un evento sopravvenuto, impreveduto e in alcun modo dovuto a colpa, tale da rendere la prestazione impossibile.

Da questo precedente hanno poi preso le mosse una serie di casi successivi in cui i contorni della *frustration* si sono progressivamente precisati. Sono noti i cd. «coronation cases», in particolare quello relativo alla locazione di un appartamento per assistere alla parata per l'incoronazione di Re Edoardo VII, poi rinviata per malattia del sovrano. Anche in questi casi, si è

ritenuto che l'annullamento dell'evento costituisse una ipotesi tale da rendere 'frustrated' il contratto.

Dalla metà dello scorso secolo la regola ha poi assunto i caratteri attuali. Le circostanze che possono assumere rilievo sono unicamente quelle in presenza delle quali l'adempimento renderebbe la prestazione radicalmente diversa da quella pattuita («non haec in foedera veni»; v. il caso *Davis Contractors v. Fareham* del 1956). Ciò testimonia l'approccio restrittivo adottato dai giudici inglesi, che solo in casi eccezionali ritengono sussistente la *frustration*, giacché i suoi effetti sul contratto sono radicali: esso è privo di qualsiasi effetto e obbliga alle relative restituzioni. È quindi esclusa, in sostanza, l'impossibilità parziale, l'alternativa essendo tra «all or nothing». Un esempio può essere utile per illustrare questo approccio. Si tratta del caso *Tsakiroglou & Co. Ltd v. Noblee & Thorl GmbH* [1962] AC 93 relativo ad un trasporto di merci attraverso il canale di Suez, che era stato però chiuso per la crisi che interessò l'intera area negli anni '60 dello scorso secolo. Ebbene, i giudici ritennero in quell'occasione che non poteva parlarsi di contratto *frustrated*, perché era comunque possibile eseguire il trasporto attraverso il percorso alternativo del Capo di Buona Speranza (cioè circumnavigando l'intero continente africano!), sicché non si trattava di impossibilità assoluta, ma 'solo' di una prestazione divenuta più costosa. In tempi a noi più vicini, può essere ricordato il recente caso *Canary Wharf (BP4) T1 Limited & ors v. European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch) che riguardava un contratto di locazione di ampi locali destinati all'attività della Agenzia Europea del Farmaco. Come è noto l'Agenzia aveva sede a Londra, ma con l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea è stata trasferita ad Amsterdam, con conseguente venir meno del presupposto sulla cui base era stata stipulata la locazione dei locali. Ebbene, neppure un evento così dirompente come la *Brexit* è stato ritenuto tale da integrare gli estremi della *frustration* ai fini dello scioglimento del contratto di locazione.

In questo contesto, la dottrina inglese ritiene che anche per la pandemia per il Covid 19 sia necessario un approccio caso per caso per valutare se la sua indiscutibile gravità possa condurre alla *frustration* del contratto. Nel recente caso *MillChris*

*Developments Ltd v Waters* [2020] 4 WLUK 45, ad esempio, non è stato ravvisato alcun motivo per concedere il richiesto differimento di un sopralluogo in un immobile per accertare le contestazioni sollevate dal committente circa l'esecuzione dei lavori in un contratto di appalto.

Un analogo approccio restrittivo è possibile riscontrare nel diritto statunitense, dove si è sviluppata la *doctrine of impracticability*, a partire dal caso *Mineral Park Land Co. v. Howard* 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916) degli inizi dello scorso secolo, ove si riteneva che una cosa è impossibile sotto il profilo giuridico quando non è *practicable*, cioè quando implica costi eccessivi e irragionevoli. Di qui ha preso le mosse il Restatement (First) of Contracts che alla sec. 454 includeva, nell'ambito della disciplina dell'impossibilità, la *impracticability* della prestazione per circostanze sopravvenute che rendono estremamente difficile la sua esecuzione. La regola della *impracticability* nel diritto statunitense ha pian piano preso il posto della *frustration* nel diritto della madrepatria, ma con esiti sostanzialmente paragonabili.

Dal canto suo lo *Uniform Commercial Code* (UCC) – legge modello in materia commerciale, recepita da tutti gli Stati – ha incorporato anch'esso la regola della *impracticability* (sec. 2-615), prevedendo la liberazione del debitore nel caso in cui sopravviene un evento che le parti avevano assunto implicitamente che non si sarebbe verificato. In senso analogo anche il *Restatement (Second) of Contracts* (sec. 261, capitolo 11 rubricato “Impracticability of Performance and Frustration of Purpose”). In dottrina si osserva che la pandemia Covid 19 costituisce un evento il cui verificarsi le parti hanno implicitamente, ma certamente, escluso. Resta però da verificare caso per caso se, alla luce delle circostanze concrete, il suo impatto sul contratto è tale da far ritenere che l'adempimento sarebbe così oneroso da farlo ritenere *impracticable*.

#### 2.4 La ‘force majeure’ nel diritto dei contratti internazionali

Si ritiene che la forza maggiore costituisca ormai un principio accolto nell'ambito del diritto dei contratti internazionali, giacché esso trova spazio in convenzioni di diritto uniforme, co-



me quella di Vienna sulla vendita di beni mobili (art. 79), nei Principi Unidroit (art. 7.1.7), nonché nella giurisprudenza dell'*Iran-United States Claims Tribunal*, un organismo ufficialmente istituito nel 1981 da Stati Uniti e Iran per conoscere controversie relative a contratti tra soggetti appartenenti ai due Stati.

Per integrare gli estremi della forza maggiore devono ricorrere quattro requisiti: anzitutto, deve trattarsi di un evento esterno, rispetto al quale la parte onerata non ha assunto il rischio del suo possibile verificarsi; in secondo luogo, l'evento deve essere al di fuori della sfera di controllo del soggetto obbligato; in terzo luogo, esso deve connotarsi da assoluta imprevedibilità sia del suo accadere che delle conseguenze che ha determinato; infine, deve ricorrere il nesso causale diretto tra l'evento e l'impossibilità, nel senso che il primo costituisca *condicio sine qua non* della seconda.

Va comunque precisato che, al di là del suo riconoscimento come regola generale, la prassi contrattuale attesta che una specifica clausola di forza maggiore è sempre presente nei contratti internazionali. Pertanto, ancora una volta la rilevanza degli eventi dipenderà dalla formulazione che in concreto è stata adottata dalle parti. Un profilo complesso, in particolare, attiene alla tassatività o meno delle elencazioni che sovente sono contenute in questo tipo di clausole. È interessante segnalare, in proposito, che la Camera di Commercio Internazionale si è affrettata a diffondere nel mese di marzo 2020 un testo emendato di clausola-modello, contemplando in modo espresso le pandemie tra le cause di forza maggiore, insieme alle catastrofi naturali e, in genere, ad eventi estremi suscettibili di turbare la regolare esecuzione del contratto.

### 3. *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*

#### 3.1 *La 'imprévision' nel diritto francese*

Tradizionalmente il diritto francese non ha mai riconosciuto alcun rilievo all'eccessiva onerosità derivante da un mutamento sopravvenuto di circostanze. All'origine di questo approccio stanno, per un verso, l'assenza di una norma specifica nel codice

napoleonico e, per altro verso, la riluttanza dei giudici ad intervenire per modificare l'assetto dato dalle parti al loro regolamento contrattuale. A quest'ultimo riguardo, è appena il caso di ricordare il noto precedente *Canal de Craponne* del 1876 in cui veniva in rilievo la previsione di un canone per la derivazione delle acque da un canale, pattuito in un contratto stipulato addirittura tre secoli prima e da quel momento tacitamente rinnovato alla scadenza. Ebbene, la Corte ebbe ad escludere ogni rilevanza all'eccessiva onerosità ed anche la possibilità di modificare il contenuto del contratto, avente 'forza di legge' tra le parti.

Un approccio ben diverso è stato invece adottato per i contratti pubblici dal *Conseil d'Etat*, che ha elaborato una vera e propria regola di *imprévision*, in base alla quale il giudice amministrativo può adattare il contenuto del contratto in presenza di rilevante mutamento delle circostanze.

Solo con la riforma del 2016 viene introdotta anche nel *code civil* la figura dell'*imprévision*. Secondo il nuovo art. 1195 se un mutamento di circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte che non aveva accettato di assumerne il rischio, questa può domandarne la rinegoziazione alla controparte, continuando ad eseguire le sue prestazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare la risoluzione del contratto alla data e alle condizioni da esse fissate, o domandare di comune accordo al giudice di procedere al suo adattamento. In difetto di accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, a richiesta di una delle parti, modificare il contratto o risolverlo, alla data e alle condizioni dallo stesso fissate.

In dottrina si pone in rilievo che si ha eccessiva onerosità quando ci si trova in presenza di un incremento estremo, straordinario e inaspettato dei costi dell'adempimento e ci si chiede se si verifica anche in caso di una estrema diminuzione dei vantaggi che l'altra parte si attendeva ragionevolmente dalla controprestazione. La questione è controversa e non vi sono ancora casi giurisprudenziali in merito.

La vera novità della norma è però costituita dalla possibilità per il giudice di modificare il contratto, che è stata salutata ta-

lora come sorprendente (alla luce dell'approccio tradizionale), talaltra come estremamente innovativa. A ben vedere, però, la possibilità di intervento del giudice viene in rilievo solo nel caso in cui le parti non raggiungano un comune accordo entro un termine ragionevole. Inoltre, va anche osservato che, come ricordato più sopra, tradizionalmente il giudice francese è riluttante rispetto a qualsiasi intervento correttivo del contratto, per cui occorrerà verificare alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali se dalla norma si passerà ad un cambiamento effettivo. Infine, va tenuto presente che a partire dall'entrata in vigore della riforma si è subito diffusa la prassi di introdurre una specifica clausola, divenuta quasi 'di stile', per escludere l'applicazione dell'art. 1195. Vi è chi in dottrina avanza dubbi sulla legittimità di simili clausole se esse non prevedono un corrispettivo e anche su questo aspetto non si registrano ancora casi in giurisprudenza. Ad ogni buon conto, secondo il parere pressoché unanime della dottrina, la norma ha natura suppletiva e non imperativa. Tutto ciò conduce a ridimensionare grandemente la portata – in apparenza fortemente innovativa – del nuovo art. 1195 code civil.

### *3.2 Il lungo percorso verso la 'Störung der Geschäftsgrundlage' nel diritto tedesco*

Nel BGB del 1900 la sopravvenienza contrattuale era una categoria completamente assente. La totale fiducia nella volontà, quale unico paradigma del sorgere del vincolo contrattuale e dell'estensione del suo contenuto, portava a respingere l'idea stessa di una 'condizione implicita' assunta dalle parti a base del contratto, secondo cui le circostanze iniziali sarebbero dovute rimanere inalterate per tutta la sua durata.

Ben presto, tuttavia, la lacuna si sarebbe percepita in tutta la sua gravità, come del resto profetizzato dal Windsheid, per il quale la regola di derivazione canonistica sul mutamento delle circostanze che il BGB stava cacciando dalla porta sarebbe rientrata dalla finestra. Ciò è quanto puntualmente avvenuto all'indomani della fine della prima guerra mondiale, quando la Germania conobbe un'enorme svalutazione del marco. Il siste-

ma disegnato dalla pandettistica faceva perno sull'idea secondo cui il debitore si libera dalla prestazione consistente in una obbligazione pecuniaria mediante il pagamento al creditore della somma nominale indicata nella valuta pattuita. È bastata la svalutazione del marco per far saltare un sistema tanto 'perfetto' quanto disancorato dalla realtà: se, infatti, il costo della materia prima, che magari si era pattuito di fornire a un determinato prezzo, era lievitato, non c'erano strumenti per contrastare la pretesa del creditore di ottenere l'adempimento al prezzo pattuito e il contratto non poteva che essere risolto per inadempimento del debitore. È allora intervenuta la giurisprudenza, facendo leva sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, sancita dal § 242 BGB, attribuendo rilevanza, per tal via, all'eccessiva onerosità sopravvenuta. Riprendendo la teoria elaborata dall'Oertmann, si è giunti così a ritenere che ogni contratto si fonda su condizioni inesprese, ma che le parti hanno ritenuto essenziali.

Con la riforma del BGB del 2002 il lungo percorso giurisprudenziale trova ora cittadinanza nel nuovo § 313, rubricato appunto "interferenza sul fondamento del contratto" (*Störung der Geschäftsgrundlage*): in caso di mutamento significativo delle circostanze che erano a fondamento del contratto al momento della sua conclusione e senza le quali le parti non l'avrebbero concluso o l'avrebbero concluso a condizioni diverse, può essere richiesto l'adattamento del contratto se, tenuto conto delle circostanze concrete e della distribuzione del rischio tra le parti, non ci si può attendere da una di esse che mantenga inalterato il suo obbligo. Se l'adattamento del contratto non è possibile o se non ci si può attendere che una delle parti lo accetti, la parte svantaggiata può recedere.

In linea generale, i giudici tedeschi, pur seguendo un approccio molto rigoroso, si mostrano comunque inclini ad un adattamento del contratto e ciò è particolarmente rilevante con riferimento alle problematiche suscitate dalla pandemia per il Covid 19. Infatti, la dottrina sottolinea che le parti saranno di fatto sollecitate a procedere esse stesse ad una revisione del contratto, piuttosto che far intervenire il giudice.

### 3.3 'Hardship' nel diritto inglese e nei contratti internazionali

Rispetto agli ordinamenti di *civil law*, il diritto inglese non ha mai ritenuto di annettere rilevanza all'eccessiva onerosità sopravvenuta e, men che meno, a riconoscere che il giudice possa adattare il contenuto del contratto, sostituendosi alle parti. Emerge qui la diversa concezione accolta nell'esperienza di *common law* per raffronto con quella continentale e, in specie, il requisito della *consideration*, cioè quel *quid* domandato dal promittente, convenuto come oggetto di scambio (*bargain*).

L'assenza di una regola sul mutamento delle circostanze mostra la riluttanza delle corti ad intervenire nell'assetto che le parti hanno dato al regolamento dei loro rispettivi interessi. Si spiega, pertanto, la ragione per cui nella prassi contrattuale si sono sviluppate le cd. *hardship clauses*, generalmente riconosciute valide dalle Corti, se ben redatte e in particolare se salvaguardano il requisito della *consideration*.

Benché talvolta si dubiti che l'*hardship* costituisca un principio generale come la forza maggiore, in realtà essa trova sempre più spazio nel diritto dei contratti internazionali.

È significativo, ad esempio, che i Principi Unidroit dedicano all'*hardship* una disciplina molto puntuale (e simile a quella sulla forza maggiore). Per liberare la parte obbligata non è sufficiente che l'adempimento sia divenuto più oneroso (art. 6.2.1), ma occorre che ci si trovi in presenza di eventi che alterano in modo sostanziale l'equilibrio del contratto, per i maggiori costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione. Tali eventi devono verificarsi, o divenire noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto e devono essere tali da non poter essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto, essendo estranei alla sua sfera di controllo e purché il relativo rischio non fosse assunto dalla parte svantaggiata.

È evidente che solo caso per caso potrà stabilirsi in cosa consiste il significativo (*fundamental*) squilibrio in presenza del quale si apre lo spazio ai rimedi previsti dall'art. 6.2.3, cioè il diritto della parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione del

contratto, che deve avvenire senza ingiustificato ritardo, con indicazione dei motivi e comunque senza interrompere l'esecuzione. Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo entro un termine ragionevole, ciascuna di esse è libera di rivolgersi al giudice, che può risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificarlo al fine di ripristinare l'equilibrio originario.

#### 4. *Spunti conclusivi*

Dalla breve ricognizione che precede emerge che, al di là della diversità tra le varie esperienze giuridiche considerate circa il modo di affrontare il problema delle sopravvenienze, la giurisprudenza tende ad adottare un approccio ispirato ad una ponderazione rigorosa della sussistenza dei requisiti della forza maggiore o della eccessiva onerosità. Si è anche rilevato che, dalle prime ricostruzioni offerte in dottrina, ovunque si tende a riconoscere che l'emergenza sanitaria conseguente al Covid-19 presenta caratteri di eccezionalità e gravità tali da costituire certamente un evento rilevante, almeno in linea teorica, pur essendo chiaro che, in concreto, spetta al giudice di valutarne le conseguenze sul contratto, caso per caso.

Proprio alla luce delle circostanze attuali, ci si chiede se gli strumenti tradizionali si rivelano adeguati o se, come sostengono alcuni Autori (soprattutto da noi), non sia invece necessario muoversi nella direzione di attribuire al giudice un ruolo sempre più esteso, consentendogli di intervenire per riequilibrare il contenuto del contratto, anche prefigurando la possibilità di ricavare, in via interpretativa, l'esistenza di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti, in presenza di eventi riconducibili a forza maggiore o eccessiva onerosità sopravvenuta.

Non è certo questa la sede per sciogliere un nodo così complesso. Non vi è dubbio, però, che la prospettiva comparatistica consente di registrare una riluttanza e talora un deciso rifiuto (come avviene nella tradizione di *common law*) a riconoscere al giudice il potere di intervenire sul contratto. Pertanto, più che adottare un approccio 'paternalistico', lavorando ancora sulla

clausola di buona fede per giustificare (non senza possibili arbitrii) qualsiasi modifica postuma del contenuto del contratto da parte del giudice, sembra piuttosto preferibile muoversi nella direzione di ricercare strumenti che spingano le parti verso la rinegoziazione, rimettendo alle loro scelte ogni valutazione circa il punto di equilibrio tra le rispettive prestazioni.

### *Bibliografia essenziale*

- K.P. Berger, D. Behn, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3575869](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3575869)>, giugno 2020;
- B. Javaux, A.M. Lacoste, A. Tadros (cur.), *Les incidences du Covid-19 sur les contrats et contentieux en cours*, «Revue Lamy Droit civil», 2020 (dossier spécial);
- J. Heinich, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision*, «Recueil Dalloz», 2020, p. 611;
- R. Libchaber, *Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision*, «Recueil Dalloz», 2020, p. 1185;
- F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, «Giustizia civile», 2014, p. 825;
- F. Piraino, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, «Europa e Diritto Privato», 2019, p. 585;
- F. Bortolotti, *Il contratto internazionale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, CEDAM, 2017;
- R. Morello, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, «Giustizia civile», <<http://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/approfondimenti/gli-effetti-sui-contratti-dellemergenza-sanitaria>>, aprile 2020;
- G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, London, Sweet & Maxwell, 1994;
- P. Yeoh, *Covid-19 Legal-Economic Implications of a Pandemic*, «Business Law Review», 2020, p. 74.