



HAL
open science

Sopravvenienze e contratto dopo il covid-19: problemi di contenuto e di metodo

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

Riccardo Fornasari. Sopravvenienze e contratto dopo il covid-19: problemi di contenuto e di metodo. Contratto e impresa , 2020. hal-04395169

HAL Id: hal-04395169

<https://hal.science/hal-04395169>

Submitted on 6 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- La giurisprudenza come fonte normativa
- Al e registro per il deposito del codice sorgente
- La terza riforma dell'ABF
- Obbligazione e contratti
 - Buona fede e discrezionalità contrattuale
 - Coronavirus e sopravvenienze contrattuali
 - Merito creditizio e contratti di credito immobiliare
 - Leasing* e risoluzione per inadempimento
 - Contratto fiscalmente abusato
- Responsabilità
 - Ancora sul danno da malpractice sanitaria
- Impresa e società
 - Sull'indipendenza dei revisori legali Impresa e società

 edicolaprofessionale.com/CI

SOPRAVVENIENZE E CONTRATTO DOPO IL COVID-19: PROBLEMI DI CONTENUTO E DI METODO

SOMMARIO: 1. Pandemia e contratti: problemi di contenuto e di metodo. – 2. L'impatto della pandemia sulla specifica prestazione. – 2.1 L'impossibilità sopravvenuta. – 2.2. L'eccessiva onerosità sopravvenuta. – 3. L'impatto sul contesto contrattuale. – 3.1 L'impatto sulle condizioni soggettive dei contraenti. – 3.2 L'impatto sui presupposti oggettivi: la presupposizione. – 4. Pandemia, mora del debitore e risarcimento del danno. – 5. L'obbligazione di rinegoziazione. – 6. Pandemia e metodo del diritto dei contratti. – 7. Conclusioni.

1. – *L'événement*, secondo il metodo archeologico, costituisce una *rupture* – «discontinuité spécifiée par un certain nombre de transformations distinctes» ⁽¹⁾ – ed implica quindi un'apertura, una possibilità di modificazione di una *formation discursive* ⁽²⁾. Da questa prospettiva, *l'événement* rileva non tanto per ciò che accade, ma per ciò che esso produce. Date queste premesse, la pandemia ed i conseguenti provvedimenti normativi rappresentano non solo un evento, tragico, nel senso comune del termine, ma costituiscono anche, per la scienza giuridica, un *événement* nel senso foucaultiano, poiché causano una discontinuità nell'interpretazione di alcune regole e, soprattutto, aprono nuove prospettive per il metodo del diritto privato.

La sempre maggiore incertezza dei rapporti economici, l'abbandono di una visione meramente antagonista del contratto e la formazione di catene del valore globali hanno da tempo portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sul problema delle sopravvenienze contrattuali e della buona fede. In tale prospettiva hanno avuto un ruolo determinante, quantomeno come incentivi al dibattito, i principi di diritto transazionale, che hanno attribuito un ruolo preminente alla buona fede ed alla ragionevolezza, oltre che ai meccanismi di rinegoziazione del contratto. Tali que-

⁽¹⁾ FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Parigi, 1969, p. 228, «discontinuità caratterizzata da un certo numero di trasformazioni distinte».

⁽²⁾ FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, cit., p. 230 ss.

stioni hanno assunto ulteriore centralità anche grazie allo sviluppo di una visione cooperativa del contratto ⁽³⁾ e, in *common law*, della teoria del *relational contract* ⁽⁴⁾, spesso accostata dagli interpreti alla buona fede ⁽⁵⁾. Se le differenze tra i vari sistemi permangono e sono espressione di una distinta storia giuridica, che si muove secondo logiche e meccanismi di soluzione delle controversie diversi, oltre che di un differente contesto imprenditoriale, non si può negare la tendenza generale ad attribuire sempre maggiore attenzione alla gestione dell'equilibrio sinallagmatico del contratto in un contesto economico caratterizzato da imprevisti e crisi sempre più frequenti ⁽⁶⁾.

Quando il dibattito su buona fede e sopravvenienze, nel quale sono state espresse molteplici impostazioni teoriche e metodologiche ⁽⁷⁾, sembrava avere esaurito la propria forza propulsiva, la pandemia da CoViD-19 ha portato ad interrogarsi nuovamente su tali temi, in ragione delle conseguenze che essa ha sia sul modo di interpretare specifiche disposizioni, sia sul modo stesso di concepire il diritto e la funzione del giurista. È infatti evidente che la pandemia ed i conseguenti provvedimenti presi dalle autorità competenti ⁽⁸⁾ impattano in maniera determinante sui contratti in

⁽³⁾ Cfr. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, p. 46 ss.; MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 499 ss.

⁽⁴⁾ Tema sul quale la bibliografia è vastissima; per un inquadramento cfr. MACNEIL, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, a cura di D. Campbell, London, 2001; MACAULAY, *Non-Contractual Relations in Business: a Preliminary Study*, in *Am. Soc. Rev.*, 1963, p. 55 ss.; EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, in *Northwestern University Law Review*, 1999-2000, p. 805 ss.; D. CAMPBELL, *Good Faith and the Ubiquity of the 'Relational' Contract*, in *Modern Law Review*, 2014, p. 475 ss.; H. COLLINS, *Is a Relational Contract a Legal Concept?*, in *Contract in Commercial Law*, a cura di Degeling, Edelman e Goudkamp, Toronto, 2016, p. 54 ss.; FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.

⁽⁵⁾ Cfr. D. CAMPBELL, *Good Faith and the Ubiquity of the 'Relational' Contract*, cit., p. 475 ss.

⁽⁶⁾ GALGANO, *Diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.*, vol. II, Padova, 2015, p. 634 ss.; ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Milano, 2018, p. 137 ss.; *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, in *questa rivista*, 2001, p. 611 ss.

⁽⁷⁾ La bibliografia sul tema è sconfinata. Per un inquadramento: M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; ID., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 319 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 263 ss.; AND. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, cit., 95 ss.; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988. Circa buona fede, equità e mercato cfr. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *questa rivista*, 1999, p. 85 ss.

⁽⁸⁾ Per una rassegna della normativa emergenziale adottata cfr. GEMMA, *La rinnegoziazione nell'emergenza covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e*

essere, incidendo sul rischio contrattuale ⁽⁹⁾: è pertanto necessaria un'analisi delle conseguenze socio-giuridiche.

Prima di enucleare i problemi creati dalla situazione attuale, occorre svolgere una considerazione relativa alla struttura del sistema produttivo e di scambio, la quale porta ad inquadrare più specificamente i rapporti sui quali le sopravvenienze incidono in maniera più acuta. Infatti, la questione non si pone per tutti i contratti e per tutte le relazioni commerciali in maniera analoga. A livello globale la maggior parte del commercio è organizzato ⁽¹⁰⁾ tramite quelle che vengono definite *global value chain* o *global supply chain* ⁽¹¹⁾, che sono solitamente volte a regolare rapporti stabili di durata, a volte tra società che appartengono al medesimo gruppo. Vi sono notevoli differenze di organizzazione, anche contrattuale, tra tali strutture transnazionali, che impediscono di svolgere un discorso unitario; in questa sede basti segnalare che le modalità organizzative delle catene del valore usualmente prevedono specifici meccanismi di aggiustamento del prezzo e di risoluzione delle controversie ⁽¹²⁾, in ragione dei quali le disposizioni sulle sopravvenienze hanno minore importanza.

Il tema della *value chain* si pone soprattutto a livello transnazionale, il che forse chiarisce perché la maggior parte delle controversie – per ora decise in sede cautelare – riguarda rapporti nazionali e, soprattutto, rapporti antagonisti, ossia dove non si dà organizzazione e condivisione della produzione e realizzazione del valore ⁽¹³⁾.

Non è un caso che la maggior parte delle controversie e dell'attenzione

l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio, in *Jus civile*, 2020, p. 725-726, nt. 3.

⁽⁹⁾ Sul rapporto tra sopravvenienze e rischio cfr. per tutti E. GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 637 ss.; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 25 ss.

⁽¹⁰⁾ Secondo quanto affermato dalla World Bank il commercio globale organizzato tramite *value chain* corrisponde quasi all'80% del totale, cfr. WORLD BANK, *World Development Report 2020: Trading for Development in the Age of Global Value Chains*, Washington, DC, 2020.

⁽¹¹⁾ Per un inquadramento cfr. CAFAGGI e IAMICELI, *Regulating Contracting in Global Value Chains. Institutional Alternatives and Their Implications for Transnational Contract Law*, in *ERCL*, 2020, p. 44 ss., nonché i contributi in PONTE, GEREFFI e RAJ-REICHERT, *Handbook on Global Value Chains*, Cheltenham, 2019.

⁽¹²⁾ CAFAGGI e IAMICELI, *Regulating Contracting in Global Value Chains. Institutional Alternatives and their Implications for Transnational Contract Law*, cit., p. 49 ss.

⁽¹³⁾ Sul ruolo sempre maggiore della cooperazione nel commercio contemporaneo e su come ciò incida sulla teoria del contratto cfr. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, 2012.

degli interpreti concerna contratti di locazione ⁽¹⁴⁾ e l'escussione delle garanzie ⁽¹⁵⁾, dove è minore la cooperazione rispetto ai rapporti in cui vi è collaborazione nella produzione e realizzazione del valore: in tali rapporti, infatti, il proprietario estrae una rendita dal valore prodotto dal soggetto che esercita l'attività imprenditoriale (locazione commerciale), dal valore ottenuto tramite lavoro e/o capitale dal conduttore (rendita abitativa), o la banca estrae una rendita dall'attività esercitata dal soggetto che riceve la garanzia ⁽¹⁶⁾. Di conseguenza, il problema delle sopravvenienze si pone in maniera differente a seconda dei mercati presi in considerazione, poiché in alcuni i meccanismi contrattuali e socio-economici già stabiliti permettono di risolvere le controversie e rimodulare gli accordi senza l'intervento giudiziale.

Dato questo contesto generale nel quale si deve muovere l'interprete, per svolgere un'approfondita analisi delle problematiche giuridiche sottese non si può procedere ad una disamina unitaria; ci sembra invece che il problema necessiti di essere scomposto secondo una casistica più articolata, al fine di essere compreso più approfonditamente e di misurarne le implicazioni.

In tale quadro analitico si esaminano gli istituti la cui applicazione viene in rilievo e le possibili interpretazioni evolutive ⁽¹⁷⁾. In primo luogo, si analizzano i casi in cui la pandemia ed i conseguenti provvedimenti

⁽¹⁴⁾ Sugli effetti della pandemia sui contratti di locazione, soprattutto degli immobili adibiti ad uso commerciale, ed i rimedi esperibili dal conduttore la bibliografia è già molto ampia; per un inquadramento, con posizioni differenti, cfr. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 110 ss. e la bibliografia ivi citata; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, *ibidem*, p. 102 ss. e la bibliografia ivi citata; GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ibidem*, 31 marzo 2020; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 77-78; CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, p. 422 ss.; PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 2020, p. 308 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. nt. 116 e 117.

⁽¹⁶⁾ MARX, *Il Capitale*, III, sez. VI, Roma, 1974, v. 2, p. 713 ss.; LAPAVITSAS, *Profiting Without Producing*, London-New York, 2013, p. 138 ss.; HARVEY, *Limits to Capital*, London-New York, 2018, p. 330 ss.

⁽¹⁷⁾ Non si considereranno invece le legislazioni settoriali relative a specifici contratti, su cui cfr. DOLMETTA, *Pandemia e contratti pendenti di credito bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 796 ss.; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 508 ss.; PEPE, *L'emergenza sanitaria da coronavirus tra impossibilità*

hanno reso effettivamente impossibile o eccessivamente onerosa la prestazione del debitore. In secondo luogo, si analizzano i casi in cui il cosiddetto *lockdown* non impatta direttamente sulle prestazioni delle parti, ma sulle condizioni in ragione delle quali le stesse si erano impegnate o sui presupposti dell'accordo. In terzo luogo, si analizzano i casi in cui dette misure concernano un'obbligazione già inadempita e sul nesso di causalità giuridica di produzione del danno.

Una disamina critica ed approfondita di tali disposizioni e rimedi ne fa emergere la sostanziale inadeguatezza ⁽¹⁸⁾, per due ordini di ragioni. Il primo attiene agli effetti della maggior parte di tali regole: anche quando esse possono trovare applicazione, prevedono rimedi ablativi, che non permettono di conservare il vincolo negoziale e che, se applicati su larga scala, rischiano di rivelarsi dannosi per il sistema economico generale. In secondo luogo perché sono ancorati ad una visione moderna del contratto, dove le parti sono considerate in maniera antagonistica e l'accordo è preso in considerazione singolarmente: tale visione non è adeguata né al sistema socio-economico contemporaneo – ed infatti è da decenni in corso un'opera di trasformazione dei suoi fondamenti – e, soprattutto, non è adeguata ad un contesto in cui uno *shock* simmetrico dal lato della domanda e dell'offerta ⁽¹⁹⁾ ha investito in maniera trasversale amplissime porzioni del sistema economico globale.

Constatati i limiti delle disposizioni esistenti, si esamina la possibile consacrazione di un'obbligazione di rinegoziare, oltre alle potenzialità della responsabilità civile al fine di modificare l'equilibrio dell'accordo in ragione del mutato contesto. Si propone un'affermazione di tali soluzioni, che permettono la conservazione dell'attività economica e che incentivano le parti a trovare un nuovo equilibrio dello scambio e, quindi, consentono di superare l'*impasse* della teoria neoclassica, che non dispone di mezzi

sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero, in *Nuove leggi civ.*, 2020, p. 596 ss.

⁽¹⁸⁾ Inadeguatezza rilevata quasi unanimemente dagli interpreti che se ne sono occupati. Per tutti, anche in un'ottica di riforma generale, cfr. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ.*, Supplemento 3/2020, p. 81 ss.

⁽¹⁹⁾ GUERRIERI, LORENZONI, STRAUB e WERNING, *Macroeconomic Implications of COVID-19: Can Negative Supply Shocks Cause Demand Shortages?*, 2 aprile 2020, disponibile in acdc2007.free.fr/guerrieri20.pdf; HUSSON, *Le capitalisme sur le fil du rasoir*, in *Contretemps*, 12 luglio 2020, disponibile in www.contretemps.eu; BOTTA, CAVERZASI e RUSSO, *Fighting the COVID-19 Crisis: Debt Monetisation and EU Recovery Bonds*, in *Intereconomics*, 2020, p. 240; BRINCA, DUARTE e FARIA e CASTRO, *Decomposing demand and supply shocks during COVID-19*, 17 giugno 2020, disponibile in voxeu.org/article/decomposing-demand-and-supply-shocks-during-covid-19.

adeguati al fine di determinare il prezzo delle prestazioni all'infuori del meccanismo di mercato (che in questi casi non può funzionare in ragione dell'eccezionalità della situazione).

L'analisi del quadro vigente consente infine di svolgere considerazioni metodologiche più generali sul modo di considerare il diritto contrattuale e sugli approcci adeguati a comprenderne la complessità.

2. – La casistica *standard* relativa agli effetti della pandemia e del conseguente *lockdown*, sulla quale si è concentrata maggiormente l'attenzione degli interpreti, concerne l'impatto diretto sull'obbligazione essenziale del debitore ⁽²⁰⁾. Tale problema deve essere affrontato, chiaramente, tramite la lente dell'impossibilità o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, dato che i provvedimenti dell'autorità conseguenti alla pandemia ⁽²¹⁾ costituiscono un tipico esempio di *factum principis*. Tale osservazione, d'altronde, trova conferma nell'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, il quale prevede 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 articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Tale problema è stato affrontato anche dallo *European Law Institute*, che ha formulato principi di diritto per affrontare la pandemia; il *Principle 13* afferma che: «Where performance of a contract is temporarily or definitively prevented directly or indirectly due to the COVID-19 outbreak or States' decisions taken in relation to the COVID-19 outbreak, States should ensure that existing law on impossibility or force majeure applies in an effective way, and provides reasonable solutions. In particular, the contractual allocation of risk in these instances should be evaluated in the light of existing contracts, background legal regimes and the principle of good faith. (2) Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation. (3) In conformity with the principle of solidarity, States should ensure that the consequences of the disruption of contractual relationships, such as the cancellation of travel arrangements, should not be at the sole risk of one party, in particular of a consumer or SME» Così anche le riflessioni che si erano in passato occupate delle sopravvenienze, cfr. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004.

⁽²¹⁾ Evidenza che l'attenzione dei giuristi debba concentrarsi su detti provvedimenti e non sulla pandemia in quanto tale MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19 – Speciale n. 2, p. 6.

⁽²²⁾ Ritiene che i risultati cui conduce tale articolo siano analoghi a quelli dell'impos-

In generale, si tratta dei casi in cui la pandemia ha reso materialmente impossibile l'esecuzione della prestazione (od il suo utilizzo da parte del creditore)⁽²³⁾, ad esempio perché il *lockdown* ha imposto la chiusura dell'attività produttiva o commerciale; perché non ci si può procurare un determinato bene; perché le misure sul distanziamento sociale rendono impossibile o estremamente più costosa la produzione in sicurezza, oppure perché è divenuto molto più difficile e costoso approvvigionarsi di una materia prima o di un prodotto.

Occorre svolgere considerazioni critiche in merito ad alcuni aspetti controversi della disciplina prevista da tali disposizioni: il contesto della pandemia può infatti fornire l'occasione per rimeditare alcune soluzioni, confermando determinati indirizzi e spingendo invece a soluzioni innovative in merito ad altri aspetti.

2.1. – Circa l'art. 1218 c.c., da tempo si contrappongono due orientamenti in merito ai caratteri dell'impossibilità, affinché questa possa considerarsi rilevante ai sensi della disposizione in questione. Fermo l'ormai assodato carattere oggettivo⁽²⁴⁾, si discute se essa debba essere assoluta o relativa⁽²⁵⁾. A fronte di un orientamento più risalente, che tendeva ad affermare la necessità dell'assolutezza (anche se sovente il richiamo all'assolutezza sembra più una formula di stile che un'effettiva *ratio decidendi*)⁽²⁶⁾, vi sono state numerose aperture nel senso della sua relatività⁽²⁷⁾. In tale prospettiva, la prestazione deve essere impossibile avendo riguardo

sibilità sopravvenuta ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ.*, Supplemento 3/2020, p. 58. Per un'analisi delle differenti proposte interpretative di tale disposizione cfr. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 487 ss.

⁽²³⁾ Cass., ord., 29 marzo 2019, n. 8766, in *Corr. giur.*, 2019, p. 717; Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Dir. maritt.*, 2019, p. 117, con nota di Cavanna.

⁽²⁴⁾ Di recente, Cass., 8 giugno 2018, 14915, in *Giust. civ. mass.*, 2018.

⁽²⁵⁾ Per un inquadramento del dibattito cfr. C. CASTRONOVO, *L'impossibilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 4 ss.; SMORTO, *Sub art. 1256*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2013, p. 675 ss.; MEZZANOTTE, *Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Tratt. dir. civ.*, III, t. 1, diretto da Lipari e P. Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, p. 316 ss.; D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.

⁽²⁶⁾ Cass., 10 giugno 2016, n. 11914, in *Foro it.*, 2017, 1, 1, c. 274.

⁽²⁷⁾ GALGANO, *Diritto civile*, cit., p. 61; MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm. e obbl.*, 1954, I, p. 281 ss.; Id., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1078 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 2019, p. 531. Il concetto di inesigibilità deve essere parametrato sulla buona fede, cfr. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 381 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 523.

all'interesse del debitore e, quindi, deve considerarsi tale anche una prestazione la cui esecuzione divenga enormemente più costosa rispetto a ciò che il debitore ottiene.

Ci sembra che tale interpretazione – che sotto questo profilo avvicina la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta a quella dell'eccessiva onerosità⁽²⁸⁾ – sia preferibile da un punto di vista di teoria del contratto e che ciò sia anche confermato dall'attuale contesto. La ragione dell'immutabilità del vincolo contrattuale si giustifica infatti per il giudizio di equivalenza dei reciproci impegni effettuato dalle parti⁽²⁹⁾: una circostanza che non renda assolutamente impossibile, ma alteri comunque in maniera spropositata la razionalità dell'accordo va ad impattare sulla ragione stessa che ne giustifica la vincolatività.

Una volta ritenuta l'impossibilità della prestazione, opereranno gli artt. 1218, 1256-1258 e 1463 c.c. (oppure 1464 c.c.), con le relative conseguenze qualora l'impossibilità sia definitiva, oppure temporanea o parziale.

Tale casistica, quindi, non presenta particolari criticità, quantomeno sotto un profilo teorico, e trova ulteriore conferma nella legislazione speciale, che indica espressamente che il rispetto delle misure di contenimento della pandemia deve essere valutato ai fini dell'art. 1218 c.c.

2.2. – Passando all'analisi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta⁽³⁰⁾, la pandemia rappresenta un caso di scuola di evento imprevedibile⁽³¹⁾ che le parti non hanno preso in considerazione al momento della conclusione dell'accordo. È stato evidenziato⁽³²⁾ che una disciplina normativa che

(28) Sulla distinzione tra questi due istituti cfr. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1239 ss.; G. CASELLA, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001, p. 14 ss.

(29) Arbitri di tale equivalenza sono le parti stesse: secondo il modello dell'*homo oeconomicus*, agente razionale ed informato, capace di valutare il prezzo della prestazione, è il contraente stesso a determinare tale rapporto di corrispettività, al quale il diritto in linea di principio si adegua, perché non vi è un modello centralizzato di valutazione dei beni e dei servizi, ma è la legge della domanda e dell'offerta a stabilire il prezzo della prestazione. Né l'economia classica né quella neoclassica dispongono infatti di una teoria del valore – che permetta di determinare il valore del bene – a prescindere dallo scambio mercantile.

(30) Per un inquadramento delle teorie relative a tale istituto cfr. E. GABRIELLI, *Sub art. 1467*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 607 ss.

(31) Sui criteri di valutazione dell'imprevedibilità cfr. SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2016, p. 1695 ss.; E. GABRIELLI, *Sub art. 1467*, cit., p. 641 ss. Evidenzia il nesso tra straordinarietà dell'evento ed imprevedibilità G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 68.

(32) CIATTI CAIMI, *Retroattività e contratto*, Napoli, 2007, p. 246 ss.; MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 650.

impatta sull'equilibrio economico del contratto può costituire una sopravvenienza che giustifica la risoluzione per eccessiva onerosità. La regola si applica anche nei casi in cui la sopravvenienza abbia eccessivamente diminuito il valore della controprestazione ⁽³³⁾. Qualora l'evento renda il contratto eccessivamente oneroso rispetto a quanto inizialmente pattuito e fuoriesca dall'alea normale ⁽³⁴⁾ dell'accordo ⁽³⁵⁾, il debitore potrà agire per la risoluzione del contratto ad esecuzione differita o continuata o periodica.

Due aspetti della disposizione in esame, la cui interpretazione può evolvere in maniera innovativa, meritano particolare attenzione. Il primo concerne la riconduzione ad equità ed il potere di rilevazione officioso del giudice. Nel sistema attualmente previsto dall'art. 1467 c.c. è il creditore a poter proporre la *reconditio ad equitatem*. La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che il giudice può, qualora ritenga la proposta equa, con una sentenza costitutiva ed a prescindere dall'accettazione dell'altra parte, ricondurre ad equità il contratto sulla base della proposta del creditore ⁽³⁶⁾. Tale soluzione merita di essere confermata; inoltre, merita approvazione l'interpretazione secondo cui il creditore può formulare anche una proposta generica, rimettendo sostanzialmente al giudice la determinazione del

⁽³³⁾ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1699-1700; E. GABRIELLI, *Sub art. 1467*, cit., p. 636 ss.; Cass., 8 agosto 2003, n. 11947.

⁽³⁴⁾ Per un inquadramento generale sul concetto di alea v. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss.; E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2000, p. 1 ss.; ID., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale. La risoluzione*, v. XIII, t. VIII, Torino, 2011, p. 345 ss.; BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000; BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 473 ss.; SCALFI, *Alea*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 256 ss.; ID., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 112; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1960, p. 416 ss.; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa*, 1958, I, p. 435 ss.; CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 147 ss.; PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, p. 79; CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di Maffei, Milano, 2014, p. 176-179, p. 184; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 421 ss.; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1441 ss.; DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 302 ss.; ANG. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, *Comm. Scialoja-Branca, diretto da Galgano*, Bologna-Roma, 2010, p. 164 ss.; R. FORNASARI, *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. priv.*, 2020.

⁽³⁵⁾ Evidenzia la necessità dei due criteri e la differente natura della loro valutazione E. GABRIELLI, *Sub art. 1467*, cit., p. 617 ss.

⁽³⁶⁾ Sulla riduzione ad equità cfr. Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corr. giur.*, 1992, p. 662, con nota di A. Di Majo; Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 944, con nota di V. Sica.

nuovo equilibrio contrattuale ⁽³⁷⁾, così evitando il rischio che la proposta non sia considerata equa ed il contratto sia risolto.

Tale orientamento si muove all'interno del quadro esistente, in relazione al quale sussistono già forti tendenze di riforma, come dimostra l'art. 1, lett. i), del d.d.l. delega n. 1151 del 2019, che ha autorizzato il governo a «prevedere 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» ⁽³⁸⁾.

Una soluzione ancora più audace è attualmente consacrata nel *Code civil*: benché l'ordinamento francese sia stato in passato estremamente rigido nell'escludere il potere di revisione giudiziale dell'accordo ⁽³⁹⁾, tale potere è oggi esplicitamente previsto dal nuovo art. 1195 *Code civil* ⁽⁴⁰⁾. Questa disposizione, sul modello dei Principi Unidroit ⁽⁴¹⁾, permette al giudice di modificare l'accordo su domanda anche di una sola parte ⁽⁴²⁾. A fronte della necessità di conservare gli accordi conclusi, evitando che la pandemia giustifichi comportamenti opportunistici ⁽⁴³⁾ dettati anche da un mutamento della convenienza di determinati affari, può consolidarsi l'interpretazione innovativa, che ammette la possibilità per il giudice di pronunciare la modifica dell'accordo anche sulla base della proposta generale del creditore ⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁸⁾ Su cui cfr. P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in corso di pubblicazione in *Jus*, 2020; F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, p. 397 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. nt. 100.

⁽⁴⁰⁾ La disposizione è la seguente: «(1) *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.* (2) *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*».

⁽⁴¹⁾ Ed in particolare dell'art. 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.3.

⁽⁴²⁾ Tale disposizione è una delle più controverse dell'intera riforma; il potere di modificare l'accordo su domanda di una sola parte non era stato inizialmente previsto nel *projet d'ordonnance*, ma è stato inserito dall'*Ordonnance* n° 2016-131 del 10 febbraio 2016.

⁽⁴³⁾ Circa regole di diritto contrattuale e comportamenti opportunistici cfr. O.E. WILLIAMSON, *Opportunistic Behaviour in Contracts*, in *The New Palgrave. Dictionary of Economics and the Law*, II, London-New York, 1998, p. 1361 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. nt. 37.

Un'altra questione che può essere rimeditata è quella dell'applicabilità dell'eccessiva onerosità sopravvenuta ai contratti aleatori ⁽⁴⁵⁾. Se il dettato dell'art. 1469 c.c. sembra prevedere un'esclusione *tout court* di tale applicabilità, una parte della dottrina ha affermato che occorre esaminare la natura e l'impatto dell'evento straordinario ed impreveduto, al fine di valutare se lo stesso rientri nell'ambito dell'alea allocata al contraente: tramite questo *discrimen* è possibile giudicare se l'eccessiva onerosità renda il contratto risolubile o meno ⁽⁴⁶⁾. Gli effetti della pandemia e l'effettiva analisi dell'applicazione di tale disposizione spingono a considerare quest'ultima impostazione preferibile, poiché più rispondente alla razionalità dell'istituto rispetto all'economia degli scambi.

Infatti, anche nei contratti aleatori si dà un giudizio di equivalenza, che insiste sulla possibilità di conseguire un determinato vantaggio ⁽⁴⁷⁾; l'aleatorietà comporta una differente distribuzione del rischio rispetto all'incertezza circa il verificarsi o meno di determinati eventi o circa il valore della prestazione, che non è tuttavia illimitata. È quindi in relazione a tale distribuzione del rischio che deve essere limitata l'irrisolubilità per eccessiva onerosità e non in relazione ad ogni evento che possa accadere, qualora questo non rientri nell'alea allocata dai contraenti.

3. – Un secondo aspetto, che riteniamo strutturalmente diverso, ma che sovente viene trattato unitamente al primo, riguarda i casi in cui la pandemia non impatta direttamente sulla prestazione, ma in senso lato sulle condizioni prodromiche e le finalità del contratto. La prestazione della parte non diviene eccessivamente onerosa né impossibile, ma le condizioni soggettive del debitore sono cambiate in maniera tale da rendere estremamente più difficoltoso l'adempimento, oppure sono cambiati i presupposti in ragione dei quali le parti avevano concluso l'accordo. Esempi della prima ipotesi si verificano in materia di locazioni non commerciali o di compravendita: l'obbligazione del conduttore non diviene impossibile, ma la pandemia ha mutato le condizioni economiche della parte, rendendo difficilmente sostenibile il pagamento del canone o del prezzo di compravendita.

Esempi della seconda ipotesi concernono i contratti di fornitura o di somministrazione di merci: l'acquisto non è divenuto impossibile, ma date

⁽⁴⁵⁾ Per un inquadramento del problema cfr. ANG. RICCIO, *Sub art. 1469*, cit., p. 505 ss.

⁽⁴⁶⁾ E. GABRIELLI, *Sub art. 1469*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 696; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1687 ss.

⁽⁴⁷⁾ Si rinvia a R. FORNASARI, *Alea e scambio: il caso dei contratti derivati*, cit., p. 18 ss.

le interruzioni dei commerci l'imprenditore non ha più interesse ad acquistare quei componenti o quelle materie prime (oppure nei quantitativi pattuiti) ⁽⁴⁸⁾. Rientrano in quest'ultima casistica anche le problematiche delle locazioni commerciali, poiché mutano i presupposti in ragione dei quali le parti hanno concluso il contratto (lo sfruttamento dell'immobile al fine di esercitarvi un'attività resa temporaneamente impossibile in ragione del *lockdown*).

A fronte di tale quadro composito, riteniamo che i due gruppi di situazioni debbano essere affrontati in maniera differente: mentre il primo riguarda i presupposti soggettivi del contratto, il secondo concerne invece aspetti che, anche se non specificamente contrattualizzati, erano alla base dell'accordo delle parti e che sono stati radicalmente modificati dall'epidemia.

3.1. – Qualora mutino le condizioni reddituali di un contraente, l'ordinamento non sembra fornire rimedi esperibili: infatti, in tali casi la prestazione non diviene oggettivamente impossibile, né eccessivamente onerosa ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Il problema si pone anche per i contratti di somministrazione e la valutazione di come incida il *lockdown* sulla nozione di «normale fabbisogno». Infatti, l'art. 1560, comma 1 c.c., volto a regolare casi analoghi, prevede che: «qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto». Di conseguenza, in assenza di una specifica pattuizione sul punto, la disposizione non prevede la piena libertà del somministrato di determinare liberamente il *quantum* di prodotti da acquistare, ma statuisce che il somministrato è comunque vincolato a comprare un quantitativo di prodotti determinato sulla base del «normale fabbisogno». La giurisprudenza ha però evidenziato che le parti possono liberamente derogare a tale disposizione, concludendo un contratto di somministrazione «a piacimento», che preveda che il somministrato sia libero di decidere se e quanti prodotti ordinare. Come chiarito dalle sentenze che hanno affrontato la questione, tale pattuizione deve risultare in maniera chiara dal testo contrattuale. Si è infatti affermato che: «(...) in tema di contratto di somministrazione, tra le quali spicca il comma 3 dell'art. 1560 c.c. che, prevedendo che le parti possano stabilire un quantitativo minimo che il somministrato è tenuto ad acquistare, non preclude all'autonomia negoziale delle parti di regolamentare il rapporto secondo la variante costituita dalla c.d. "somministrazione a piacere" ovvero sia a richiesta del somministrato, istituendo una pattuizione in forza della quale quest'ultimo ha facoltà discrezionale di richiedere o meno, per il se e per il quanto, la somministrazione, e neppure la correlativa pattuizione che fissi un compenso minimo a favore del somministrante che remunererà l'obbligo contrattuale di questi di apprestare i mezzi necessari per far fronte alle richieste di somministrazione *ad libitum* effettuate dal somministrando (...)» (Trib. Monopoli, 12 aprile 2019; analogamente anche Trib. Taranto, 29 giugno 2018; Trib. Milano, 28 giugno 2011; Cass., 10 luglio 2008, n. 19026, tutte in *Banca dati Pluris*).

⁽⁴⁹⁾ Per tutti cfr. quanto affermato da E. GABRIELLI, *Sub art. 1467*, cit., p. 632-633: «l'onerosità deve essere esaminata, per la sua sopravvenuta eccessività, con riguardo alla

Dottrina e giurisprudenza affermano infatti costantemente che deve essere considerata rilevante solo l'impossibilità oggettivamente intesa, mentre l'impossibilità soggettiva non rileva ⁽⁵⁰⁾. Le obbligazioni pecuniarie sono dunque indicate come esempio di obbligazioni che non divengono mai oggettivamente impossibili ⁽⁵¹⁾.

Non sembra percorribile nemmeno la via dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Infatti, lo schema di cui all'art. 1467 c.c. prevede che la prestazione debba essere divenuta eccessivamente onerosa rispetto a quanto originariamente atteso. Nell'ipotesi in esame, invece, il valore della prestazione non cambia; ciò che muta è la capacità della parte di farvi fronte, il che, tuttavia, non rileva sotto detti profili ⁽⁵²⁾.

Si può dunque concludere che, nonostante alcune aperture ⁽⁵³⁾, non vi siano rimedi esperibili dal contraente le cui condizioni soggettive siano radicalmente mutate in ragione del CoViD-19 e che il principio di buona fede non possa essere invocato al fine di ridurre la controprestazione o sospendere il pagamento ⁽⁵⁴⁾.

3.2. – Il secondo insieme di situazioni riguarda casi in cui il contratto originariamente concluso tra le parti non presenta più un'utilità (o, comunque, questa è notevolmente diminuita) in ragione delle mutate circostanze.

Per quanto riguarda le locazioni commerciali, occorre distinguere i casi in cui la normativa emergenziale ha imposto la chiusura di un'attività che deve necessariamente essere esercitata a contatto con il pubblico da quelli in cui il *lockdown* ha solamente diminuito la redditività, senza im-

prestazione considerata nella sua oggettività e non con riguardo alla situazione soggettiva in cui versa il debitore. Le due situazioni (onerosità e difficoltà ad adempiere) operano su piani di valutazione diversi del rapporto dedotto nel contratto, e quindi sono insuscettibili di essere assimilati o sovrapposti nella valutazione dei termini dell'adempimento. La mera difficoltà di adempiere, pertanto, non può mai assumere alcun rilievo ai fini del giudizio sull'onerosità della prestazione, trattandosi di una situazione che investe la sfera soggettiva del debitore, in quanto incide sulla sua capacità patrimoniale di adempiere, ma non sulla esecuzione della prestazione considerata nella sua connotazione oggettiva».

⁽⁵⁰⁾ Cass., 10 giugno 2016 n. 11914, cit.

⁽⁵¹⁾ VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contratto*, diretto da Roppo, *Rimedi* – 2, V, a cura di Roppo, Milano, 2006 p. 785 ss.

⁽⁵²⁾ E. GABRIELLI, *Sub art. 1467*, cit., p. 632-633; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 13; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, p. 32 ss.

⁽⁵³⁾ Trib. Napoli, 3 aprile 2020, ord., in *Giur. it.*, 2020, p. 1883, con nota di DALLA MASSARA.

⁽⁵⁴⁾ ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, cit., p. 61.

porre la chiusura dell'attività ⁽⁵⁵⁾. Questa seconda tipologia di situazioni rientra fra quelle analizzate nel paragrafo precedente; è invece la prima che maggiormente interessa in questa sede.

Constatata l'assenza di disposizioni emergenziali che regolino i contratti di locazione commerciale ⁽⁵⁶⁾, una parte della dottrina ha ritenuto che in questi casi si verifichi un'impossibilità della prestazione del creditore. Argomentando a partire dal combinato disposto degli artt. 1575 e 1587 c.c. si è affermato che fra le obbligazioni del locatore rientra quella di mantenere l'immobile in uno stato idoneo all'uso convenuto ⁽⁵⁷⁾, ossia l'esercizio dell'attività commerciale. Il *lockdown* renderebbe impossibile l'esecuzione della prestazione: da qui l'esperibilità dei rimedi di cui all'art. 1256, comma 2, 1258 e 1464 c.c. Seguendo un percorso argomentativo differente, che giunge tuttavia a risultati analoghi, una dottrina ⁽⁵⁸⁾ ha sostenuto che l'impossibilità di fruire della prestazione da parte del conduttore frustrerebbe la causa concreta del contratto ⁽⁵⁹⁾.

Tale interpretazione è stata invece contestata da chi non ritenga che possa configurarsi una tale obbligazione in capo al locatore e che, quindi, eventuali rimedi per il conduttore non possano essere trovati nel diritto generale delle obbligazioni e dei contratti ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁵⁾ SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, cit., p. 110-111.

⁽⁵⁶⁾ L'attribuzione di un credito di imposta non può essere considerata quale elemento concludente in merito alla non risolubilità del contratto o alla non riducibilità del prezzo, cfr. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per "misure di contenimento" pandemico*, in *Ilcaso.it*, 23 aprile 2020, p. 3-4; PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, cit., p. 310.

⁽⁵⁷⁾ SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, cit., p. 111; D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, cit., p. 106; DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studio professionale) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico*, in *Ilcaso.it*, 23 aprile 2020.

⁽⁵⁸⁾ Tale dottrina ha fatto leva sull'orientamento formatosi in tema di pacchetto turistico e causa concreta, il cui *leading case* è Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, p. 845, con nota di Delli Priscoli; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 531, con nota di Nardi; cfr. anche Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, cit. Per una critica di tale orientamento cfr. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 967 ss.

⁽⁵⁹⁾ CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 428 ss.

⁽⁶⁰⁾ GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 5 ss. Ritengono non applicabile in tali casi l'art. 1463 c.c. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da CoViD-19*, in *Giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19 – Speciale n. 2, p. 247; MORELLO, *Gli effetti sui*

Alla luce delle incertezze in merito alla sussistenza di una siffatta obbligazione in capo al locatore, la questione può a nostro avviso essere risolta argomentando a partire dalla presupposizione ⁽⁶¹⁾, istituto non codificato di matrice anglosassone ⁽⁶²⁾, ma oramai riconosciuto dalla giurisprudenza interna ⁽⁶³⁾.

contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile, in *Giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19 – Speciale n. 3, p. 421 ss.

⁽⁶¹⁾ Per un inquadramento generale di tale istituto cfr. CAMARDI, *Economie individuali e commessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea della meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 331 ss.; BESSONE e D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; SERIO, voce *Presupposizione*, in *Dig. civ. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, p. 294 ss.; BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 281 ss.; NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 853 ss.; BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 235 ss.; PIETROBON, voce *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1995, p. 1 ss.

⁽⁶²⁾ In *common law* il caso *Taylor v Caldwell* è considerato il primo punto di svolta in materia, poiché ha modificato la cosiddetta *doctrine of absolute contracts* ed è stata introdotta la *doctrine of discharge by supervening events*. Dopodiché si è sviluppata la teoria della *frustration of purpose (impracticability)* negli Stati Uniti, che è stata consacrata dai cosiddetti *coronation cases* (*Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740; *Griffith v Brymer* (1903) 19 T.L.R. 434; *Clark v Lindsay* (1902) 88 L.T. 198., nei quali la prestazione non era divenuta impossibile ma era venuto meno il *purpose of contract*. Il principio che sta alla base della sentenza è che il contratto, benché la prestazione sia ancora possibile, debba considerarsi risolto poiché il suo *purpose* è stato vanificato. Deve essere sottolineato che il *purpose* del contratto è comune ad entrambe le parti; se non fosse comune, o fosse stato vanificato solo parzialmente, il contratto non sarebbe risolto. Questo terreno comune, che deve essere valutato in maniera oggettiva, secondo lo standard della *reasonable business person*, permette di evitare una analisi meramente soggettiva, che si baserebbe solamente sull'intento. Peraltro nella giurisprudenza successiva ne è stata data un'interpretazione estremamente ristretta. Infatti, la *frustration of purpose* è stata applicata molto raramente nel contesto inglese: casi della sua applicazione, seppur in combinazione con la sopravvenuta illiceità del contratto, sono *Edward Grey & Co v Tolme & Runge* (1915) 31 T.L.R. 551 and *Denny Mott & Dickson Ltd v James B Fraser & Co Ltd* [1944] A.C. 265). Ora la materia è regolata dal *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*.

⁽⁶³⁾ Richiamando l'orientamento giurisprudenziale consolidato, Cass., sez. un., 20 aprile 2018, n. 9909, ne dà la seguente definizione: «una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante il negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), richiedendosi pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione (Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554; tra le più recenti, Cass., 21 novembre 2001, n. 14629). Sicché la “presupposizione

Nella locazione commerciale la possibilità di utilizzare l'immobile per l'esercizio dell'attività del conduttore è presupposto del contratto; qualora questo sia frustrato il conduttore può valersi della presupposizione. In tale caso, il rimedio più appropriato sembra quello previsto dall'art. 1464 c.c.: il conduttore avrà diritto ad una riduzione della propria prestazione – che potrà consistere nella sospensione del canone per il periodo di *lockdown* o una sua riduzione proporzionata alla diminuita possibilità di godimento dell'immobile ⁽⁶⁴⁾ – o recedere dal contratto ⁽⁶⁵⁾. Considerato che il *lockdown* ha una durata limitata rispetto all'usuale durata dei contratti di locazione, il summenzionato rimedio potrebbe essere utilizzato in maniera opportunistica; tuttavia, occorre considerare che la scelta fra la riduzione del canone ed il recesso non è rimessa alla discrezionalità del conduttore, ma deve essere effettuata in relazione all'oggettiva assenza di interesse del conduttore all'adempimento parziale ⁽⁶⁶⁾.

Per quanto concerne invece i casi in cui vi sia un cambiamento delle condizioni di mercato tale da rendere il contratto privo di interesse per una parte, ci si deve chiedere se la stabilità del mercato possa rientrare fra i presupposti comuni dell'accordo e, di conseguenza, gli effetti della pan-

è... configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto comune e determinante della volontà negoziale, la mancanza del quale comporta la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non si sia fatto espresso riferimento" (Cass., 9 novembre 1994, n. 9304)».

⁽⁶⁴⁾ In tal senso NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 88. Tale soluzione è stata adottata da una pronuncia in materia, dove si è affermato che: «in conclusione, si ritiene che avendo la resistente potuto eseguire (pur senza colpa, ma per *factum principis*) dall'11 marzo al 18 maggio 2020 una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale, la ricorrente abbia diritto ex art. 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale, riduzione da operarsi, nella sua determinazione quantitativa, avuto riguardo: a) alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del ramo di azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali; b) al fatto che è il ramo di azienda è pur sempre rimasto nella materiale disponibilità della ricorrente». Cfr. Trib. Roma, 29 maggio 2020, in *Il caso.it*; in senso analogo, ma argomentando anche sulla base dell'obbligazione di rinegoziazione, Trib. Roma, ord., 27 agosto 2020, in *Dirittoegustizia.it*. Su tali decisioni cfr. MACARIO, *Covid e locazioni commerciali: silenzio del legislatore e risposte "urgenti" della giurisprudenza*, in *Contratti*, 2020, p. 525 ss.

⁽⁶⁵⁾ Indica tale soluzione come conseguenza della presupposizione in tali casi SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, cit., p. 77. In generale, su tale rimedio come conseguenza della presupposizione cfr. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 859 ss.

⁽⁶⁶⁾ D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, cit., p. 107.

demia possano comportarne una caducazione. Riteniamo che la risposta sul punto debba essere negativa: infatti, asserire che la stabilità delle condizioni di mercato sia un presupposto dell'accordo, tale per cui una sua variazione significativa ne comporta la risoluzione o l'invalidità, si pone in netto contrasto con i fondamenti stessi della teoria del diritto dei contratti. Ciò modifica infatti le modalità di attribuzione del rischio all'interno di differenti segmenti del mercato o di mercati differenti, sostanzialmente ridistribuendolo fra i vari partecipanti alla catena produttiva e di scambio.

Tale rischio fa parte del rischio d'impresa, la cui assunzione è giustificazione del profitto; inoltre, il soggetto che lo assume è colui che ha, usualmente, anche i mezzi migliori per valutarlo e gestirlo. Di conseguenza non sembra corretto ripartire in maniera sistemica il rischio derivante dal mutamento delle condizioni di mercato. D'altronde, la giurisprudenza non ha mai considerato la stabilità del mercato e le possibilità di esercizio stabile dell'impresa come condizione per il perdurare della validità e dell'efficacia dell'accordo. Infatti, ferma la straordinarietà della situazione attuale (derivante dal suo carattere generale), instabilità o crisi sovente colpiscono settori particolari, senza che questo giustifichi il venir meno dei vincoli giuridici. Ciò non è avvenuto nemmeno dopo la crisi finanziaria del 2008, che in relazione ad alcuni aspetti ha avuto effetti simili sui mercati. Inoltre, legittimare la risoluzione per presupposizione in ragione del mutamento delle condizioni di mercato creerebbe una notevole incertezza, anche *pro futuro*: infatti, sarebbe difficile negare la possibilità di ricorrere al medesimo rimedio qualora si verificano altre situazioni di mutamento radicale del mercato, anche solo in uno specifico settore.

Infine, deve essere preso in considerazione il fattore temporale: se il *lockdown* paralizza le attività per alcuni mesi, queste in seguito riprendono e, quindi, l'attività economica non è più impedita: di conseguenza, i presupposti dell'attività sono stati radicalmente mutati per un ristretto lasso di tempo. Chiaramente, le condizioni di mercato non sono più le medesime, dato che la situazione post-pandemia non è analoga a quella precedente, ma occorre riflettere su quale sia l'atteggiamento che il diritto contrattuale deve incentivare, anche in una prospettiva di *governance* dei mercati.

Su tale aspetto si ritornerà più approfonditamente in seguito ⁽⁶⁷⁾: qui si evidenzia come la scelta di una determinata soluzione possa avere un impatto che va ben oltre la singola relazione contrattuale. Infatti, a seconda della modalità di interpretare le disposizioni, specialmente nella casi-

(67) Cfr. par. 6.

stica in esame, si possono assecondare diversi atteggiamenti. Se si favorisce la possibilità di «liberarsi» dagli accordi, si incentiva un rallentamento dell'attività economica ed un atteggiamento attendista rispetto all'evoluzione del mercato: in termini economici, potremmo dire che si incoraggia un atteggiamento pro-ciclico, poiché su ampia scala ciò comporta un rallentamento di tutta l'attività economica. Se invece si preferisce un'interpretazione più rigida si impatta sulle condizioni economiche della parte che è obbligata ad adempiere in un momento di difficoltà, ma si mantiene più elevato il livello dei traffici economici.

Tali valutazioni in merito agli effetti sulla catena del valore devono necessariamente coordinarsi con un'analisi più ampia, nella quale rientrano anche misure di sostegno al consumo ⁽⁶⁸⁾ e, quindi, che permettano la realizzazione del valore prodotto. Scegliere un'interpretazione che abbia un effetto anticiclico e che incentivi la produzione e la circolazione sarebbe inutile se non si adottano al tempo stesso misure idonee a sostenere le possibilità di consumo ⁽⁶⁹⁾ e, quindi, a fare sì che la catena non si blocchi al momento finale, specie in un momento in cui il processo della globalizzazione ed i mercati esteri hanno subito un deciso rallentamento e, quindi, non rappresentano un effettivo sbocco alternativo per le merci ed i servizi prodotti. Tali misure, chiaramente, non possono avere natura meramente giuridica, ma necessitano di un intervento attivo da parte dei governanti, tramite stimoli finanziari adeguati: ciò dimostra che l'approccio per risolvere il problema deve essere generale e che le soluzioni giuridiche devono necessariamente coordinarsi con soluzioni economico-politiche.

4. – Vi è un'ulteriore tipologia di situazioni su cui impatta la pandemia: si tratta di quei casi in cui si è già verificato l'inadempimento, con le relative conseguenze sul rischio: non può quindi ritenersi che la pandemia abbia reso impossibile o eccessivamente onerosa la prestazione. Per essere esaminato approfonditamente, il problema necessita di essere ulteriormen-

⁽⁶⁸⁾ GODIN, *Le chantage à l'emploi s'impose comme politique économique*, in *Mediapart*, 3 giugno 2020, evidenzia i problemi dipendenti dalla debolezza della domanda a livello globale.

⁽⁶⁹⁾ Sottolineano che il problema attuale sia in realtà dal lato della domanda, più che dal lato dell'offerta, come invece affermato dall'ortodossia neoliberale, GODIN, *La politique économique réactionnaire et dangereuse d'Emmanuel Macron*, in *Mediapart*, 1° luglio 2020. Addirittura il *Financial Times* ha sostenuto l'opportunità, per le società che sono in grado di farlo, di aumentare i salari: EDGECLIFFE-JOHNSON, *A crisis is an ideal time to raise pay*, in *Financial Times*, 12 luglio 2020.

te scomposto. È infatti necessario distinguere i casi in cui la messa in mora sia antecedente al *lockdown* da quelli in cui essa non fosse ancora stata effettuata al momento dell'adozione delle misure di contenimento (70). Qualora la messa in mora sia precedente, le conseguenze negative di tale evento (e, quindi, l'ulteriore ritardo nell'inadempimento), non possono che ricadere sul debitore. Tra le specifiche conseguenze della mora vi è quella di spostare il rischio dell'impossibilità sopravvenuta (art. 1221, comma 1, c.c.) (71) e non sembra che vi siano ragioni per modificare la regola ed allocare tale rischio dal debitore al creditore nel caso di specie.

In relazione alle obbligazioni pecuniarie (72), la dottrina si è interrogata in merito alla debenza degli interessi moratori: *prima facie*, qualora la costituzione in mora sia avventa prima della pandemia, tali interessi sono dovuti (73). Occorre però valutare se il comma 6-*bis*, dell'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, sia rilevante in merito. In tal caso il debitore dovrà dimostrare che il ritardo del pagamento non è a lui imputabile, essendo stato determinato dal *lockdown*. Considerati i mezzi di pagamento attuali, salvi casi eccezionali tale possibilità appare in realtà remota (74). Una possibilità può essere quella di dilatare il concetto di «rispetto delle misure di contenimento»: se si considera che la mancanza di liquidità dipenda dal rispetto di tali misure (75), si può sostenere che essa operi quale interr-

(70) Sulla distinzione tra ritardo semplice e *mora debendi* cfr. la ricostruzione di SOLBIATI, *Ritardo "semplice" e mora debendi*, in *Contratti*, 2020, p. 187 ss.

(71) Rischio che la disposizione considera solo in merito alle obbligazioni di consegnare una determinata cosa, ma che è stato pacificamente applicato anche alle altre obbligazioni, così come la relativa prova liberatoria, cfr. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 860-863.

(72) Il problema della difficoltà nell'eseguire i pagamenti è preso in considerazione dallo *European Law Institute* nell'elaborazione dei principi sopra menzionati (cfr. nt. 20); il *Principle 12* afferma che: «(1) *In order to mitigate the economic disruption expected from the outbreak of COVID-19, States should provide, if necessary, for a moratorium on some regular payments, particularly on taxes, rents, and loans. Such measure should be based on the general principle that the final maturity date is extended for the duration of the moratorium and that neither the calculation of the amount due, nor that of other taxes or instalments subsequently due, are in any way increased. Statutory period of limitations should likewise be suspended for the same period. (...)* (3) *Furthermore, in conformity with the principle of solidarity, States should favour partial or full release of certain types of matured debts, either on public policy grounds or by mutual consent between the parties.*».

(73) Diversamente invece qualora il ritardo sia dovuto al rispetto delle misure di contenimento, sulla base di quanto previsto *ex art. 3*, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, cfr. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, p. 214.

(74) DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contratti*, 2020, p. 355.

(75) Argomenta in tal senso DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento*

zione del nesso causale e, quindi, che gli interessi di mora durante il tempo della pandemia non siano dovuti.

Tuttavia questa impostazione, in assenza di una specifica disposizione in tal senso (come è ad esempio avvenuto nell'ordinamento tedesco) ⁽⁷⁶⁾, non convince, anche in ragione del fatto che le prestazioni pecuniarie non divengono mai impossibili ⁽⁷⁷⁾ e che l'impotenza finanziaria, anche se dovuta ad esempio a comportamento del terzo, non è considerata quale causa di esonero del debitore in mora ⁽⁷⁸⁾. Il pagamento e la messa in mora (o la mora *ex re*) sono intervenuti antecedentemente ed il debitore era già tenuto a corrispondere gli interessi moratori: così come la sopravvenuta impossibilità della prestazione non libera il debitore in mora ⁽⁷⁹⁾, così non vi è ragione, su un piano strettamente giuridico, per ritenere che il debitore non debba corrispondere gli interessi di mora su una prestazione pecuniaria che lo stesso doveva adempiere prima che si verificassero dette circostanze. Infatti, la mora sposta sul debitore anche il rischio delle circostanze sopravvenute ⁽⁸⁰⁾: se l'adempimento fosse stato tempestivo, queste non avrebbero avuto effetti sulla corretta esecuzione della prestazione ⁽⁸¹⁾. Il principio è esteso dalla giurisprudenza alle fattispecie affini

adottate per contrastare la diffusione del virus covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 577 ss.

⁽⁷⁶⁾ Per una disamina della disposizione introdotta nell'ordinamento tedesco al fine di valutare i problemi cfr. DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, cit., p. 354-355; D'ONOFRIO, *La tutela di debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19 – Speciale n. 3, p. 303 ss. Per un'analisi dei provvedimenti adottati in altri paesi europei cfr. MASIERI, *Emergenza Coronavirus e contratti: i provvedimenti adottati in alcuni Paesi europei*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 122 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 71-72.

⁽⁷⁷⁾ VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 785 ss.

⁽⁷⁸⁾ VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 849; Cass., 15 novembre 2013, n. 25777, in *Banca dati Pluris*. Sembra invece aprire uno spazio di tolleranza, argomentando a partire dal concetto di inesigibilità della prestazione NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., p. 92; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 475 ss.; sul rapporto tra sopravvenienze ed inesigibilità cfr. O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 500 ss.

⁽⁷⁹⁾ Salvo che questi non dimostri che la cosa sarebbe ugualmente perita o che la prestazione sarebbe divenuta comunque impossibile, ma questo non è il caso delle obbligazioni pecuniarie.

⁽⁸⁰⁾ VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 861.

⁽⁸¹⁾ VISINTINI, *Sub art. 1219*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 458 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 189 ss.

all'impossibilità sopravvenuta e, in particolare, alla presupposizione ⁽⁸²⁾, all'eccessiva onerosità ⁽⁸³⁾, alla revisione del prezzo dell'appalto ⁽⁸⁴⁾.

Diversamente, qualora la messa in mora non sia stata antecedente al *lockdown* e, quindi, si versi in una situazione di tolleranza del ritardo nell'adempimento, occorre valutare quali siano gli effetti del rispetto delle misure di contenimento (qualora rendano l'adempimento tardivo momentaneamente impossibile) sul nesso di causalità giuridica nella produzione del danno *ex art.* 1223 c.c. Infatti, il comma 6-*bis* menziona, tra le norme ai cui fini deve essere considerato il rispetto delle misure di contenimento, anche l'art. 1223 c.c. Se si legge il riferimento agli artt. 1218 e 1223 c.c. non come un'endiadi (cosicché il rispetto delle misure sarebbe rilevante solo nei casi in cui esse rendano l'esecuzione della prestazione impossibile), ma come rinvio a due disposizioni autonome, tale per cui il rispetto delle misure rileva sia per quanto concerne l'impossibilità dell'esecuzione che lo stesso determina, sia per la maggiore difficoltà nell'adempimento, allora riteniamo che qualora il ritardo nell'esecuzione – magari causato da un rallentamento dell'attività produttiva, oppure dalla difficoltà di procurarsi le materie prime per la realizzazione del prodotti – non possa essere considerata fonte di danno risarcibile. In sintesi, qualora la messa in mora (e con essa lo spostamento del rischio) non ci sia stata, qualora il ritardo sia causato dal rispetto delle misure di contenimento il debitore non sarà responsabile dei danni ⁽⁸⁵⁾.

Infine, occorre fare un breve cenno al diverso profilo della quantificazione del danno: le misure di contenimento possono infatti impattare anche sul *quantum* del risarcimento, poiché possono modificare il danno emergente e, soprattutto, il lucro cessante. Per evitare effetti ultracompensativi occorre prendere in considerazione tali elementi nella valutazione dell'effettiva perdita subita dal creditore ⁽⁸⁶⁾. Fermo quanto previsto dall'art. 1225 c.c., si sottolinea che lo stesso vale nel senso opposto, ossia qualora la pandemia abbia comportato un aumento del danno (si pensi ai casi delle imprese operanti nei settori che, in ragione della pandemia, hanno realizzato utili maggiori).

5. – Alla luce dell'analisi condotta precedentemente è chiaro che le soluzioni che l'ordinamento prevede non sono adeguate alla gestione dell'attuale situazione socio-economica.

⁽⁸²⁾ Cass., 4 luglio 1991, n. 7368, in *Banca dati Pluris*.

⁽⁸³⁾ Cass., 27 settembre 1991, n. 10139, in *Mass. Giur. it.*, 1991.

⁽⁸⁴⁾ Cass., 16 gennaio 1987, n. 292, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. par. 2.1.

⁽⁸⁶⁾ Così è, d'altronde, anche nella valutazione del danno biologico, dove alla liquidazione fondata su un criterio prognostico dell'aspettativa di vita del danneggiato, si sostituisce, qualora ad esempio intervenga nel frattempo il decesso del danneggiato, una liquidazione effettuata sulla base dell'effettiva durata della vita.

La dottrina dibatte se possa rinvenirsi nell'ordinamento, a fronte del mutamento delle circostanze, un generale obbligo di rinegoziazione dell'accordo⁽⁸⁷⁾ anche nel caso in cui manchino specifiche clausole in tal senso⁽⁸⁸⁾ e non siano applicabili le disposizioni settoriali⁽⁸⁹⁾, al cui inadempimento consegua l'obbligazione di risarcire il danno e che sia suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. L'ipotesi ricostruttiva è fondata sui doveri di buona fede e correttezza, interpretati in una prospettiva costituzionalmente orientata⁽⁹⁰⁾ alla luce dell'art. 2

⁽⁸⁷⁾ In tale senso la proposta dell'Associazione dei Civilisti Italiani, *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*, disponibile in www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Una_riflessione_ed_una_proposta_per_la_migliore_tutela_dei_soggetti_pregiudicati_dagli_effetti_della_pandemia.pdf, nonché la dottrina maggioritaria, cfr. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., p. 90 ss.; MACARIO, *Sopravvenienze ai tempi del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss.; BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, p. 9 ss. In relazione ai contratti di locazione e di affitto d'azienda GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, cit., p. 747 ss. Sostiene che l'obbligo di rinegoziare derivi dalla buona fede DEL PRATO, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Non-performance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, p. 65 ss. Sui problemi ed i criteri della rinegoziazione in seguito alla pandemia cfr. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, 4 giugno 2020, p. 3 ss. Rileva l'opportunità dell'intervento del legislatore C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Contratti*, 2020, p. 583 ss.

⁽⁸⁸⁾ F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347 ss.; DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss.; IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 113 ss.; CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione: l'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *questa rivista*, 2016, p. 179 ss.; PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 411 ss.; TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplina l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *questa rivista*, 2018, p. 843 ss.; R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto*, in *questa rivista*, 2016, p. 842 ss. Sulle clausole di forza maggiore e l'applicazione delle clausole di «material adverse effect» in ragione della pandemia cfr. JENNEJHON, NIARKO e TALLEY, *COVID-19 as a Force Majeure in Corporate Transactions*, in *Law in the Time of COVID-19*, a cura di Pistor, 2020, disponibile in scholarship.law.columbia.edu/books/240, p. 141 ss.

⁽⁸⁹⁾ Per un'analisi delle regole settoriali attinenti alla materia cfr. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. del contratto*, cit., Milano, 2006, p. 695 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, p. 131 ss.

⁽⁹⁰⁾ Per un'analisi, anche in chiave storica, del processo di costituzionalizzazione del diritto privato cfr. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 199 ss.; TARTAGLIA POLCINI, *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, in *Novotempo giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, p. 215 ss.

Cost. ⁽⁹¹⁾.

Non è questa la sede per ripercorrere un dibattito dottrinale di straordinaria ampiezza: basti rilevare che l'opinione inizialmente minoritaria, che sosteneva l'esistenza di tale dovere, è oggi condivisa da una parte consistente della dottrina ⁽⁹²⁾, nonostante l'opinione contraria ottenga ancora un notevole supporto ⁽⁹³⁾. Alla violazione dell'obbligazione di rinegoziare conseguirebbe il diritto al risarcimento del danno ed anche la possibilità di esecuzione in forma specifica, tramite la domanda di modifica dell'accordo. Alcune pronunce di merito hanno effettuato un'apertura in materia ⁽⁹⁴⁾, riconoscendo la sussistenza di tale dovere ⁽⁹⁵⁾; la giurisprudenza di legittimità, tuttavia, rimane ancorata all'opinione negativa ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹¹⁾ Su tale principio cfr. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 727 ss.

⁽⁹²⁾ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2, Milano, 2008, p. 1026 ss.; ID., *Le sopravvenienze*, cit., p. 729 ss.; ID., *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.; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1708-1711; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 972 ss.; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 89; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 1 ss.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, p. 804 ss.; BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, II, p. 224 ss. Sulle differenti prospettive su cui si basa il riconoscimento dell'obbligazione di rinegoziazione cfr. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006. Per una ricostruzione del dibattito cfr. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 585 ss.

⁽⁹³⁾ GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *questa rivista*, 2003, p. 708 ss.; ID., *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 27 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 76 ss.; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano, in Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, a cura di Draetta e Vaccà, Milano, 1992, p. 299 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 211 ss.; M. BARCELLONA e M.R. MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 521 ss.; SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *questa rivista*, 2006, p. 937 ss.; ID., voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 1200 ss.; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 41 ss.

⁽⁹⁴⁾ Coll. arb., 15 luglio 2004, inedito; Trib. Bologna, decr., 26 aprile 2013, in *Banca dati Pluris*; Trib. Bari, ord., 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117; Trib. Bari, ord., 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, p. 571, con nota di F.P. Patti; Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. marittimo*, 2013, p. 641, con nota di Capurro. *Contra* invece Trib. Roma, 26 giugno 2013, in *Banca dati Defure*.

⁽⁹⁵⁾ Per un articolato commento di tale giurisprudenza cfr. F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 120 ss.

⁽⁹⁶⁾ Cass., 9 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1609; Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198, in *Dir. mar.*, 1977, p. 589.

Certo è che l'obbligo di rinegoziazione fondato sulla buona fede impone alle parti di prendere in considerazione il contesto fattuale del tutto straordinario, rimettendo in prima battuta a queste il compito di determinare un nuovo equilibrio (modificando l'oggetto o anche solo le modalità di esecuzione dell'accordo), che sia effettivamente adeguato alla situazione e che contemperi i rispettivi interessi. Tale soluzione ha il pregio di affidare ai contraenti, che sono coloro che meglio conoscono l'effettivo impatto della situazione sulle condizioni di mercato, la rideterminazione del contenuto dell'accordo. Queste conoscenze, infatti, mancano al giudice, in un contesto che si basa sul meccanismo di mercato al fine di determinare il prezzo di beni e servizi.

Tale soluzione è apprezzabile anche poiché fornisce alle parti notevoli incentivi a trovare un nuovo accordo, così garantendo il mantenimento degli scambi e della circolazione della ricchezza, oltre ad avere un effetto deflattivo del contenzioso. Infatti, a fronte della possibilità che sia il giudice a rideterminare il contenuto del contratto, tramite una domanda di esecuzione in forma specifica – in questo caso occorre che le parti alleghino gli elementi necessari, derivanti dal contesto concreto e dalla situazione del mercato ⁽⁹⁷⁾, affinché la Corte possa rideterminare il contenuto dell'accordo – oppure, in via indiretta, tramite l'accoglimento di una domanda risarcitoria, le parti sono incentivate a negoziare seriamente, al fine di risolvere il conflitto. Se, infatti, è vero che l'obbligo di rinegoziare «non costa nulla» ⁽⁹⁸⁾, esso può tuttavia avere un effetto dissuasivo rispetto a comportamenti opportunistici, qualora i rimedi previsti comportino il risarcimento del danno o una rideterminazione del contenuto contrattuale da parte di un terzo.

Il ragionamento è analogo a quello effettuato dal legislatore francese in occasione della riforma del *Code civil* del 2016, con cui è stato abbandonato l'orientamento giurisprudenziale precedente ⁽⁹⁹⁾ ed è stata introdotta

⁽⁹⁷⁾ Evidenziano il rapporto fra equità e mercato CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, disponibile in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf, p. 28; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 83 ss.

⁽⁹⁸⁾ Così M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 255.

⁽⁹⁹⁾ Ad esempio, cfr. i seguenti casi. Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 1989, in *RTDciv.*, 1991, p. 113, obs. J. Mestre: è stata cassata una sentenza che aveva sostituito ad un diritto d'uso ed abitazione, stipulato a favore del venditore, una maggiorazione del prezzo. Cass. 3^e civ., 30 mai 1996, in *Contrats conc. consom.*, 1996, comm. 185, obs. Leveneur: sentenza concernente l'impossibilità di modificare una clausola che prevedeva che il conduttore non sarebbe stato

l'imprévision. L'art. 1195, al. 3, *Code civil* prevede che, in caso di fallimento del processo di rinegoziazione, una parte possa chiedere al giudice la risoluzione o, in alternativa, la rideterminazione del contenuto del contratto. La dottrina ha evidenziato che quella che sembra una disposizione orientata a favorire un intervento giudiziale sull'accordo, ha in realtà un effetto dissuasivo ed il suo obiettivo è evitare che le parti facciano ricorso al giudice ⁽¹⁰⁰⁾.

Le conseguenze della pandemia e l'assenza di rimedi adeguati portano quindi a propendere per l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, anche in ragione di valutazioni di politica del diritto ⁽¹⁰¹⁾.

Una volta riconosciuta la sussistenza di una tale obbligazione – fermo il fatto che le parti hanno, chiaramente, il dovere di intavolare le trattative e di condurle in buona fede, non anche quello di giungere necessariamente ad un nuovo accordo ⁽¹⁰²⁾ –, occorre altresì interrogarsi circa i casi in cui la stessa venga in essere: tale riflessione non viene quasi mai svolta, dando per scontato che la sua applicazione coincida con l'ambito dell'art. 1467 c.c.; tuttavia essa è oltremodo necessaria, anche perché in molti casi il *lockdown* non genera situazioni sussumibili in tale disposizione. D'altro canto, la casistica su cui ha impattato il *lockdown* non è omogenea e quindi non è affatto scontato che tale obbligazione sussista in ogni ipotesi.

Come detto, esempio tipico è quello in cui vi siano gli elementi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta: una tale interpretazione, quindi, permetterebbe sostanzialmente di modificare quanto previsto dall'art. 1467 c.c. È inoltre opportuno valutare se essa possa operare anche in quei casi, precedentemente esaminati in cui a rigore non vi è un'eccessiva un'onerosità sopravvenuta, ma il contesto è radicalmente mutato ⁽¹⁰³⁾. In linea generale, mentre riteniamo che non possa sussistere nel caso in cui la

risarcito del danno subito a causa dell'esecuzione di lavori di riparazione. Cass. com., 14 oct. 1997, in *Defrénois*, 1998, p. 538, obs. Dagorne-Labbe: la Cassazione ha cassato una sentenza che riduceva la caparra ritenuta eccessiva. Una simile decisione era già stata presa in Cass. com., 2 avr. 1996, in *Dalloz*, 1996, p. 329, obs. D. Mazeaud, dove si ribadiva che tali clausole non sono assimilabili alle clausole penali, riducibili *ex art.* 1152 *Code civil* (nella sua versione precedente alla recente riforma).

⁽¹⁰⁰⁾ DESHAYES, GENICON e Y.-M. LEQUETTE, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2018, p. 437-438, 461.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. par. 6.

⁽¹⁰²⁾ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e consensuale*, cit., p. 27.

⁽¹⁰³⁾ Sono quelli esaminati nel par. 3.2.

mutata situazione incida solamente sulle condizioni soggettive delle parti, riteniamo che possa invece sussistere nel caso in cui modifichi le condizioni oggettive dell'accordo.

In tale prospettiva (fermo quanto detto in merito alla non risolubilità dell'accordo) ⁽¹⁰⁴⁾, la buona fede, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata ⁽¹⁰⁵⁾, impone alle parti di rinegoziare al fine di prendere in considerazione le conseguenze nefaste derivanti di avvenimenti che colpiscono tutto il mercato, in un'ottica di solidarietà tra i contraenti ⁽¹⁰⁶⁾ ed anche di razionalità conservativa degli scambi. Non ci sembra invece che possa ritenersi sussistere l'obbligo di rinegoziare nel caso di *shock* che riguardi le conseguenze meramente «soggettive», poiché porterebbe ad un'indebita mutualizzazione dei problemi economici individuali, senza alcuna possibilità di effettivo controllo rispetto alla loro genesi ed alla loro gestione e con l'elevato rischio di comportamenti opportunistici.

Infine, si può argomentare che la rinegoziazione da parte dei contraenti può essere altresì incentivata tramite la regola per cui il creditore deve in ogni caso mettere in atto le azioni ed i comportamenti opportuni al fine di

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. par. 3.2.

⁽¹⁰⁵⁾ A partire – soprattutto – dalla dirimpente elaborazione di S. Rodotà, inizia un nuovo «utilizzo» delle norme costituzionali che, proprio in ragione del dato di diritto positivo, non possono essere più trascurate nello studio e nell'interpretazione del sistema di diritto civile. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 151 ss., spec. p. 171, sul ruolo dei principi costituzionali nel determinare il contenuto delle norme civilistiche. In relazione al diritto di proprietà cfr. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252 ss.; P. BARCELLONA, voce *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. priv.*, XV, IV ed., Torino, 1997, p. 459. In relazione all'elaborazione di Rodotà relativa alle fonti di integrazione del contratto cfr. C. SALVI, *Introduzione*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 39-40: «il più significativo tra gli elementi di novità è costituito dalla considerazione che le fonti di integrazione del regolamento contrattuale (norme di legge e decisioni giudiziarie) esprimono una logica e interessi diversi, e spesso antagonisti, rispetto a quelli privatistici. Il rapporto tra autonomia privata e interventi esterni non può allora risolversi considerando i secondi come 'limiti' naturalisticamente coesenziali alla nozione stessa di autonomia privata, perché in essi si traduce un nuovo modo di essere del rapporto tra posizione del privato e interessi generali, che – secondo del resto l'indicazione che proviene dalla disciplina costituzionale dei rapporti economici – è visto come rapporto tendenzialmente conflittuale».

⁽¹⁰⁶⁾ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; A.M. BENEDETTI e NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Diritto bancario.it*, 25 marzo 2020; MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., p. 7 ss. Evidenzia il ruolo della solidarietà nel contesto presente VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, p. 5 ss. Sulle varie tipologie di solidarietà cfr. MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, Emergenza Covid-19 – Speciale n. 3, p. 333 ss.

mitigare i danni derivanti dall'inadempimento (art. 1227, comma 2 c.c.). Tale considerazione si basa sia sul diritto transazionale ⁽¹⁰⁷⁾, sia sull'esperienza di *common law* ⁽¹⁰⁸⁾, dove alcune pronunce hanno affermato il dovere di accettare una rinegoziazione del contratto, pena l'irrisarcibilità del danno che tale rinegoziazione avrebbe permesso di evitare ⁽¹⁰⁹⁾: infatti, come affermato da autorevole dottrina ⁽¹¹⁰⁾, in alcuni casi l'obbligazione di rinegoziazione ed il dovere di mitigare i danni possono produrre gli stessi effetti.

La *doctrine of mitigation* incoraggia le parti a non risolvere irragionevolmente il contratto ⁽¹¹¹⁾, cercando di trarre profitto da un inadempimento non determinante, poiché secondo uno *standard* di ragionevolezza: «*in commercial contract it is generally reasonable to accept an offer from the*

⁽¹⁰⁷⁾ Tale correlazione emerge chiaramente nel testo del lodo CCI n° 2478 del 1974, in *Rec. 1974-1985*, p. 233, obs. Y. Derains, dove gli arbitri hanno considerato, al fine di determinare l'ammontare dei danni dovuti al compratore, la proposta del venditore di modificare il prezzo, sostenendo che il compratore, rifiutando tale offerta, non aveva rispettato l'obbligazione di minimizzare i danni ricevuti. Y. DERAINS ha parlato di «*deux facettes d'une seule obligation: celle de mener de bonne foi toute renégociation de contrats*», obs. sous CCI n° 2478 del 1974, in *Rec. 1974-1985*, p. 296. Il legame e le similitudini tra le due obbligazioni sono stati evidenziati anche da GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, in *Journal du Droit International*, 1979, p. 495; DIESSE, *L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international*, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1999, 7, p. 748.

⁽¹⁰⁸⁾ Anche in *common law* è stato formulato ed imposto, per la parte che sia vittima dell'inadempimento, un *duty to mitigate damages*. Un'ampia analisi dell'argomento è svolta in MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 18th ed., London, 2009, p. 235 ss.; BEALE, *Chitty on contracts*, 31st ed., London, 2012, p. 1805 ss.; TREITEL e PEEL, *The Law of Contract*, 13^a ed., London, 2010, p. 1062 ss.; BRIDGE, *The Sale of Goods*, 2nd ed., Oxford, 2009, p. 768 ss.; un approccio economico al tema è invece sviluppato in GOETZ e SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, in *Virginia Law Review*, 1983, p. 967; MACINTOSH e FRYDENLUND, *An Investment Approach to a Theory of Contract Mitigation*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1987, p. 113; FENN, *Mitigation and the Correct Measure of Damage*, in *International Review of Law and Economics*, 1981, p. 223. Si vedano inoltre i casi: *British Westinghouse Co v Underground Ry* [1912] A.C. 673 at 679; *Payzu Ltd. v Saunders* [1919] 2 K.B. 581 (C.A.); *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605 (C.A.); *Hire and Sales Ltd v Ash Manor Cheese Company Ltd* [2013] EWCA Civ 548.

⁽¹⁰⁹⁾ Il *duty to mitigate damages* è stato per la prima volta affermato in *Payzu Ltd. v Saunders* [1919] 2 K.B. 581 (C.A.): la Corte non concesse il risarcimento per il danno subito, poiché l'attore avrebbe dovuto minimizzarlo accettando l'offerta del convenuto. Il medesimo principio è stato affermato in *The Solholt* [1983] 1 Lloyd's Rep. 605 (C.A.), nonché recentemente in *Manton Hire and Sales Ltd v Ash Manor Cheese Company Ltd* [2013] EWCA Civ. 548.

⁽¹¹⁰⁾ GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, cit., p. 495; DIESSE, *L'exigence de coopération contractuelle dans le commerce international*, cit., p. 748.

⁽¹¹¹⁾ LOMNICKA, *Unreasonable Termination and Mitigation*, in *Law Quarterly Review*, 1983, p. 497.

party in default»⁽¹¹²⁾. Tale regola crea un forte incentivo in favore della negoziazione di un nuovo accordo, al fine di eliminare o evitare le perdite conseguenti.

6. – Sin dai primi commenti relativi agli effetti del CoViD-19 sul diritto dei contratti, la dottrina ha messo in evidenza l'eccezionalità dell'evento pandemia. Si è sottolineato che le regole applicabili ai contratti devono essere interpretate ed applicate prendendo in considerazione gli interessi in gioco e la situazione concreta, al fine di trovare una composizione dei conflitti che possa essere adeguata. Il dibattito è dominato dalla riflessione sulle clausole generali e sui principi costituzionali, proponendo interpretazioni la cui legittimità e condivisibilità è valutata in relazione all'obiettivo di gestire la situazione attuale. Rimane invece sullo sfondo della discussione, con un'importanza decisamente minore, il richiamo al testo letterale delle disposizioni e, accogliendo (almeno implicitamente) una teoria dell'interpretazione come costruzione, si riconosce l'ampio spazio lasciato all'interprete⁽¹¹³⁾.

Ed infatti nelle prime pronunce giurisprudenziali che hanno deciso su controversie originate dalla pandemia si trovano numerose considerazioni di carattere metagiuridico. Benché elementi di tal genere influenzino sempre le decisioni delle Corti⁽¹¹⁴⁾, usualmente rimangono sottotraccia, come se la loro esplicitazione indebolisse la correttezza della pronuncia. Nei casi originati dalla pandemia, invece, sono specificamente menzionati, al fine di rafforzare la legittimità e condivisibilità della decisione⁽¹¹⁵⁾. Ad esempio, in merito all'interpretazione da dare della legislazione emergenziale, si è valutata l'accogliibilità di un'interpretazione in relazione agli effetti economici che la stessa avrebbe⁽¹¹⁶⁾. Si tratta di un aspetto estremamente

⁽¹¹²⁾ *Payzu Ltd v Saunders* [1919] 2 K.B. 581 (C.A.), 589. Lo stesso punto è stato sottolineato in *Uzinterimpex J S C v Standard Bank plc* [2008] EWCA Civ 819.

⁽¹¹³⁾ TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001; MONATERI, «*Correct Our Watches by the Public Clocks*». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di Derrida e Vattimo, Roma, 1998, p. 189 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Sulla politicità delle decisioni giudiziali cfr. DU. KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, 1997.

⁽¹¹⁵⁾ Un'ordinanza ha rafforzato la propria decisione di non concedere l'inibitoria dell'escussione delle garanzie autonome sulla base del fatto l'azione di regresso della banca sarebbe comunque esercitata in un momento successivo (Trib. Bologna, ord., 7 maggio 2020, inedita). In un altro caso, invece, si è ordinato alla banca di non eseguire i pagamenti sulla base delle garanzie nelle more del procedimento cautelare, cfr. Trib. Venezia, decr., 14 aprile 2020, in *Banca dati DeJure*; Trib. Bologna, 12 maggio 2020, in *Banca dati DeJure*.

⁽¹¹⁶⁾ Trib. Bologna, ord., 4 giugno 2020, in *Banca dati Giuraemilia*.

interessante, poiché dimostra che prevale un'interpretazione funzionale alla risoluzione del problema rispetto ad un approccio formalista ⁽¹¹⁷⁾.

Inoltre, ciò che emerge dal dibattito relativo alle conseguenze della pandemia può portare ad interrogarsi sul rapporto tra diritto e macroeconomia, tema sino ad oggi sostanzialmente trascurato. La preminenza del legame tra diritto contrattuale e microeconomia può ricondursi alla funzione che tale diritto ha svolto per la formazione, lo sviluppo e l'affermazione delle borghesie nazionali prima e del capitalismo globale in seguito, tramite la costruzione del soggetto di diritto e la diffusione dei valori che sono propri della società fondata sul libero scambio ⁽¹¹⁸⁾.

Nella situazione attuale, tuttavia, questo stato dell'arte può essere rimeditato. Poiché il sistema economico globale è stato investito da uno *shock* dal lato della domanda e dell'offerta, l'interconnessione dei mercati comporta che le interruzioni in un determinato settore si riflettano su tutta la filiera ed anche sui mercati connessi. Di conseguenza, giustificare o meno determinati inadempimenti, optare per interpretazioni che comportino la conservazione del contratto od il suo scioglimento, che abbiano un effetto pro-ciclico od anti-ciclico rispetto al rallentamento dell'attività economica, ha effetti rilevanti rispetto all'intera economia nazionale e transnazionale ⁽¹¹⁹⁾.

Senza addentrarsi nelle differenze tra l'approccio microeconomico e macroeconomico (che peraltro dipendono dalle scuole di pensiero seguite nelle due discipline), sottolineiamo che adottare un paradigma macroeconomico ⁽¹²⁰⁾ implica un diverso modo di guardare ai problemi e l'utilizzo di differenti strumenti concettuali ⁽¹²¹⁾. In relazione al contratto ciò com-

⁽¹¹⁷⁾ La dottrina ha d'altronde rilevato come anche le questioni apparentemente tecniche coinvolgono scelte politiche, cfr. DU. KENNEDY, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in *ERPL*, 2001, p. 7 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Per una ricostruzione delle origini sociopolitiche del soggetto di diritto e le sue implicazioni per il diritto dei contratti, nonché dei suoi sviluppi e modificazioni sul lungo periodo, si rinvia a R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles: De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *ERPL*, 2019, p. 785 ss. (pubblicato anche in traduzione in italiano: R. FORNASARI, *Crepuscolo degli idoli. Dalla frammentazione del soggetto alla frammentazione del contratto*, in *Jus civile*, 2019, p. 417 ss.) ed i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁽¹¹⁹⁾ Lo evidenzia anche GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 9 ss.

⁽¹²⁰⁾ Propone una nuova considerazione del rapporto tra diritto e macroeconomia LISTOKIN, *Law and Macro: What Took so Long?*, in *Law and Contemporary Problems*, 2020, p. 141 ss.

⁽¹²¹⁾ Per un inquadramento relativo alle criticità della costruzione di modelli macroeconomici tramite fondamenti microeconomici, pur con un approccio sostanzialmente neo-

porta numerose conseguenze; fra queste, il fatto di non focalizzarsi sul singolo rapporto, ma di pensare gli effetti della regola su scala generale; inoltre, di non considerare il rapporto a partire dalla razionalità dei due soggetti coinvolti e dalla autonomia contrattuale, ma dall'interconnessione dei vari accordi nel mercato e nei mercati: si passa, in altri termini, dal piano della relazione a quello del sistema.

7. – La pandemia e le conseguenti disposizioni hanno avuto notevoli effetti sull'economia e, quindi, anche sulle relazioni contrattuali. Tali effetti, nonché l'assoluta novità della situazione, hanno attirato l'attenzione dei giuristi, che hanno dovuto e devono proporre soluzioni innovative per fare fronte ad una situazione imprevedibile, senza antecedenti nella storia recente.

Invece di svolgere considerazioni basate su un'analisi unitaria, si è evidenziato come tali problemi siano differenti in relazione alle modalità con cui i provvedimenti hanno impattato sulle differenti attività economiche: al fine di prospettare le possibili soluzioni è quindi necessario effettuare una scomposizione della casistica. Si sono esplorati i confini delle disposizioni applicabili, al fine di valutare come l'evento pandemia possa eventualmente modificare la loro applicazione e quali siano le possibili interpretazioni evolutive.

Si sono inoltre esaminate le problematiche metodologiche che la pandemia ha fatto emergere e le possibili conseguenze sull'approccio al diritto privato: si è infatti sottolineato come l'attuale contesto possa comportare rilevanti trasformazioni derivanti dall'abbandono del metodo dogmatico-formalistico. Si è altresì evidenziata l'opportunità di ragionare sul diritto dei contratti tramite una prospettiva macroeconomica, che non consideri il singolo rapporto di scambio, ma che guardi la relazione contrattuale nel complesso sistema in cui questa si inserisce. Tale metodo può essere estremamente utile ed innovativo non solo per elaborare soluzioni appropriate per una situazione che costituisce un *unicum* nella storia contemporanea più recente, ma anche per contestualizzare il diritto privato nella complessità del presente.

classico, cfr. BROWNING, HANSEN e HECKMAN, *Micro Data and General Equilibrium Models*, in *Handbook of Macroeconomics*, 1A, a cura di J.B. Taylor e Woodford, North Holland, 1999, p. 543 ss. Occorre chiaramente tenere a mente che occorre in ogni caso preliminarmente dibattere sulla teoria macroeconomica da utilizzare. Sottolinea tale aspetto, sostenendo che esso costituisca un elemento che ha determinato una maggiore difficoltà rispetto all'utilizzo della microeconomia, dove il metodo *mainstream* gode di un consenso molto più vasto, KELMAN, *Could Lawyers Stop Recessions? Speculations on Law and Macroeconomics*, cit., p. 1217: «*if one wanted to apply "macro" to law, one must wonder "which macro?," a challenge largely spared those who sought to introduce microeconomic reasoning into the law*».