

Fuga dal contratto in cerca di sostenibilità

di Michaela Giorgianni

Abstract: *Escape from contract in search of sustainability* - In the sphere of civil law, in order to meet with exceptional circumstances and resolve issues of injustice in contractual relations in times of pandemic, the various legal experiences have mainly resorted to the rules on “supervening events” on a contract to save economic interests and the market. To the general question on the future of contract law, on the other hand, the answers have even taken on different nuances, witnessing a new wave of solidarity. Well, the use of the broader figure of the sustainable contract better allows us to escape from traditional schemes, which are incapable of taking a vision of the future in an economy that continues to follow an unsustainable growth model.

Keywords: contractual justice; frustration; solidarity; sustainability; sustainable contracts.

1. Tendenze e controtendenze in tempi di pandemia

La pandemia è stata spesso raffrontata con la guerra¹ e il primo quarto del nuovo secolo è stato paragonato al “secolo breve”². Ma, come anche osservato, la guerra differisce dallo «stato di emergenza» dove gli interessi dell’individuo e della comunità possono confliggere³, le libertà fondamentali possono essere in contrasto con il diritto alla vita e alla salute. Di qui la necessità di conciliare libertà e solidarietà per ricercare un possibile equilibrio fra il bene individuale e il bene comune⁴, suscitando preoccupazioni e creando incertezze sui rapporti fra lo Stato di diritto e lo «stato di eccezione»⁵. Per far fronte all’emergenza sanitaria sono stati così

¹ Cfr. per tutti C. Jamin, *Ce que le Covid-19 (la guerre) fait aux juristes*, in *Recueil Dalloz*, 2020, n. 14, p. 761.

² Il riferimento è a E. J. Hobsbawm, *Il secolo breve 1914/1991* (1994), Rizzoli, 1997. Cfr. R. Di Raimo, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, 2020, Speciale n. 2 su *Emergenza Covid-19. Uniti per l’Italia*, p. 151 ss.

³ A. M. Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 2020, Speciale n. 2 su *Emergenza Covid-19*, cit., p. 143 ss.

⁴ Cfr. J. Habermas, *Proteggere la vita. I diritti fondamentali alla prova della pandemia*, con *Introduzione* di G. Zagrebelsky, il Mulino, 2022, per un invito alla ragionevolezza; U. Mattei, *Il diritto di essere contro. Dissenso e resistenza nella società del controllo*, 2022.

⁵ G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, Editoriale, p. I ss., II s., osserva che occorre riconoscere lo stato di necessità, ma occorre anche

“adattati” gli equilibri tra i poteri dello Stato, le relazioni fra lo Stato e i cittadini e i rapporti fra i privati, portando alla sospensione temporanea di fondamentali diritti e alla creazione di inevitabili contrasti fra la tutela del diritto alla salute e il sistema economico.

In una simile situazione di crisi globale ufficialmente dichiarata, una delle questioni maggiormente dibattute è stata proprio quella di verificare l’impatto dell’emergenza sanitaria, economica e sociale sul diritto e anche, più in particolare, sulle regole dei rapporti contrattuali⁶. Questo perché la

negare ogni possibile generalizzazione, «non si deve accettare che terminato lo “stato di necessità” la rottura delle regole prosegua».

⁶ Il dibattito è stato intenso e, anche se in tempi brevi, la produzione scientifica è stata vastissima. Per alcuni riferimenti relativi al diritto nella pandemia, con riguardo anche al diritto dei contratti, e senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano K. Pistor, *Law in the Time of COVID-19*, Columbia Law School, 2020; D. Effer-Uhe, A. Mohnert (Hrsg.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, Baden-Baden, 2020; J. Kersten, S. Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, 2020; H. Schmidt, *Covid-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise*, München, 2020; U. Malvagna, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall’efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell’economia*, Pisa, 2020; G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell’era post Covid-19*, Napoli, 2020; M. Frigessi di Rattalma (a cura di), *La pandemia da Covid-19. Profili di diritto nazionale, dell’Unione Europea ed internazionale*, Torino, 2020; E. Lucchini Guastalla (a cura di), *Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020; G. A. Chiesi, M. Santise (a cura di), *Diritto e Covid-19*, Torino, 2020; F. S. Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020; S. Bellomo, A. Maresca, G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, Torino, 2020; J. A. Badillo Arias (dir.), *Las responsabilidades derivadas de la Covid-19*, 2020; *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l’emergenza Coronavirus*, Ferrara, Vol. I, II, III, 2020-2021; E. Calzolaio, M. Meccarelli, S. Pollastrelli (a cura di), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, eum, 2021; E. Hondius, M. S. Silva, A. Nicolussi, P.S. Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, 2021; A. Lami (dir.), *La pandémie de Covid-19. Les systèmes juridiques à l’épreuve de la crise sanitaire*, Bruxelles, 2021; D. Cowan, A. Mumford (ed.), *Pandemic Legalities. Legal responses to Covid-19 – Justice, Health and Social*, Bristol 2021; E. Navarretta (a cura di), *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, Pisa, 2021; A. Pajno, L. Violante (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, 2021; G. D’Angelo, *La legalità ai tempi della pandemia*, con Prefazione di M. Barcellona, Maimone, 2021; Forum des Deutschen Juristentages e.V. Hamburg 2020, *Pandemie und Recht*, München, Beck, 2021; P. S. Fischinger, J. F. Orth, *Covid-19 und Sport. Verträge und Regelwerke krisenfest gestalten*, München, 2021; S. Parsa, M. Uyttendaele (sous la coordination de), *La Pandémie de Covid-19 face au droit*, Anthemis, 2021; V. V. Ramraj (Ed.), *Covid-19 in Asia. Law and Policy Contexts*, New York, 2021; C. Jansen & J. Sillen (red.), *Covid-19 en recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2021; E. Mostacci, A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell’Europa*, Roma, 2022; F. J. Ansuategui Roig, T. Gutmann, D. Innerarity, M. La Torre, *Pandemia e diritti. La società civile in condizioni d’emergenza*, Napoli, 2022; J. Grogan, A. Donald (ed.), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 Pandemic*, London and New York, 2022; S. Parsa, M. Uyttendaele (sous la coordination de), *La Pandémie de Covid-19 face au droit, 2, Analyse et perspective d’une crise et de ses lendemains*, Anthemis, 2022; N. Mansour, L. M. Bujosa Vadell (Ed.), *Finance, Law, and the Crisis of Covid-19. An Interdisciplinary Perspective*, Springer, 2022; M. Watney (Ed.), *The Impact of Covid-19 on the Future of Law*, Auckland Park, 2022; K. Gerber, *Recht und Evidenz in der Pandemie. Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19- Bekämpfung*, EIZ Publishing, 2022; S. Kirchner (Ed.), *Governing the Crisis: Law, Human Rights and Covid-19*, Lit, 2022. Molte riviste hanno dedicato sezioni monografiche sul tema e sono state create anche riviste

pandemia ha necessitato severe limitazioni dei contatti sociali con ripercussioni gravi sull'economia e, di riflesso, anche sulla dimensione giuridica relazionale e sugli inadempimenti emergenziali⁷.

A questo proposito, alcuni hanno evidenziato le soluzioni per una ripresa, che possono seguire diverse strade a seconda che si appoggi «un solidarismo paternalistico ostile e sospettoso nei confronti del mercato», che interviene «in chiave redistributiva», o piuttosto si guardi «con piena fiducia al mercato (e a un contratto saldamente ancorato al mercato) quale principale strumento di progressivo avanzamento tanto economico quanto sociale, tanto dell'individuo quanto della collettività»⁸. Altri, invece, hanno puntualizzato che non saremmo in realtà di fronte a un «vizio del contratto», ma a un «vizio del mercato»; e «non essendo un problema di crisi del contratto ma di crisi dell'impresa, si debba affrontarlo con gli strumenti del diritto della crisi d'impresa e non con gli strumenti del diritto dei contratti»⁹. Tuttavia, anche a contrapporre la crisi del contratto alla crisi del mercato, il contratto resta pur sempre uno strumento del mercato e si possono analizzare allora entrambi i fenomeni, vale a dire la crisi, tutt'altro che latente, del contratto nel mercato in crisi.

È a tutti noto, del resto, che il sistema si trovi già in bilico per vicende altre rispetto alla pandemia, per gli effetti della globalizzazione, per la crisi finanziaria ed ecologica. Una crisi di sistema dovuta a decenni di politiche neoliberali che l'emergenza sanitaria non ha fatto altro che evidenziare e portare a conseguenze estreme. Questo perché le dinamiche del capitalismo e le disequaglianze strutturali hanno certamente caratterizzato la progressione e gli esiti della pandemia¹⁰, le problematiche relative allo stato dell'assistenza sanitaria essendo il risultato di strategie neoliberali. Ma, dopo

specializzate sulle problematiche giuridiche relative alla pandemia, come in Germania *COVuR – Covid-19 und alle Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Beck (dal 2020) e in Svizzera *Covid-19 & Recht*, Dike (dal 2020). Si vedano, poi, soprattutto *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, in *giustiziacivile.com*, 2020; *La experiencia jurídica latina en tempo de Coronavirus (Reflexiones de urgencia)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Mayo 2020, n. 12bis; II-Sezione Monografica di *DPCE online*, n.2-2020, p. 1449 ss., e IV-Sezione Monografica di *DPCE online*, n.3-2020, p. 4189 ss.; G. Scalese (a cura di), *Pandemia, normazione dell'emergenza e modelli d'intervento socio-economici*, in *Democrazia e diritti sociali*, Fascicolo speciale, EUC, 2020; *Dossier Covid-19 et contrat*, in *AJ Contrat*, 2020, p. 163 ss.; *Corona-Pandemie: Rechtliche Lehren und Folgen*, in Kooperation mit dem Deutschen Juristentag e.V., in *NJW*, 38/2021, p. 2761 ss.; *Nulla sarà più come prima? Gli scenari della post-emergenza: Italia, Europa, Mondo*, in *la fionda*, 1/2021, *La grande trasformazione. Attacco al lavoro*, in *la fionda*, 2/2021, *Tecnopolitica. Dal momento populista al governo dell'emergenza*, in *la fionda*, 1/2022. Per un'ampia panoramica mondiale e comparata si rinvia ai documenti contenuti in *comparativecovidlaw.it*.

⁷ A. M. Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento*, cit., p. 144 ss.

⁸ M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Mayo 2020, cit., p. 314 ss., 316.

⁹ A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, cit., 2020, n. 4, p. 10 s. Si fa riferimento, in particolare, al documento dell'Associazione civilisti italiani *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*.

¹⁰ A. Nelson, *COVID-19: Capitalist and postcapitalist perspectives*, in *Human Geography*, 2020, p. 305 ss.; K. Byttember, *Covid-19 and Capitalism. Success and Failure of the Legal Methods for Dealing with a Pandemic*, Berlin, 2022.

il Covid, i più ottimisti hanno prospettato anche un possibile «cambiamento d'epoca» con l'ingresso nel «terzo periodo storico del dopoguerra», dopo i Trenta gloriosi e l'era neoliberale. La tendenza sarebbe, infatti, quella di abbandonare il neoliberalismo, inteso come «catéchisme économique» e «proposition politique», come un modo di organizzare i rapporti fra lo Stato, la società e l'individuo: «degli individui autosufficienti, una società che si autoregola, uno Stato che si autolimita a fornire delle prestazioni»¹¹. Si tratterebbe, in realtà, di una lenta transizione già in atto, che investe i rapporti fra politica ed economia, globalizzazione¹² e localizzazione, imprese (non più) irresponsabili¹³ e consumatori critici¹⁴. Questo perché la globalizzazione è un fatto artificiale, costruita per il mercato e per i suoi operatori, e non può che essere incompatibile con la tutela dell'ambiente e della società. La lentezza è dovuta, inoltre, al fastidio delle imprese di separarsi dalla teoria della massimizzazione del profitto¹⁵ e alla difficoltà dei consumatori, neo-predicatori di sobrietà, di liberarsi dalle loro abitudini egoistiche¹⁶. In altre parole, nient'altro che una celata indifferenza rispetto alla finitezza del mondo e alle disuguaglianze.

Non si può negare che le conseguenze della pandemia abbiano determinato un'accelerazione della presa di coscienza della necessità di un cambiamento di sistema, trovandosi gli individui «impotenti senza la mobilitazione della collettività»¹⁷. Di qui anche la necessità di ristabilire il primato della sfera politica sulla sfera economica, abbandonando la *governance*, quindi la democrazia deliberativa, per ritrovare la democrazia partecipativa e il principio di parità sostanziale¹⁸.

Ma l'Europa, quale dispositivo neoliberale, ha mantenuto la sua indisponibilità a «invertire la rotta» delle sue politiche e a «riconciliare capitalismo e democrazia» come reazione alla crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria¹⁹. Inoltre, la pandemia è stata certamente

¹¹ A. Foucher, *Le monde de l'après-Covid. La fin de l'ère néolibérale*, Gallimard, 2022, in part. p. 10.

¹² Cfr. M. R. Ferrarese, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2021, p. 259 ss.

¹³ L. Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005.

¹⁴ F. Gesualdi del Centro nuovo modello di sviluppo, *Manuale per un consumo responsabile. Dal boicottaggio al commercio equo e solidale* (1999), Milano, 2004.

¹⁵ Si ricordano le ben note parole di M. Friedman (*The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, in *The New York Times Magazine*, September 13, 1970, pp. 33, 122 ss.), secondo il quale il vero dovere sociale delle imprese è di ottenere elevati profitti: «The businessmen believe that they are defending free enterprise when they declaim that business is not concerned “merely” with profit but also with promoting desirable “social” ends (...). In fact, they are (...) preaching pure and unadulterated socialism. Businessmen who talk this way are unwitting puppets of the intellectual forces that have been undermining the basis of a free society these past decades».

¹⁶ Cfr. G. M. Eckhardt, R. Belk, T. M. Devinney, *Why don't consumers consume ethically?*, in *Journal of Consumer Behaviour*, 2010, p. 426 ss., 427; D. Miller, *The poverty of morality*, in *Journal of Consumer Culture*, 2001, p. 225 ss.

¹⁷ A. Foucher, *Le monde de l'après-Covid*, cit., p. 15.

¹⁸ Cfr. A. Somma, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 79 ss., 98 ss.

¹⁹ A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma, 2021, p. 140 ss.

un'occasione sfruttata dalla “Shock Economy” e dalla dottrina del “Great Reset”, divulgata dai potenti e dai tecnocrati del *World Economic Forum* e del Fondo Monetario Internazionale, diretta a cancellare le culture e le identità e a creare un nuovo modello economico globale. Una complessa azione, coordinata sul piano politico, economico, sociale, ambientale e tecnologico, che parla di sostenibilità, ma intende rafforzare il neoliberalismo, azzerare la democrazia partecipativa e richiede l'adattamento (o l'annullamento) dell'uomo rispetto alla tecnologia²⁰.

Dunque, anche se manovrate in diverse direzioni, tutte le parti del sistema sono state messe in discussione e si è sentita in ogni caso l'urgenza di un ripensamento generale, a partire da un nuovo contratto sociale per ritrovare quel senso, ormai perduto da tempo, di appartenenza a una comunità che «allude a un vincolo (catena), ma anche a una promessa di solidarietà»²¹.

Nell'ambito del diritto privato, per far fronte alle circostanze eccezionali e risolvere le questioni di ingiustizia nei rapporti contrattuali in tempi di pandemia, le diverse esperienze giuridiche hanno tentato di trovare prontamente una qualche nuova soluzione o hanno riproposto vecchie idee, facendo ricorso soprattutto alle regole sulle sopravvenienze per salvare gli interessi economici e il mercato. In questo modo si è creata, come si vedrà, una panoramica variegata di possibili soluzioni, anche se ancorate alla concezione tradizionale della giustizia “commutativa”, diretta a “compensare, restituire, ripristinare” l'equilibrio fra i contraenti. Alla domanda generale sul “futuro del diritto dei contratti” le risposte, invece, hanno assunto sfumature diverse. Così, accanto alla ricerca di strumenti di tutela della giustizia contrattuale, si è potuto assistere a una “nuova ondata di solidarietà”²² e a una ricerca di cambiamento del diritto e dei rapporti contrattuali in direzione solidaristica²³. Ebbene, sulla base di queste spinte solidaristiche, si propone di impiegare l'espressione più ampia di contratto “sostenibile” per cercare di evidenziare proprio questa proposta in “controtendenza”, che si potrebbe descrivere come una “fuga dal contratto” e dal mercato di impronta neoliberale. Accostando, infatti, la sostenibilità al diritto²⁴ e ricordando il fenomeno della *Great resignation* statunitense, che

²⁰ K. Schwab, T. Malleret, *COVID-19: The Great Reset*, Forum Publishing, Geneva, 2020; Id., *The Great Narrative. For a Better Future*, Forum Publishing, Geneva, 2022. Cfr. N. Klein, *The Great Reset Conspiracy Smoothie*, in *The Intercept*, December 8, 2020, su theintercept.com.

²¹ Così F. Di Marzio, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, in G. Palmieri (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 1185 ss., 1187, il quale ha osservato che «con il virus pandemico la natura si insinua nella comunità e la colpisce nel vincolo costitutivo». Sui rapporti fra comunità e interesse individuale, Id., *La politica e il contratto*, Roma, Donzelli, 2018, p. 54 ss.

²² Fondamentale è il saggio di S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014. Sulla solidarietà, nel suo divenire storico e nella sua vigenza, si rinvia al recente studio di G. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.

²³ Cfr. soprattutto F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in giustiziacivile.com, 17 marzo 2020; U. Mattei, A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, *ivi*, 7 maggio 2020.

²⁴ Per alcuni riferimenti si rinvia soprattutto a G. Beaucamp, *Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht*, Mohr Siebeck, 2002; K. Gehne, *Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, 2011; M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Mohr Siebeck, 2014; M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat*

può considerarsi sintomatica di una grave insofferenza rispetto all'attuale sistema, si vuole rimarcare la "fuga" da quel contratto che sia incapace di assumere una visione del futuro in un'economia che continua a seguire un modello di crescita insostenibile. Fuggire dagli schemi tradizionali e dai limiti di una costruzione del diritto contrattuale fondata sull'individualismo e sulla libertà di iniziativa economica in cerca di un rapporto capace, invece, di esaltare la dimensione sostenibile in sintonia con le questioni ambientali, sociali ed economiche dell'odierna società.

2. Il contratto emergenziale in *stand-by* in attesa del legislatore, del giudice o delle parti

Nell'ombra di un'Europa già «martoriata da decenni di ortodossia neoliberale»²⁵ e senza serie intenzioni di «cambiare rotta», si sono mossi i singoli Stati per fronteggiare l'emergenza sanitaria e la nuova crisi economica.

Di fronte al rallentamento dell'economia, dovuto principalmente alle misure di contenimento e alle restrizioni imposte alle attività commerciali, la riflessione dei privatisti si è concentrata sulle reazioni possibili alle sopravvenienze pregiudizievoli sui rapporti contrattuali. Inoltre, la scelta degli strumenti da adoperare ha messo in evidenza, specie da noi, oltre ai provvedimenti emergenziali *ad hoc*, la proposta di una riforma, più o meno generale, sul diritto dei contratti, l'interpretazione ad opera dei giudici e/o la rimessione all'autonomia delle parti delle sorti dei singoli contratti.

C'è chi ha voluto sottolineare, innanzitutto, come tutti i formanti del diritto dovessero intervenire e contribuire a risolvere le questioni sorte con la pandemia. In particolare, non si poteva ricorrere «*soltanto* alla legislazione», ma era necessario un «*diritto dell'emergenza*» o un «*diritto nell'emergenza*» che tenesse conto di «ogni componente chiamata a reagire alla situazione eccezionale», quindi anche la giurisprudenza e i consociati²⁶. D'altra parte, nel valutare il sistema, molti hanno avuto timore che lo stato di emergenza sanitaria fornisse il pretesto per creare uno stato di eccezione, quando l'eccezione non riguarda più misure straordinarie e provvisorie, ma diventa la regola, cancellando in questo modo i confini fra democrazia e assolutismo²⁷.

et l'environnement, Bruylant, 2015; M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, ESI, 2016; F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, 2017; E. Caterini, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, ESI, 2019.

²⁵ A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit.; Id., *Sopravvivere al coronavirus per morire di Europa?*, in *la fionda*, 31 marzo 2020.

²⁶ F. Di Marzio, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, cit., p. 1199-1200.

²⁷ Cfr. soprattutto G. Agamben, *Stato di eccezione e stato di emergenza*, in *quodlibet.it*, 30 luglio 2020; A. Vidaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE online*, n.2-2020; O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?*, in *Recueil Dalloz*, 2020, n. 16, p. 891 ss.

Diverse sono state le critiche rivolte all'Italia che, a differenza di altre esperienze giuridiche²⁸, sarebbe intervenuta in modo insufficiente, volendosi affidare allo «strumento normativo privilegiato dal Governo», vale a dire i Decreti del Presidente del Consiglio o dei Ministeri competenti, che non possono incidere, però, sui contratti disciplinati dal codice civile e dalle altre leggi. La situazione sarebbe stata, inoltre, aggravata dalla circostanza che il nostro paese, rispetto ad altre esperienze europee, non ha ancora provveduto a riformare il diritto dei contratti²⁹ e per questo è priva di disposizioni generali sulla rinegoziazione e sull'adeguamento del contratto alle sopravvenienze³⁰. Sono considerate insufficienti, infatti, le regole attuali

²⁸ In Germania il *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* vom 27. März 2020 (in www.bmjv.de), ha introdotto, fra l'altro, regole straordinarie per il diritto dei contratti all'Art. 240 EGBGB, entrate in vigore ad aprile 2020 e aventi un'esistenza limitata a giugno 2022. Questa disciplina provvisoria ha preso in considerazione una *Corona-Einrede* per fondamentali rapporti obbligatori di durata, i rapporti di locazione, il credito al consumo e anche i buoni relativi alla cancellazione di manifestazioni culturali, alla chiusura di strutture ricreative e alla cancellazione dei viaggi. In particolare, è stata prevista la possibilità per i consumatori e le micro-impresе di una moratoria ex lege dei pagamenti nei rapporti contrattuali di durata (*Leistungsverweigerungsrecht*); ma la moratoria non era applicabile ai contratti di locazione e affitto, ai contratti di mutuo e ai contratti di lavoro (comma 1). Per un approfondimento si rinvia a A.-M. Kaulbach, B. Scholl, *Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB: Voraussetzungen, Rechtsfolgen, offene Fragen*, in D. Effer-Uhe, A. Mohnert (Hrsg.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, cit., p. 95 ss.

²⁹ Si può vedere il Disegno di legge, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Conte) di concerto con il Ministro della giustizia (Bonafede), comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019: Delega al Governo per la revisione del codice civile (n. 1151). Il Disegno di legge, nell'ampiezza e varietà dei suoi contenuti, reca la delega al Governo anche per una riforma del diritto dei contratti. Investe, inoltre, la disciplina delle associazioni e fondazioni per coordinarla con la disciplina del terzo settore; l'impiego del contratto per regolare importanti momenti della vita familiare; la quota riservata ai legittimari e il divieto dei patti successori; la responsabilità civile e l'esigenza di avvicinare la responsabilità in materia contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale; la disciplina di nuove forme di garanzia del credito; il *trust* e gli altri contratti di affidamento fiduciario. Si vedano M. Franzoni, *Il Codice civile in ... "restauro"*, in bolognaforense.net; *L'importanza della riforma del codice civile nel pensiero di Giuseppe Conte*, Intervista a cura di E. Scoditti, in *Questione Giustizia*, 2020, p. 12 ss. Risulta qui di particolare interesse la previsione del «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». Per le altre esperienze giuridiche, è ovvio il riferimento soprattutto alla *Schuldrechtsmodernisierung* del BGB (2002) e alla riforma del *Code civil* (2016).

³⁰ Sull'argomento cfr. specialmente A. Gambaro, *Regolamentare i contratti B2B a circostanze eccezionali come Covid-19*, in huffingtonpost.it, 5 maggio 2020; G. Alpa, *Remarks on the Effects of the Pandemic on Long-Term Contracts*, in E. Hondius, M. S. Silva, A. Nicolussi, P.S. Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, cit., p. 553 ss.; G. Grisi, *La quarantena dei contratti di durata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, p. 45 ss.; E.E. del Prato, *Covid-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 64 ss. Per una panoramica comparata sulla problematica delle sopravvenienze in tempi di pandemia si vedano i diversi contributi in E. Hondius, M. S. Silva, A. Nicolussi, P.S. Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, cit., p. 459

sulla sospensione degli effetti del contratto di fronte a circostanze esterne eccezionali. Al pari, in caso di sopravvenienze che rendano la prestazione impossibile o eccessivamente onerosa, anche se temporaneamente, le parti non sono tenute a rinegoziare il contratto. In questi casi, tra l'altro, come si è osservato, si tratterà in prevalenza di un mutamento delle condizioni patrimoniali soggettive, a partire dalla difficoltà di corrispondere il canone³¹. Proprio a causa dell'inadeguatezza dell'attuale disciplina, incentrata sulle sopravvenienze costituenti impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta e sull'effetto estintivo del rapporto, la dottrina civilistica italiana ha avviato allora un dibattito particolarmente abbondante sulla questione se spetti al legislatore o al giudice o alle parti il potere di risolvere le incertezze di fronte alle sopravvenienze nei rapporti contrattuali. Le principali proposte di soluzione hanno riguardato la necessità di un intervento del legislatore che dettasse «un autentico diritto dei contratti dell'emergenza»³²; l'idea di una futura riforma del codice civile, più generale o limitata all'introduzione di una disciplina sulle sopravvenienze con effetto conservativo del rapporto³³; una rilettura delle regole sulla impossibilità alla

ss.; E. Calzolaio, *Il Covid-19 quale "sopravvenienza contrattuale" nella prospettiva comparatistica*, in E. Calzolaio, M. Meccarelli, S. Pollastrelli (a cura di), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, cit., p. 121 ss.; C. Twigg-Flesner, *A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID-19 – Change of Circumstances, Force Majeure, or what?*, in K. Pistor, *Law in the Time of COVID-19*, cit., p. 155 ss.; K.P. Berger, D. Behn, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona – A Historical and Comparative Study*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2019-2020, p. 78 ss. La dottrina italiana maggioritaria è favorevole al rimedio della rinegoziazione del contratto per far fronte alle sopravvenienze. Cfr. R. Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Torino, Utet, 2016, p. 1708 ss.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, Jovene, 1996; P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo (a cura di), *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970. In una prospettiva comparatistica, v. già D.-M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Préface de M. Fontaine, Bruxelles, Bruylant, 1986; P. Abas, *Rebus sic stantibus. Eine Untersuchung zur Anwendung der clausula rebus sic stantibus in der Rechtsprechung einiger europäischer Länder*, Köln, Heymann, 1993.

³¹ N. Zorzi Galgano, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, pp. 53 ss., 84.

³² Si vedano specialmente C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, cit., p. 159 ss., 165 s., sulla necessità di introdurre regole puntuali e specifiche che garantiscano «un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo, così da circoscrivere quanto più possibile il contenzioso»; N. Zorzi Galgano, *ivi*, p. 85, secondo la quale spetta al legislatore adottare provvedimenti che derogano in via temporanea al sistema, mentre non si possono «costringere i giudici a interpretazioni che costituiscono forzature di sistema». Come è noto, con riguardo alla responsabilità del debitore, l'art. 91 d.l. n. 18 del 2020 recante «Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento» ha introdotto un comma 6-bis all'art. 3 d.l. n. 6 del 2020.

³³ Da ricordare, in particolare, l'intervento della Commissione COVID-19 dell'Accademia dei Lincei con il documento *COVID e Contratti* del 2 maggio 2020, in www.lincci.it; Associazione civilisti italiani, *Una riflessione ed una proposta*, cit., p. 7 s., 9 ss., che auspica sia l'inserimento di un nuovo art. 1468-bis cc., che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni

luce dei principi di solidarietà e buona fede³⁴, al fine di adeguare il contenuto alle straordinarie circostanze. È stata ripresa la tesi, accanto alla modificazione *ope iudicis* operata *ex fide bona*, della spontanea modificazione del contenuto contrattuale nel rispetto dell'operazione economica³⁵.

A questo proposito può risultare di interesse richiamare l'esperienza francese, che solo di recente ha riformato il diritto dei contratti e delle obbligazioni³⁶. La riforma costituisce il risultato di un ampio dialogo fra i diversi formanti del diritto³⁷ e, oltre ad assicurare una migliore *accessibilité* e *attractivité* del *Code civil*, che abbisognava dopo più di duecento anni di un ammodernamento, ha cercato di garantire maggiormente la “*protection de la partie faible*”³⁸ e la giustizia contrattuale. Fra le diverse tutele che hanno determinato un certo interventismo, tentando di ristabilire l'eguaglianza fra le parti contrattuali³⁹, rileva qui il nuovo art. 1195 *Code civil* che ha

contrattuali, sia il ricorso all'interpretazione delle disposizioni vigenti o l'offerta alle imprese e ai professionisti in difficoltà di uno strumento *ad hoc*. Si vedano soprattutto G. Alpa, *Remarks on the Effects of the Pandemic on Long-Term Contracts*, cit., p. 1307, F. Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 102 ss.; A.A. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del Coronavirus)*, in *giustizia civile.com*, 4 giugno 2020; P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p. 73 ss.

³⁴ Cfr., in particolare, G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, p. 3 ss., 9 ss.; M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 318.

³⁵ M. Grondona, *ivi*, p. 325.

³⁶ La riforma ha riguardato i Titoli III, IV e IV *bis* del Libro III del *Code civil* ed è stata adottata con ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, successivamente modificata dalla legge di ratifica n. 2018-287 del 20 aprile 2018. Sul ruolo del nostro codice civile per la riforma del *Code civil*, v. M. Graziadei, *Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Revue des contrats*, 2015, p. 720 ss.

³⁷ Dopo più di duecento anni il diritto comune dei contratti era diventato un diritto essenzialmente giurisprudenziale: il *Code civil* non rifletteva più lo stato del diritto e necessitava di un ammodernamento, al quale la giurisprudenza aveva cercato fino a quel momento di sopperire adattando il testo ai cambiamenti sociali ed economici, colmando le lacune e riscrivendo le regole. Elogi e critiche sono stati rivolti al *Code civil* in occasione del suo bicentenario celebrato in un contesto europeo. I diversi contributi si possono leggere in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.

³⁸ Si vedano, fra gli altri, C. Champalaune, *Les grands traits de la réforme*, e Ph. Stoffel-Munck, *Les enjeux majeurs de la réforme. «Attractivité, Sécurité, Justice»*, in Id. (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 7 ss., 18 ss.

³⁹ Così, la regola sulla buona fede non è più limitata alla fase dell'esecuzione del contratto, ma è stata estesa alle fasi della negoziazione e della formazione (Art. 1104). È stato codificato un dovere generale di informazione (Art. 1112-1), che costituisce una concretizzazione del dovere di buona fede e dovrebbe compensare un'asimmetria informativa fra le parti contrattuali. Il legislatore ha poi introdotto la categoria del contratto d'adesione (Art. 1110), che prende atto di una diseguaglianza strutturale nei rapporti contrattuali, prevedendo anche la specifica regola dell'*interpretatio contra proferentem*, per cui una clausola ambigua si interpreta contro colui che l'ha proposta (Art. 1190). La violenza “economica” è ora disciplinata in una regola che in via generale assimila alla violenza l'abuso dello stato di dipendenza (Art. 1143). Infine è stata codificata la sanzione per quelle clausole dei contratti d'adesione che creano uno squilibrio significativo fra i diritti e gli obblighi delle parti (Art. 1171). Sul ruolo del

introdotto la teoria dell'*imprévision* nel *Code civil*⁴⁰. Nel *Rapport* si evidenzia subito come questa regola costituisca un'innovazione importante della riforma, anche perché la Francia era tra gli ultimi paesi in Europa a non prevedere una disciplina sulle sopravvenienze. Sulla spinta del diritto comparato e dei progetti di armonizzazione europea⁴¹, è stato così inserito nel codice civile francese un utile strumento per contrastare «gli squilibri contrattuali che intervengono durante l'esecuzione del contratto, in conformità con l'obiettivo di giustizia contrattuale perseguito dall'ordinanza». D'altra parte, si osserva anche come l'istituto giochi un «ruolo preventivo», perché «il rischio di “annientamento” o di “revisione del contratto” ad opera del giudice dovrebbe incitare le parti a negoziare»⁴². Del resto, già durante la fase della consultazione pubblica il *Projet de la Chancellerie* era stato ampiamente criticato dal mondo delle imprese, in quanto avrebbe creato una forte incertezza giuridica, oltre alla perdita di competitività del diritto francese⁴³. Così, anche in tempi di pandemia è stato

giudice dopo la riforma del *Code civil*, v. F. Ancel, *Quel juge pour le contrat au XXI. siècle?*, in *Recueil Dalloz*, 2017, p. 721 ss.

⁴⁰ Non è questa la sede opportuna per ripercorrere l'evoluzione storica della *théorie de l'imprévision*. Mi limito a ricordare che l'*imprévision* era stata (quasi sempre) negata dalla *Cour de cassation*, perché il contratto ha forza di legge fra le parti e il giudice non può avere il potere di modificarlo, adeguandolo alle circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del rapporto (v. in particolare Cass., 6 mars 1876, in *D.*, 1876, 1, 193 (*Canal de Craponne*) e giurisprudenza successiva. Cfr. invece Cass., 25 février 1992, n. 89-41.634, in *D.*, 1992, 390, con nota di M. Défossez; Cass., 3 novembre 1992, n. 90-18.547, in *RTD civ.*, 1993, 124, con commento di J. Mestre; Cass., 16 mars 2004, 01-15.804, in *D.*, 2004, 1754, con nota di D. Mazeaud; Cass., 29 juin 2010, n. 09-67.369 (*Soffimat*), in *D.*, 2010, 2481, 2485, con note di D. Mazeaud e Th. Genicon). La *révision pour imprévision*, invece, come è noto, era stata accolta dalla giurisprudenza amministrativa francese già agli inizi del Novecento. V. *infra*. Per un'analisi dell'evoluzione della figura fino alla riforma del *Code civil* si rinvia a L. Moscati, *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 423 ss.; Id., *L'imprévision à la lumière de l'ordonnance et de la loi de ratification*, in Y. Mauton, P. Pichonnaz, *Devoirs, promesse set obligations: actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit à Fribourg (2 au 4 juin 2016)*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2020, p. 311 ss.

⁴¹ Si vedano Art. 6 :111 PECL (Change of Circumstances) e Artt. 6.2.1-6.2.3 dei Principi UNIDROIT (Hardship).

⁴² *Rapport*, JO 11 févr. 2016, che si può leggere in N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, (Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016), *Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 94. Si tratta di un processo che si evolve in più tappe. La parte svantaggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta può domandare all'altra parte la rinegoziazione del contratto. In caso di rifiuto della controparte o di fallimento della rinegoziazione, i contraenti possono accordarsi per la risoluzione oppure chiedere al giudice l'adeguamento del contratto. In mancanza di un accordo fra le parti, il giudice può, dietro domanda di una parte, adeguare oppure sciogliere il contratto. Cfr. D. Mazeaud, *Observations finales*, in P. Chauviré (dir.), *La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 85 ss., 87 s., che parla piuttosto di una «consolidation du droit positif». Il progetto, infatti, acquisisce il *devoir de renégociation pour imprévision* che la Cour de cassation aveva creato in un *arrêt* del 1992 «in nome della buona fede» (v. *retro*, nota 40). E proprio «il rifiuto di rinegoziare» può comportare responsabilità «in ragione della sua mala fede».

⁴³ N. Molfessis, *Droit des contrats: une réforme bienvenue, mais à parfaire*, in *business.lesechos.fr*, 27/04/2015.

osservato che i contraenti, che potrebbero essere in condizione di rifiutare una rinegoziazione, non hanno necessariamente interesse a farlo, perché ciò potrebbe provocare una «reazione protettiva da parte dei giudici»; e «il modo migliore per non vedere il giudice interferire nel contratto è di non dargli le ragioni per farlo»⁴⁴. Se poi la nuova disposizione favorisse la previsione di clausole di *hardship* nel contratto, una parte potrebbe accettare di assumere i rischi di un cambiamento delle circostanze. Con la conseguenza che l'innovazione inserita dal legislatore della riforma nel *Code civil* non otterrebbe l'effetto desiderato ⁴⁵.

La sfiducia nei confronti dei giudici e l'inopportunità di affidare loro la modificazione del contratto è il chiaro segno della persistenza di quell'impostazione diretta a privilegiare l'opera del legislatore e la libertà di iniziativa economica. Ma non sono mancati anche i riferimenti a pregresse e ben note situazioni "eccezionali" per sottolineare l'importanza della figura del giudice. Come è stato osservato, se non vi è dubbio che la pandemia ha creato l'occasione per cui lo Stato si è messo a «legiferare in dosi molto elevate e in tutte le direzioni», preoccupandosi purtroppo poco del come legiferare, essa ha prodotto pure l'effetto «esplosivo» per cui occorre privilegiare «l'opportunité sur la légalité»⁴⁶. E, comparando la pandemia alla guerra, i ricordi sono andati alla Francia ai tempi della Prima guerra mondiale, quando è stato proposto di contrastare i principi formulati nel *Code Napoléon* e di «liberare il giudice» dalle restrizioni imposte dall'*école de l'exégèse* per seguire il metodo storico e comparato di Raymond Saleilles⁴⁷ o della *libre recherche scientifique* di François Géný⁴⁸. Una maggiore fiducia nell'opera dei giudici e un sostanziale cambiamento di prospettiva, quindi, rispetto alla rigorosa interpretazione letterale del codice civile che aveva caratterizzato gli anni successivi alla sua entrata in vigore. Così, nel 1916 il *Conseil d'État* ha adottato la teoria dell'*imprévision* e qualche anno più tardi quella sulle *circonstances exceptionnelles*⁴⁹. In una prospettiva giusrealista, anche Léon Duguit aveva osservato che il diritto non è tanto l'opera esclusiva del legislatore, quanto piuttosto «il prodotto costante e spontaneo dei fatti» e dei bisogni pratici, ed è «in uno stato perpetuo di trasformazione; il sistema giuridico non è più fondato sull'idea del diritto soggettivo dell'individuo, ma sulla «funzione sociale che si impone agli individui e ai gruppi»⁵⁰.

Ebbene, in quelle esperienze in cui solo di recente è stata introdotta una disciplina legislativa in materia di sopravvenienze e, allo stesso tempo, sono

⁴⁴ M. Behar-Touchais, *L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial; À l'occasion de la pandémie de Covid-19*, in *La Semaine Juridique – Entreprise et affaires*, 9 avril 2020.

⁴⁵ N. Dissaux, C. Jamin, *Réforme du droit des contrats*, cit., p. 96.

⁴⁶ C. Jamin, *Ce que le Covid-19 (la guerre) fait aux juristes*, cit.

⁴⁷ Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901.

⁴⁸ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (1919), II, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1954.

⁴⁹ Conseil d'État, 30 mars 1916, n. 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (*Gaz de Bordeaux*); Conseil d'État, 28 juin 1918, n. 63412, *Heyriès*. V. retro alla nota 40.

⁵⁰ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (1920), Paris, La Mémoire du Droit, 2008, pp. 3 ss., 8 ss.

stati riconosciuti poteri d'intervento al giudice, potrebbe risultare d'interesse verificare l'impatto delle nuove disposizioni in tempi di pandemia, anche per futuri orientamenti interpretativi. L'art. 1195 *Code civil* ha sostituito, infatti, quell'orientamento sull'obbligo di rinegoziazione fondato sul principio di buona fede che, fino all'introduzione della nuova regola, ha sopperito alla carenza di tutela dalle sopravvenienze nel diritto privato⁵¹. Del resto, come è stato rilevato, se gli strumenti dell'*imprévision* e della *force majeure* non consentiranno di «combattere efficacemente contro tutte le ingiustizie», il giudice non esiterà in tempi di crisi a riprendere in mano gli strumenti classici, come la buona fede e il dovere di collaborazione, in nome di una «nuova ondata di solidarietà imposta dalle circostanze»⁵².

3. Il caso delle locazioni commerciali di fronte alle Corti in Europa e negli Stati Uniti

Certamente l'analisi sul contratto emergenziale è stata condotta anche coinvolgendo specificamente diversi tipi contrattuali. L'emergenza sanitaria, economica e sociale ha inciso, infatti, sui rapporti giuridici presenti sul mercato, determinando la necessità per il legislatore e per l'interprete, sia di riflettere sulle categorie generali, favorendo lo scioglimento del contratto o la sua sospensione e/o il suo adeguamento alle nuove circostanze, sia di intervenire sulle regole e sugli istituti del diritto dei singoli contratti.

Fra i rapporti maggiormente colpiti dalle chiusure determinate dallo stato di emergenza devono essere certamente menzionati quelli derivanti dai contratti di viaggio, che hanno sollevato diverse questioni, dai costi di cancellazione a quelli di un prolungamento del soggiorno e alla richiesta di restituzione dell'intero prezzo del viaggio. In diverse esperienze, poi, per assicurare tutela al *tour operator* dei pacchetti turistici, il legislatore è intervenuto prevedendo un “buono viaggio” in sostituzione della restituzione del prezzo pagato dal viaggiatore⁵³. Altrettanto diffuse e variegata sono state le problematiche sorte da pratiche commerciali

⁵¹ V. sempre *retro* alla nota 40.

⁵² M. Mekki, *De l'urgence à l'imprévu du Covid-19: quelle boîte à outils contractuels?*, in *AJ Contrat, Dossier Covid-19 et contrat*, cit., pp. 164 ss., 175. Si vedano anche J. Heinich, *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision*, in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 611 ss.; C. Grimaldi, *Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats?*, *ivi*, p. 827 ss.

⁵³ Sull'argomento v. P. Meier, *Aktuelle Probleme im Reiserecht durch die Corona-Krise*, in D. Effer-Uhe, A. Mohnert (Hrsg.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, cit., p. 175 ss.; J.-D. Pellier, *L'impact de l'épidémie de coronavirus sur les contrats de tourisme*, in *Recueil Dalloz*, 2020, n. 13, p. 729 ss.; A. Dalmartello, *Pacchetti turistici e voucher al tempo del Covid-19*, in U. Malvagna, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, cit., p. 47 ss.; R. Santagata, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *Emergenza Covid-19*, cit., p. 225 ss.

scorrette⁵⁴, dalle chiusure dei centri sportivi e dalla richiesta di rimborso dei soggiorni e dei biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi di cultura⁵⁵.

Il lavoro, invece, in diverse esperienze è stato considerato il rapporto maggiormente adattabile alle situazioni di crisi, in grado cioè di distribuire in modo adeguato il rischio fra le parti, dalla malattia del lavoratore al luogo di lavoro, dall'impossibilità da parte del lavoratore di raggiungerlo alla chiusura dell'impresa. In Germania mai nella storia un numero così elevato di lavoratori è stato spostato in *Kurzarbeit*, al fine di evitare un aumento incontrollato della disoccupazione. Certo è che il legislatore dell'emergenza è intervenuto non solo a garanzia del lavoratore e della sua salute, prevedendo specifiche misure sociali. La limitazione del tempo del lavoro, o *short-time work*, ha creato in sostanza misure eccezionali nell'interesse delle imprese in difficoltà e, in generale, dell'economia⁵⁶.

Particolarmente esteso è stato, poi, il potenziamento dell'impiego del lavoro agile al fine di contenere le occasioni di contatto e arginare la pandemia. Se in molte esperienze il c.d. *smart working* non riceve ancora una disciplina adeguata a garantire la protezione dei diritti del lavoratore⁵⁷, in altre questo fenomeno già riceve una disciplina relativamente precisa. Così, in Francia le *télétravail* può costituire oggetto di un contratto collettivo o di un contratto individuale e, in linea generale, il datore di lavoro e il lavoratore dipendente conservano la loro libertà contrattuale. D'altra parte, il *Code du travail* contiene una disposizione che attribuisce al datore di lavoro il potere di imporre unilateralmente ai dipendenti il passaggio al *télétravail*, «reso necessario per consentire la continuità dell'attività dell'impresa e garantire la protezione dei lavoratori dipendenti» di fronte a «circostanze eccezionali, in particolare la minaccia di un'epidemia, oppure in caso di forza maggiore» (C. trav., art. L. 1222-11)⁵⁸.

⁵⁴ Si veda per tutti T. Febbrajo, *Emergenza pandemica e pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori*, in E. Calzolaio, M. Meccarelli, S. Pollastrelli (a cura di), *Il diritto nella pandemia*, cit., p. 137 ss.

⁵⁵ Si vedano, fra gli altri, M.-P. Weller, M. Lieberknecht, V. Habrich, *Virulente Leistungsstörungen-Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, in *NJW*, 2020, p. 1017 ss., 1020 s.; F. Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Emergenza Covid-19 – Speciale*, cit., p. 237 ss.

⁵⁶ Sul punto v. R. Krause, J. W. Kühn, *COVID-19 and Labour Law: Germany*, in *Covid-19 and Labour Law. A Global Review*, in *Italian Labour Law e-Journal, Special Issue 1*, Vol. 13, 2020; S. Klawitter, *Das Arbeitsvertragsrecht in der Coronakrise*, in D. Effer-Uhe, A. Mohnert (Hrsg.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, cit., p. 223 ss.; M.-P. Weller, M. Lieberknecht, V. Habrich, *Virulente Leistungsstörungen*, cit., p. 1020 s. Per l'esperienza francese v. G. Duchange, *Coronavirus et contrat de travail*, in *Dossier Covid-19 et contrat*, cit., p. 191 ss.

⁵⁷ Cfr. i contributi in *La grande trasformazione. Attacco al lavoro*, in *la fionda*, 2/2021, cit.; I. Alvino, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?*, in *Giustizia civile.com*, 8 aprile 2020.

⁵⁸ G. Duchange, *Coronavirus et contrat de travail*, cit., p. 192; P.-H. Antonmattei, *Epidémie de covid-19 et relations de travail: l'urgence est aussi de mise*, in *La Semaine Juridique*, Ed. gén., 20 avril 2020.

Ma le maggiori controversie hanno riguardato i contratti di locazione di immobili destinati ad attività commerciali, altre attività produttive o uffici⁵⁹. Molto ricorrente è stata, infatti, la questione se nei periodi di *lockdown* il conduttore potesse liberarsi temporaneamente dall'obbligo di corrispondere il canone di locazione sospendendo o rinegoziando le condizioni di pagamento. Questo perché il locatore è tenuto a garantire soltanto il godimento dell'immobile, ricadendo il rischio sul conduttore che, tuttavia, nonostante le agevolazioni statali ricevute, poteva trovarsi in serie difficoltà economiche dovute alla sospensione dell'attività per le misure di prevenzione e di contenimento connesse alla pandemia. D'altra parte, come spesso osservato, trattandosi del pagamento di somme di denaro, l'impossibilità materiale di adempiere è considerata, in termini assoluti, di difficile configurazione.

Ebbene, mettendo a confronto alcune recenti pronunce delle Corti europee e statunitensi, si può ricavare una panoramica di soluzioni disomogenee, influenzate dalle diverse visioni sull'estensione del potere d'intervento del giudice nei rapporti privati e sullo spazio riservato all'autonomia privata che le singole esperienze giuridiche appoggiano, anche se i *common lawyers* restano in linea di principio fedeli alla *sanctity of contract*. Così, mancando interventi legislativi eccezionali diretti a disciplinare la sorte dei rapporti contrattuali, la nostra giurisprudenza di merito ha oscillato fra diverse soluzioni, non solo ricorrendo alla disciplina della locazione, ma avvalendosi anche delle regole sull'impossibilità e dei principi di buona fede e solidarietà nei rapporti contrattuali⁶⁰. Specialmente l'Ufficio del Massimario e del Ruolo

⁵⁹ Si vedano soprattutto R. Natoli, *L'impatto di Covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, in U. Malvagna, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, cit., p. 39 ss.; A. A. Dolmetta, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 23 aprile 2020; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, 2020, cit., p. 235 ss.

⁶⁰ Tra i diversi provvedimenti v., in particolare, Trib. Milano, sez. VIII, sent., 18 maggio 2021, n. 4355, che si è pronunciato su un'ipotesi di «impossibilità temporanea e parziale della prestazione» e sull'applicabilità dell'art. 1584 c.c.; Trib. Venezia, ord., 2 ottobre 2020, che non ha convalidato lo sfratto intimato, perché la società non ha potuto utilizzare i locali locati a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria; una impossibilità parziale sopravvenuta avrebbe impedito il godimento e, pertanto, il conduttore ha diritto di domandare la riduzione del canone o il recesso dal contratto (art. 1464 c.c.); Trib. Roma, sez. V, ord., 29 maggio 2020, che ha individuato un'ipotesi di impossibilità della prestazione della locatrice resistente di natura «parziale e temporanea», che dà luogo all'applicazione del combinato disposto degli articoli 1256 c.c. e 1464 c.c.; Trib. Roma, sez. VI, ord., 27 agosto 2020, dove si è affermato che in base alla clausola generale di buona fede e correttezza e al principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della Carta costituzionale sorge «un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto»; cfr. Trib. Roma, sez. VI, sent. 8 novembre 2021, n. 17419, che ha escluso la configurabilità di un caso di impossibilità sopravvenuta, sia con riferimento all'obbligazione di pagamento del canone, che non può diventare oggettivamente impossibile, facendosi piuttosto riferimento alle condizioni soggettive del conduttore, sia con riferimento all'uso del bene locato e messo a completa disposizione dal locatore, e ha contrastato in questo modo il *favor* del legislatore nei confronti dei conduttori con le disposizioni di sospensione degli sfratti (v. art. 13,

della Corte Suprema di Cassazione, con una relazione dell'8 luglio 2020, dopo avere ricordato il ruolo del dovere di correttezza e del «dovere (inderogabile) di solidarietà costituzionalizzato (art. 2 Cost.)» per l'integrazione del contenuto, l'orientamento dell'interpretazione e dell'esecuzione del contratto, ha voluto precisare che «proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto ex art. 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»⁶¹.

Rispetto alla nostra esperienza, la Germania si è trovata a gestire una situazione molto diversa sulle sopravvenienze⁶². Innanzitutto, occorre ricordare brevemente che la figura del *Fortfall der Geschäftsgrundlage*, accolta nel 1922 dal *Reichsgericht*⁶³, richiamandosi espressamente al pensiero di Oertmann⁶⁴, e sviluppata in seguito nei suoi caratteri principali sempre grazie all'opera dei giudici, ha trovato solo con la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 una collocazione all'interno del BGB nel nuovo § 313. Inoltre, il *Covid-19-Gesetz* ha previsto alcune regole specifiche relative ai contratti di locazione commerciale⁶⁵, limitando il diritto del locatore di sciogliere il

comma 13, d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, c.d. mille proroghe, e art. 40-quater del d.l. n. 41 del 22 marzo 2021, c.d. sostegni). Inoltre, ha sottolineato la mancanza di interventi legislativi eccezionali volti a disciplinare la sorte delle locazioni nel rispetto dell'autonomia dei privati; Trib. Roma, sez. VI, sent. 31 maggio 2022, n. 8675, sulla morosità causata dalla situazione emergenziale e la risoluzione del contratto per inadempimento. Per una panoramica dei primi provvedimenti giurisprudenziali durante la pandemia, v. N. Zorzi Galgano, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, cit., p. 53 ss.

⁶¹ Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Rel. n. 56, Roma, 8 luglio 2020, p. 22.

⁶² Per un'analisi della figura si veda soprattutto W. Fikentscher, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages*, München, 1971. In tempi di pandemia, v. per tutti J. Prütting, *Wegfall der Geschäftsgrundlage als Antwort des Zivilrechts auf krisenbedingte Vertragsstörungen? – Systemerwägungen zu §313 BGB und sachgerechter Einsatz in der Praxis*, in D. Effer-Uhe, A. Mohnert (Hrsg.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, cit., p. 47 ss.

⁶³ RG, 3. Februar 1922 - II 640/21, in *RGZ* 103, p. 328 ss. La recezione della *clausula rebus sic stantibus* e le proposte di Windscheid erano state respinte dal legislatore del BGB (B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, 1899, p. CXXXIII; *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin und Leipzig, 1888, p. 842 ss.; *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. II, Berlin, 1898, p. 690 s.). Sono stati, invece, i giudici a colmare la lacuna della legge. Controverso era, però, se fosse ammissibile fare riferimento al § 242 BGB per giustificare la clausola *rebus sic stantibus*. Cfr. F. Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956.

⁶⁴ P. Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921. Occorre evidenziare che Oertmann si riferiva solo alla liberazione del debitore (p. 155 ss.) e il *Reichsgericht* era riluttante all'adeguamento del contratto (v. RG, 16. Februar 1937 - VII 233/36, in *RGZ*, 153, p. 356 ss.), ma successivamente i giudici hanno sempre più optato per questa soluzione (v. BGH, 23. Oktober 1951 - I ZR 15/51, in *Juristenzeitung*, 1952, p. 145 ss., 146).

⁶⁵ Art. 240 § 2, comma 1, prima frase, EGBGB, come modificato dall'Art. 5 della legge del 27 marzo 2020 (BGBl. I S. 569).

contratto, se il conduttore non avesse pagato il canone a causa degli effetti della pandemia, delle misure di contenimento e prevenzione (Art. 240 § 2 EGBGB). Restava, tuttavia, incerto, se il conduttore, colpito dalla chiusura necessitata degli esercizi commerciali, potesse ricorrere alle regole dei §§ 536 o 313 BGB per opporsi al pagamento dei canoni di locazione o chiedere una riduzione adeguata degli stessi. In ogni caso, le disposizioni sul contratto di locazione e una interpretazione integrativa del contratto dovevano prevalere rispetto alla regola generale del § 313 BGB⁶⁶. Ma, in un secondo tempo, il legislatore dell'emergenza è nuovamente intervenuto, prevedendo espressamente l'ipotesi di una *Störung der Geschäftsgrundlage* e l'applicabilità del § 313 BGB anche ai contratti di locazione e di affitto (Art. 240 § 7 EGBGB). Ciononostante, il contrasto della giurisprudenza di merito non è stato sopito, continuando a oscillare fra la completa negazione di un adeguamento del contratto e una riduzione o anche una cancellazione del canone di locazione⁶⁷.

Al fine di chiarire le incertezze e le tutele possibili, il *Bundesgerichtshof* è intervenuto nel dibattito con una pronuncia del 12 gennaio 2022⁶⁸ e ha stabilito che, in caso di chiusura delle attività commerciali a seguito di misure di contenimento e di prevenzione della pandemia di Covid-19, il conduttore dei locali ad uso commerciale ha generalmente «diritto a un adeguamento della locazione a causa di una *Störung der Geschäftsgrundlage* ai sensi del § 313, comma 1, BGB».

L'applicabilità delle disposizioni generali sul *Leistungsstörungenrecht* e sulla locazione non sarebbe esclusa dalla regola transitoria dell'Art. 240 § 2 EGBGB che, in base alla sua chiara formulazione e al suo scopo, era intesa esclusivamente a limitare il potere del locatore di sciogliere il rapporto, mentre nulla diceva sull'importo del canone dovuto⁶⁹. D'altra parte, secondo i giudici, la chiusura delle attività commerciali non ha comportato un «difetto dell'oggetto locato» (§ 536, comma 1, BGB), perché la limitazione d'uso non era direttamente correlata alla qualità, condizione o ubicazione del bene in locazione⁷⁰. L'immobile in locazione era, quindi, ancora disponibile per lo scopo concordato nonostante la chiusura delle attività commerciali.

⁶⁶ Deutscher Bundestag -Wissenschaftliche Dienste, *Mietrechtliche Fragen im Kontext der Covid-19-Pandemie*, WD 7 -3000 – 054/20, 06.05.2020, in www.bundestag.de.

⁶⁷ Per alcuni riferimenti cfr., fra le molte pronunce, OLG Dresden, 24. Februar 2021 - 5 U 1782/20, per una riduzione del canone al 50%, perché il rischio della pandemia non può gravare soltanto su una delle parti; OLG Karlsruhe, 24. Februar 2021 - 7 U 109/20, in *NJW*, 2021, p. 945, OLG Frankfurt, 19. März 2021 - 2 U 143/20, in *NZM*, 2021, p. 395 e OLG München, 17. Februar 2021 - 32 U 6358/20, in *NJW*, 2021, p. 948, sulla necessità di considerare le circostanze del caso, come l'evoluzione del fatturato del conduttore, l'eventuale esistenza di altri usi dell'immobile locato, la durata della chiusura e l'aver messo eventualmente il conduttore in una situazione economica che ne ha minacciato l'esistenza. In alcuni casi si è fatto riferimento anche all'ipotesi che questi abbia ricevuto indennità transitorie da parte dello Stato o il danno sia stato compensato dalle assicurazioni.

⁶⁸ BGH, 12. Januar 2022 - XII ZR 8/21, in *NJW*, 2022, p. 1370. Si vedano, successivamente, BGH, 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21, in *NJW*, 2022, p. 1378; BGH, 2. März 2022 - XII ZR 36/21, in *NJW*, 2022, p. 1382; BGH, 13. Juli 2022 - XII ZR 75/21, in *MDR*, 2022, p. 1209.

⁶⁹ BGH, 12. Januar 2022, cit., n.m. 18 ss.

⁷⁰ *Ivi*, n.m. 26 ss.

Dunque, in queste circostanze il conduttore può avere diritto a un adeguamento della locazione ai sensi del § 313, comma 1, BGB⁷¹ e sarà pregiudicata la cosiddetta «große Geschäftsgrundlage», vale a dire l'aspettativa delle parti contraenti che le generali condizioni politiche, economiche e sociali che sono alla base del contratto non mutino a causa di rivoluzioni, guerre, catastrofi (naturali) o iperinflazione, e che l'esistenza sociale non venga scossa. E il successivo Art. 240 § 7 EGBGB ha confermato l'applicabilità della regola generale. Si presume, infatti, che una circostanza, che sta alla base del contratto di locazione, sia cambiata in modo significativo dopo la sua conclusione, se i locali non sono utilizzabili per l'attività del conduttore o solo con gravi limitazioni.

Ma, soprattutto, risulta rilevante evidenziare l'ulteriore argomentazione del BGH quando ha escluso che il solo venir meno della base negoziale giustifichi un adeguamento del contratto. Piuttosto, il § 313 BGB richiede come ulteriore requisito che «non si possa pretendere dalla parte contrattuale interessata di attenersi al contratto invariato, tenendo conto di tutte le circostanze del singolo caso, in particolare della distribuzione del rischio, contrattuale o legale». Se, come nel caso di specie, l'aspettativa di profitto del conduttore è stata delusa da misure di contenimento della pandemia, come la chiusura dell'attività commerciale per un certo periodo di tempo, questo «supera l'alea normale del conduttore», perché gli «svantaggi economici» subiti non si basano su decisioni aziendali. Piuttosto, «sono il risultato di un ampio intervento statale nella vita economica e sociale per combattere la pandemia di Covid-19, per il quale nessuna delle parti può essere ritenuta responsabile». In definitiva, l'emergenza sanitaria ha determinato un «generale rischio sulla vita che non è compreso dalla distribuzione del rischio nel contratto di locazione senza una corrispondente regolamentazione contrattuale»⁷².

Tuttavia, come precisato dai giudici, ciò non significa che il conduttore possa sempre pretendere un adeguamento del contratto per il periodo di chiusura. Anche in questo caso, infatti, è necessaria «una ponderazione completa che prenda in considerazione tutte le circostanze del caso singolo», rilevando quali siano stati «gli svantaggi subiti dal conduttore» a seguito della chiusura dell'attività e la sua durata. Nel caso di un'attività commerciale, questi consisteranno principalmente in una riduzione del volume d'affari per il periodo di chiusura, basato solo sullo specifico locale in locazione e non su un eventuale volume d'affari del gruppo. Inoltre, potrebbe essere necessario considerare «quali misure il conduttore ha adottato o avrebbe potuto adottare per ridurre le potenziali perdite durante la chiusura dei locali», oltre agli eventuali vantaggi ottenuti dallo Stato e dall'assicurazione aziendale. Infine, non è richiesto «un reale pericolo dell'esistenza economica del conduttore» e devono essere presi in considerazione anche «gli interessi del locatore»⁷³. Quindi, secondo il *Bundesgerichtshof* rilevano in sostanza le concrete conseguenze economiche subite dal conduttore durante la chiusura dell'attività commerciale e se questi svantaggi abbiano raggiunto una misura tale da rendere necessario un adeguamento del contratto di locazione.

⁷¹ *Ivi*, n.m. 41 ss., 45, 46.

⁷² *Ivi*, n.m. 53, 55.

⁷³ *Ivi*, n.m. 57 ss.

Diversamente, con tre *arrêts* del 30 giugno 2022 la *Cour de cassation* francese si è pronunciata contro la sospensione o la riduzione del canone e a favore dei locatori⁷⁴. Da un esame delle molteplici controversie che si sono susseguite in questi anni di pandemia si ricava, in particolare, che il conduttore, nel tentativo di giustificare la cancellazione o la riduzione dei canoni durante i periodi di chiusura dei locali commerciali, ha fatto ricorso a diversi strumenti di diritto contrattuale, generale e speciale: dalla forza maggiore (art. 1218 *Code civil*)⁷⁵ all'*imprévision* (art. 1195), dalla violazione della buona fede (art. 1104) alla mancata consegna da parte del locatore (art. 1719) e alla perdita della cosa locata (art. 1722)⁷⁶. In risposta, gli orientamenti della giurisprudenza di merito sono stati contrastanti e non sono riusciti, quindi, a risolvere la questione sul pagamento del canone dovuto durante lo stato di emergenza sanitaria⁷⁷.

Ebbene, la *Cour de Cassation* è intervenuta con le menzionate sentenze “di principio”, che sono state selezionate da una trentina di ricorsi, proprio al fine di individuare linee guida in risposta alle principali argomentazioni avanzate dai conduttori. Innanzitutto, la misura qualificata come «generale e temporanea», che ha disposto la chiusura dei locali commerciali al «solo scopo di tutelare la salute pubblica», non aveva un «collegamento diretto con la destinazione contrattuale dei locali locati», «non può quindi essere assimilata alla perdita della cosa»⁷⁸. Ancora, «i locali locati erano stati messi a disposizione del conduttore» e la misura generale «non costituiva inadempimento da parte del locatore dell'obbligo di consegna»⁷⁹. Inoltre, sempre la Corte ha escluso la forza maggiore come strumento per sfuggire al pagamento dei canoni⁸⁰ e ha evidenziato che «il locatore ha tenuto conto delle circostanze eccezionali e manifestato così la sua buona fede» quando ha proposto, ma senza successo, di differire il pagamento dei canoni⁸¹.

⁷⁴ *Cour de cassation*, III Chambre civile, 30 juin 2022, n. 21-19.889, 21-20.127, 21-20.190.

⁷⁵ Si veda la *Cour d'Appel Colmar*, 6e ch., 12 mars 2020, n. 20/01098, che per prima ha qualificato la pandemia di Covid-19 come ipotesi di forza maggiore: « L'appelant, n'ayant pu être conduit à l'audience à la Cour d'appel, en raison des circonstances exceptionnelles et insurmontables, revêtant le caractère de la force majeure, liées à l'épidémie en cours de Covid-19... ».

⁷⁶ Inoltre, si deve tener conto delle misure speciali prese dal governo in esecuzione della *loi d'habilitation n. 2020-290* du 23 mars 2020, nella misura in cui i conduttori di locali commerciali rientrano nella categoria delle *très petites entreprises* (TPE), in particolare le disposizioni dell'*ordonnance n. 2020-306* du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus* (JO 26 mars 2020, texte n. 9) relative al pagamento dei canoni, delle bollette di acqua, gas ed elettricità per i locali commerciali (v. specialmente l'art. 4 ord.: «les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période définie au I de l'article 1er» (12 mars 2020-23 juin 2020). Si veda F. Danos, *Le paiement des loyers relatifs aux baux commerciaux et la crise du Covid-19*, in *La Semaine Juridique – Entreprise et affaires*, 23 avril 2020.

⁷⁷ Si vedano, fra le altre, *Cour d'Appel de Bordeaux*, 27 avril 2021, n. 20/04054; *Cour d'Appel de Paris*, 4 juin 2021, n. 19/10047; *Cour d'Appel d'Orléans*, 25 mars 2021, n. 20/024541; *Tribunal judiciaire de Paris*, 22 juin 2022, n. 20/08161.

⁷⁸ *Cour de cassation*, III Chambre civile, n. 21-20.190, cit., n. 9-10.

⁷⁹ *Ivi*, n. 13.

⁸⁰ *Ivi*, n. 16-17.

⁸¹ *Ivi*, n. 20.

La *Cour de Cassation* non si è pronunciata, invece, sulla regola dell'*imprévision* per diverse ragioni. Secondo un orientamento, precedente all'emergenza sanitaria, infatti, l'esistenza di norme speciali sulle locazioni commerciali, anche relative alla revisione del contratto (*révision triennale, clause d'indexation*), ha escluso la necessità di applicare questo strumento generale di giustizia contrattuale⁸². Il *Tribunal judiciaire de Paris* ha osservato, altresì, che lo scopo dell'art. 1195 *Code civil* è quello di «adeguare il contratto e non di dispensare una parte contrattuale dai suoi obblighi»; non è quello di «ottenere la pura e semplice cancellazione delle rate dei canoni e degli oneri», ma piuttosto di effettuare «un riequilibrio duraturo e per l'avvenire delle reciproche obbligazioni delle parti»⁸³. Secondo la *Cour d'Appel de Paris*, inoltre, l'art. 1195, «se consente a una parte di richiedere una rinegoziazione del contratto alla sua controparte, non la esonera dall'adempimento dei suoi obblighi durante la rinegoziazione»⁸⁴. Di conseguenza, l'istituto dell'*imprévision* è stato ritenuto inadeguato a risolvere le questioni sorte in tempi di pandemia.

Passando alle Corti inglesi e statunitensi chiamate a decidere sulle locazioni commerciali e sul pagamento del canone, queste hanno mostrato un atteggiamento non sempre univoco sui rimedi da impiegare di fronte a sopravvenute circostanze imprevedibili⁸⁵. Anche se nelle esperienze di *common law*, come già anticipato, si può individuare la tendenza, confermata durante l'emergenza sanitaria, per il mantenimento di uno stretto legame con il principio della *sanctity of contract* e, di conseguenza, per un'interpretazione rigorosa della *doctrine of frustration*⁸⁶. Se è vero, infatti, che negli ultimi anni i giudici sono stati sommersi da azioni dirette a contrastare le sopravvenienze imprevedibili che hanno inficiato lo scopo principale di numerosi rapporti contrattuali, è pure vero che la *frustration* di regola compare raramente e marginalmente davanti alle Corti, anche perché le parti, quando l'hanno richiamata, «di solito hanno perso» la causa⁸⁷. Ma il Covid-19, essendo stato generalmente inteso come un «evento straordinario», «eccezionale» e «imprevedibile», ha determinato la necessità di riflettere proprio su questa figura, al punto da affermare che «la giurisprudenza che si svilupperà dalla pandemia definirà la *doctrine of frustration* per i prossimi cinquant'anni»⁸⁸.

Così, partendo dalla *common law* inglese, nel già noto *Cine-UK case*⁸⁹ i contratti di locazione commerciale, secondo Master Dagnall, non sono stati

⁸² *Cour d'Appel de Versailles*, 12 décembre 2019, n. 18/07183.

⁸³ *Tribunal judiciaire de Paris*, 22 juin 2022, cit.

⁸⁴ *Cour d'Appel de Paris*, 2 juin 2022, n. 21/19284.

⁸⁵ Per un confronto fra diversi paesi dell'Europa e delle Americhe, si vedano G. Rojas Elgueta, B. Mauro, *COVID-19 as a supervening event in leases of non-residential property*, in *Roma Tre Law Review*, 2021, p. 69 ss., con riferimenti all'Italia, America Latina (Argentina, Brasile), Inghilterra e Galles, Irlanda, Stati Uniti d'America.

⁸⁶ Si rinvia a G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 4th ed., United Kingdom, Sweet & Maxwell, 2021.

⁸⁷ A. A. Schwartz, *Frustration, the MAC Clause, and COVID-19*, in *UC Davis Law Review*, 2022, p. 1771 ss.

⁸⁸ *Ivi*, p. 1771.

⁸⁹ *Bank of New York Mellon (International) Ltd. & Ors. v. Cine- UK Ltd. & Ors.* (2021) EWHC 1013 (QB) (April 22, 2021).

«frustrated» a causa della pandemia, perché, pur qualificando il Covid-19 come «evento sopravvenuto» idoneo a dare luogo a *frustration*, la situazione non è diventata così «radically different» da rendere «ingiusto» il proseguimento del rapporto. Inoltre, il conduttore ha sostenuto l'esistenza di una «temporary frustration» durante i periodi di chiusura forzata dei locali, con conseguente mancato pagamento del canone. Ma questa pretesa è stata rigettata, perché la *frustration* non ha l'effetto di sospendere, ma di porre fine al contratto. Ancora, per aversi una «temporary frustration» non può sussistere una «full frustration», mentre la *doctrine of frustration* dipende proprio dal verificarsi di una «radical difference».

Come è stato osservato, le misure contro gli effetti della pandemia non hanno sostanzialmente modificato il diritto generale dei contratti in Inghilterra. Questo perché ci sarebbe, tra l'altro, una forte avversione ai cambiamenti da parte degli studi legali, che hanno investito molto in specializzazioni e nella formulazione di clausole tipo, come le clausole di forza maggiore. Ma, soprattutto, una maggiore flessibilità significherebbe accettare un più ampio intervento dei giudici nell'autonomia dei privati e nell'esecuzione dei contratti. Proprio per evitare questa situazione di incertezza, quindi, si è sostenuto che la pandemia non riuscirà a portare cambiamenti significativi nel diritto contrattuale inglese, specialmente nella dottrina della *frustration*, che continuerà a rappresentare l'eccezione rispetto alla *sanctity of contract*⁹⁰.

Una situazione analoga a quella inglese si ritrova nell'esperienza statunitense, perché, rispetto ai numerosi casi finora decisi, le Corti hanno respinto di regola l'applicabilità della *doctrine of frustration*, anche se non è mancata qualche rara eccezione. Così, per esemplificare, alcune importanti imprese di moda hanno sostenuto che le misure di contenimento della pandemia avevano minato le loro capacità di gestione e hanno chiesto di non corrispondere il canone di locazione delle loro eleganti boutique di Manhattan. Ma, secondo la *Supreme Court of the State of New York*, «il contratto di locazione, così come è redatto, è ampio», ricomprendendo anche «una legge statale che ha causato temporaneamente la chiusura dell'attività del conduttore», e «le parti hanno convenuto che ciò non avrebbe esonerato il conduttore dall'obbligo di pagare il canone»⁹¹.

Ancora, quando nel contratto è stata prevista la possibilità di un diverso impiego del locale, i giudici hanno respinto la pretesa di *frustration* del conduttore. Così, sempre la *Supreme Court of the State of New York*, citando anche una giurisprudenza risalente al periodo della Seconda guerra mondiale, ha osservato che la *doctrine of frustration* si applica solo quando c'è stata una «complete destruction» della base del contratto sottostante. Diversamente, non è stata ritenuta sufficiente una «partial frustration» derivante da un provvedimento governativo, come la riduzione degli affari,

⁹⁰ H. Beale, C. Twigg-Flesner, *COVID-19 and English Contract Law*, in E. Hondius, M. S. Silva, A. Nicolussi, P.S. Coderch, C. Wendehorst, F. Zoll (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, cit., p. 461 ss.

⁹¹ Si veda, fra gli altri casi, *Victoria's Secret Stores v. Herald Square Owner LLC*, No. 651833/2020, 2021 WL 69146 (N.Y. Sup. Ct. January 7, 2021). Ulteriori esempi sono *Gap Inc. v. 170 Broadway Retail Owner LLC*, No. 2020-04770, 2021 WL 2653300 (N.Y. App. Div. June 29, 2021); *Gap Inc. v. Ponte Gadea N.Y. LLC*, No. 20-CV-4541, 2021 WL 861121 (S.D.N.Y. Mar. 8, 2021). Per un'analisi dettagliata si rinvia a A.A. Schwartz, *Frustration, the MAC Clause, and COVID-19*, cit.

perché il conduttore ha/avrebbe potuto continuare a utilizzare il locale per uno scopo previsto, anche se in modo limitato⁹².

Può costituire, invece, un'eccezione il caso *UMNV v. Caffè Nero*. La *Commonwealth of Massachusetts Superior Court* ha considerato soddisfatti tutti gli elementi della *doctrine of frustration* e ha esonerato il conduttore di un ristorante dall'obbligo di corrispondere il canone di locazione nel periodo in cui il servizio all'interno del locale era vietato da un provvedimento statale⁹³. Secondo la Corte, infatti, l'intero scopo del contratto di locazione è stato «completely frustrated». Sulla «straordinarietà» dell'evento, in particolare, ha osservato che «non c'è prova che il rischio di una pandemia globale (...) fosse qualcosa che le parti avevano contemplato quando hanno concluso la locazione» e l'assenza di misure governative, che vietano a tutti i ristoranti di servire i clienti all'interno del locale, era «a basic assumption underlying the Lease».

Del resto, sempre in tempi di pandemia, accanto alla *frustration* è stato richiamato anche quel principio di «forza maggiore sociale» (*social force majeure*), sviluppato da Thomas Wilhelmsson⁹⁴ soprattutto sulla base della legislazione dei Paesi nordici, che già a partire dagli anni Ottanta ha stabilito un'attenuazione delle sanzioni nei confronti del consumatore inadempiente, se il ritardo è causato da malattia, disoccupazione o altre circostanze simili. Questo principio consente ai giudici di considerare le variazioni sfavorevoli della situazione sanitaria, lavorativa, abitativa e familiare del consumatore nei casi non disciplinati da una normativa specifica e, di conseguenza, di adeguare il contratto. In questo modo la *social force majeure*, «piuttosto che essere vista come un'eccezione al principio *pacta sunt servanda*», «lega il diritto contrattuale a uno dei pilastri del *Welfare State*»⁹⁵. La figura si ricollega, più in generale, ai discorsi intrapresi sul «diritto contrattuale sociale»⁹⁶, da intendersi quale strumento di critica alle ideologie ancora dominanti e orientato «verso valori sociali diversi da quelli liberali e puramente di mercato». Uno strumento che rimanda a «un incremento delle regole imperative a carattere protettivo», che contrasta con l'autonomia dei privati e riflette «un'intrusione dei valori del *Welfare State* nella logica di mercato del diritto contrattuale tradizionale»⁹⁷.

⁹² *Dr. Smood New York, LLC v. Orchard Houston, LLC*, No. 652812/2020, 2020 WL 6526996 (N.Y. Sup. Ct. Nov. 2, 2020), che cita *Robitzek Inv. Co. v. Colonial Beacon Oil Co.*, 265 AD 749, 753 (1st Sept 1943).

⁹³ *UMNV 205-207 Newbury, LLC v. Caffè Nero Americas Inc.*, No. 2084 CV 01493 – BLS 2, 2021 WL 956069 (Mass. Super. February 8, 2021). Cfr. *NTS W. USA Corp. v. 605 Fifth Property Owner, LLC*, No. 20-CV-6692 (CS), 2021 WL 4120676 (S.D.N.Y. September 9, 2021), che è contraria alla decisione della Corte presa nel caso *Caffè Nero* e osserva come «many New York courts assessing commercial lease disputes amidst the Covid-19 pandemic have held that the temporary and evolving restrictions on a commercial tenant's business do not warrant rescission or other relief based on the frustration-of-purpose doctrine».

⁹⁴ Th. Wilhelmsson, «*Social force majeure*» – *A new concept in Nordic consumer law*, in *Journal of Consumer Policy*, 1990, p. 1 ss.

⁹⁵ I. Ramsay, *Contract Law, social force majeure and adjusting consumer credit contracts*, in *creditdebtandinsolvency.wordpress.com*.

⁹⁶ T. Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot, 1995.

⁹⁷ T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 267 ss.

4. Dentro e fuori dal mercato. Qualche proposta sul contratto del futuro

Mentre tutta l'attenzione era rivolta a salvare i contratti e il mercato, in realtà anche altre vicende, in un certo senso in direzione opposta, hanno caratterizzato i tempi di pandemia. Negli Stati Uniti, infatti, il *lockdown* ha creato, oltre a una catena di scioperi per contestare la grave situazione in cui da anni versano i lavoratori, soprattutto un'ondata di dimissioni senza precedenti. Mi riferisco al ben noto fenomeno della *Great resignation*, uno strumento nato per lottare contro il sistema capitalistico, per ribellarsi allo sfruttamento dei lavoratori e chiedere la sindacalizzazione delle imprese e condizioni lavorative che siano rispettose della dignità umana⁹⁸. L'emergenza sanitaria e la nuova crisi economica, quindi, anziché "sottomettere" la forza lavoro, hanno "risvegliato" la lotta di classe assopita da decenni di teorie economiche neoliberali. Questo perché la subordinazione alle regole del mercato e dei capitali esige «una subordinazione pressoché totale dei lavoratori». La relazione di lavoro «deve assomigliare a una qualunque relazione di mercato», la redistribuzione della ricchezza «viene affidata unicamente al mercato» e «l'inclusione sociale viene fatta coincidere con l'inclusione nel mercato»⁹⁹.

Ma, a questo punto, tornando ai più usuali discorsi relativi ai rapporti contrattuali in tempi di pandemia, incentrati sulle sopravvenienze, sulla rinegoziazione e sull'adeguamento, per salvare il contratto e il mercato, proprio i riferimenti alla "buona fede", alla "solidarietà" e alla "giustizia contrattuale", che li hanno caratterizzati, suggeriscono alcune considerazioni, riflettendo sul significato stesso che a queste espressioni sono state assegnate. Si tratta di principi e clausole generali che da sempre sono stati oggetto di interpretazioni eterogenee, veicolati a seconda della sensibilità dell'interprete e del contesto storico, sociale ed economico di riferimento, così da assumere diverse direzioni.

Innanzitutto, quando si parla di "giustizia contrattuale" solitamente non si fa riferimento alla giustizia "distributiva". Si ritiene, invece, che essa possa essere soltanto "commutativa"¹⁰⁰, nel senso che «parifica un'eguaglianza

Sull'argomento si rinvia più ampiamente anche a R. Brownsword - G. Howells - T. Wilhelmsson, *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, 1994.

⁹⁸ E. Grande, *Great Resignation, labor shortage, strike-tober, ovvero la ribellione dei lavoratori statunitensi*, in *Questione Giustizia*, 14/12/2021, che descrive, in particolare, l'uso di «strumenti giuridici "canaglia"» per costruire «la rassegnazione della forza lavoratrice»: l'arbitrato obbligatorio, supportato da una «Corte Suprema conservatrice e al servizio dei potenti»; l'uso di clausole *non-compete* e *no-poaching* da parte di quelle compagnie che monopolizzano il mercato e mettono in atto «pratiche anticoncorrenziali volte a frustrare le aspirazioni dei lavoratori al miglioramento della propria retribuzione mediante la mobilità»; e la sindacalizzazione «ostacolata da parte del sistema giuridico statunitense, che nuovamente si è posto al servizio del più forte, ossia il datore di lavoro».

⁹⁹ Sul modo neoliberale di intendere il lavoro, che si è imposto come reazione al compromesso keynesiano, si veda A. Somma, *La parabola del lavoro*, in *la fionda*, n. 2/2021, *La grande trasformazione. Attacco al lavoro*, cit., p. 9 ss.; Id., *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lavoro e diritto*, 2018, p. 307 ss.

¹⁰⁰ La distinzione fra giustizia "commutativa" o "regolatrice" e giustizia "distributiva", fondate rispettivamente sull'uguaglianza e sulla proporzione, risale, come è noto, al

violata a causa di un guadagno o di una perdita ingiusti» ed è diretta a «compensare, restituire, ripristinare» conseguendo il principio del rendere a ciascuno ciò che gli appartiene¹⁰¹. Questo perché «il contratto rinnega sé stesso se è orientato verso la logica distributiva, mentre è quest'ultima che deve accompagnare i più deboli –ovviamente per il tramite di interventi legislativi – verso le esigenze del contratto e del mercato»¹⁰². Sono più rare le voci che diversamente sostengono la possibilità di una giustizia “distributiva” in materia contrattuale, che considera le persone come appartenenti a un «insieme sociale» e affronta «problemi di ripartizione, attribuzione o assegnazione», facendo «le parti di qualcosa di comune: beni, incombenze, risorse naturali, opportunità, ruoli e cariche, profitti e vantaggi, oneri, responsabilità»¹⁰³. Seguendo questa prospettiva, il giudice deve essere chiamato a giudicare se l'affare privato è «giusto» e il contratto diventa in questo modo uno «strumento di redistribuzione». Le regole che governano i rapporti privati assumono rilevanza per la distribuzione della ricchezza nella società¹⁰⁴, consentono di alterare la distribuzione delle risorse «non solo rispetto alle parti di un singolo contratto, ma anche fra le categorie a cui le parti appartengono e persino all'interno di una stessa categoria fra diverse tipologie di soggetti»¹⁰⁵. Si evidenzia, quindi, l'ampiezza della dimensione distributiva nel diritto contrattuale sociale, che produce esternalità, vale a dire interessa ugualmente persone, categorie di persone,

discorso di Aristotele sulla giustizia, considerata la più importante fra le virtù etiche (*Etica Nicomachea* (V, 3, 1131 a 10 – 1132 b 9).

¹⁰¹ B. Pastore, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 187 ss.

¹⁰² Così E. Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in S. Mazzamuto - L. Nivarra, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 51 ss., 73 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss., 1286 s., la quale spiega che «il principale problema della giustizia sociale è l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti che versano in condizioni socialmente ed economicamente fragili e che, dunque, rivendicano non tanto condizioni economiche eque rispetto al mercato, quanto condizioni adeguate alla loro situazione di debolezza». Pertanto «il giusto in senso commutativo non coincide con il giusto per chi è in condizioni di debolezza sociale». Si veda anche G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur.dir. priv.*, 2019, p. 1 ss. Cfr. A.T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, in *Yale Law Journal*, 1979-1980, p. 472 ss.

¹⁰³ B. Pastore, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 188 s., secondo il quale il diritto privato «non è in grado di farsi carico delle finalità redistributive collegate alla realizzazione di assetti sociali giusti. Non può, però, occultarle, chiudendosi in una logica autoreferenziale. Esso, pur nella sua tecnicità, deve restare aperto alle esigenze equitative e solidaristiche».

¹⁰⁴ Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, 1982, p. 563 ss., secondo il quale «distributive and paternalist motives play a central role in explaining the rules of the contract and tort systems with respect to agreements».

¹⁰⁵ G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss., 70 ss., 90, il quale, indagando sui difficili rapporti fra giustizia contrattuale e giustizia sociale, con specifico riferimento ai *market failures* e agli effetti distributivi nel diritto dei contratti, osserva anche che «ogni cambiamento, anche di scala ridotta, nella struttura istituzionale che regola le transazioni è in grado di produrre effetti redistributivi potenzialmente rilevanti sul potere contrattuale delle parti».

comunità esterne allo specifico contratto¹⁰⁶. Se così inteso, si può assegnare allora anche «al contratto, e dunque al mercato, il compito di realizzare la giustizia distributiva, oltre che quella commutativa»¹⁰⁷.

Ancora, se¹⁰⁸ e quando si parla di “buona fede contrattuale”, si dovrebbe verificare se essa abbia mantenuto la sua funzione originaria di veicolo dei valori dell’ordinamento sovrainposti autoritariamente al regolamento divisato dalle parti o se, invece, sia intesa come amplificatrice della logica impressa dalle parti al loro atto di autonomia e, quindi, deferente nei confronti della libertà contrattuale¹⁰⁹. Ebbene, la buona fede, senza guardare alle necessità, non può avere una vocazione “sociale” e non può costituire allora uno strumento di giustizia redistributiva¹¹⁰.

Ma la “solidarietà” è stata la vera protagonista nelle discussioni che hanno accompagnato questi tempi di pandemia. Al riguardo sono fondamentali e sempre attuali le riflessioni di Stefano Rodotà, a partire dalla domanda se l’«attuale riemergere» della solidarietà sia «solo l’effetto delle difficoltà che stiamo vivendo»: «dobbiamo concludere che essa è virtù dei tempi difficili, e non un “sentimento repubblicano” che deve accompagnarci in ogni momento?»¹¹¹. E descrive la solidarietà come un principio che «scardina barriere», «congiunge», «permette la costruzione di legami sociali» e «fraterni», consente di «sottrarsi alla contingenza e alla nuda logica del potere»¹¹².

Ora, aldilà delle numerose declamazioni che hanno affollato i recenti contributi sul diritto contrattuale in tempi di pandemia al fine di promuovere la funzione solidaristica del contratto, Ugo Mattei e Alessandra Quarta hanno individuato «tre tipi di solidarietà»¹¹³. Una solidarietà «difensiva», che interviene ad opera del giudice, «a posteriori», e con finalità «correttiva», e una solidarietà «sociale», che collega i rapporti privati «con ciò che succede nel contesto in cui essi hanno luogo» e che «coincide con la comunità». Ma la situazione di crisi avrebbe evidenziato «l’insufficienza» della solidarietà difensiva. Al fine di recuperare la sua «funzione preventiva» e l’idea di comunità, si è proposto allora di riflettere su una solidarietà «proattiva» che, «in nome di una sua connessione con la comunità, intervenga anche a priori», come «strumento di conformazione del contratto, iscritto nella sua stessa causa». Una solidarietà che sia «capace di declinare *ex ante* in modo

¹⁰⁶ In questo senso anche T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di Welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 267 ss., 277, il quale sottolinea, accanto a una «prospettiva interna» relativa al rapporto contrattuale specifico, anche una «prospettiva esterna» riguardante i rapporti esterni con i terzi.

¹⁰⁷ Cfr., invece, E. Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1286.

¹⁰⁸ Cfr. H. Beale, C. Twigg-Flesner, *COVID-19 and English Contract Law*, cit., che scoraggiano l’impiego della *good faith* per risolvere le questioni sorte con la pandemia.

¹⁰⁹ A. Somma, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 501 ss.

¹¹⁰ Si vedano, fra i diversi contributi sul tema, L. Grynbaum - M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004; A. Somma (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, cit.

¹¹¹ S. Rodotà, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, cit., p. 10.

¹¹² *Ivi*, p. 4.

¹¹³ U. Mattei, A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà*, cit., p. 4 ss.

strutturale, tutto fuorché rugiadoso, un progressivo passaggio da una società estrattiva ad una generativa ed ecologica».

Come ampiamente descritto e discusso sempre da Mattei con Fritjof Capra in «Ecologia del diritto»¹¹⁴, si tratta di una denuncia del sistema economico e politico «incapace di una visione del futuro», perché fondato su una visione meccanicistica del mondo. Mentre nella scienza si è recentemente passati a un'interpretazione del mondo olistica ed ecologica, nella teoria del diritto e nella concezione che le persone hanno del diritto non si sarebbe ancora riscontrato un analogo mutamento di prospettiva. Si vuole ricercare, allora, un diverso paradigma giuridico, caratterizzato da una realtà sociale vista come «insieme di reti sociali e comunità» e dal diritto inteso non più come struttura oggettiva, ma come «il frutto dell'impegno dei cittadini attivi e delle comunità giuridiche»¹¹⁵.

Occorre «costruire un contesto» per la solidarietà proattiva, «una società in cui i rapporti privatistici sono ispirati anche da nuovi valori», dalla tutela dell'ambiente al consumo critico e alla produzione sostenibile, dalla lotta contro le disuguaglianze agli interessi collettivi, e descrivono «soluzioni giuridiche fuori dal mercato» o «di un *altro modo* di intendere il mercato». Questo perché non si può «ridurre il diritto a mera copertura formale di imperativi di riproduzione del capitale». Si auspica, quindi, che il dibattito conduca a una riforma che vada ben oltre la semplice introduzione di una disciplina sulle sopravvenienze fondata sulla solidarietà difensiva, portando piuttosto «gli interessi dei più deboli, dell'ambiente e delle generazioni future al cuore del codice civile»¹¹⁶.

In diverse occasioni, infatti, le più recenti discussioni si sono incentrate su una nuova o persistente “crisi del contratto”¹¹⁷ e sulla necessità di ricercare un “new private law”¹¹⁸. In questo contesto si inserisce altresì l'esigenza, avvertita ormai da qualche tempo in Italia, di riformare il codice civile, con spinte, anche se non unidirezionali, rivolte a una maggiore giustizia e solidarietà. Ma, in effetti, sono poche le voci che in realtà auspicano un radicale cambiamento del sistema improntato alla giustizia sociale ed ecologica.

A questo punto, volendo tentare di ripensare il contratto, si può proporre di riflettere anche se esso possa considerarsi uno strumento capace di essere «sostenibile»¹¹⁹ e idoneo a limitare la libertà dei privati. Certamente quella

¹¹⁴ F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, 2017, p. 27 ss.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 29, 35 ss., secondo i quali «gli elementi costitutivi dell'ordine giuridico non sono gli atomi individuali, bensì la comunità e la relazione».

¹¹⁶ U. Mattei, A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà*, cit., p. 8 ss. Cfr., per l'esperienza francese, M. Hautereau-Boutonnet, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, Paris, Dalloz, 2021.

¹¹⁷ Si veda, in tempi di pandemia, R. Natoli, *Covid-19 e crisi dei contratti. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza giuridica*, in *Scienza & Pace Magazine*, 29 aprile 2020. Sull'evoluzione della figura del contratto e sulle sue “crisi” si rinvia a G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

¹¹⁸ Cfr. le novità in S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner, *New Private Law Theory*, Cambridge University Press, 2021.

¹¹⁹ Per alcuni primi riferimenti sul contratto “sostenibile” si vedano soprattutto Y. Queinnec, *Le contrat durable. Contours du concept et pistes d'exploration*, Sherpa, gennaio 2010, p. 2 (testo poi pubblicato in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, 2010); K.P. Mitkidis, *Sustainability*

della sostenibilità¹²⁰, non diversamente dalla solidarietà, è un'espressione complessa nei contenuti e nei valori che rappresenta. Più in particolare, essa, come già descritta nel *Rapporto sui limiti dello sviluppo* e poi nel *Rapporto Brundtland*, «non è uno stato d'equilibrio, ma piuttosto un processo di continuo cambiamento», che trascende l'ambito dell'ecologia e della tutela ambientale per comprendere anche le questioni sociali, politiche, culturali ed economiche. Si può muovere così dalla natura “complessa” della sostenibilità, da riferirsi all'ecosistema e alla sua interconnessione con altri sottosistemi, per ritenere che essa richieda un coinvolgimento e una partecipazione diffusa per essere praticata¹²¹. Il contratto “sostenibile” riflette allora la natura complessa della sostenibilità che lo qualifica, evidenziando l'interconnessione esistente tra sfere valoriali e riconoscendo le diversità, senza ragionare in termini di prevalenza o superiorità. Comprende gli aspetti “ambientali”, “sociali” e “solidali”, oltre a necessitare di una “efficace partecipazione democratica”, quindi un maggior coinvolgimento e una maggiore partecipazione popolare nelle decisioni. Presenta, inoltre, una “dimensione spazio-temporale dai confini indeterminati”: rivolgendosi alle generazioni presenti e future, supera la separazione fra il pubblico e il privato e si colloca in una dimensione temporale a lungo termine, assimilabile per

clauses in international business contracts, Utrecht, 2015; Id., *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2014, p. 1 ss.; R. Ravalli, *External Effects of Contracts: From Fair to Sustainable Contract Law?*, 22th Ius Commune Conference – Conference Paper, 2017, p. 1 ss.; con più specifico riferimento al rapporto fra ambiente e contratto, M. Hautereau-Boutonnet (dir.), *Le contrat et l'environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014; M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, cit.; C. Poncibò, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, in *ERCL*, 2016, p. 335 ss.; inoltre, U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, 2018; G. Vettori, *Verso una società sostenibile*, in *Persona e Mercato*, 2021, n. 3, p. 463 ss.; J.-E. Schirmer, *Nachhaltiges Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023. Mi permetto di rinviare anche a M. Giorgianni, *Il contratto “sostenibile”. Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comparazione e diritto civile*, 2021, p. 755 ss.

¹²⁰ La concezione attuale e complessa che si è venuta costruendo della sostenibilità si fa risalire comunemente al noto Rapporto *Brundtland* «Our Common Future» (*Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 20 March 1987), che può considerarsi il punto di arrivo di un percorso cominciato a delinearsi in termini più chiari già a partire dal 1972, quando è stato pubblicato l'altrettanto noto «Rapporto sui limiti dello sviluppo» (D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, W. W. Behrens III, *The Limits to Growth. A Report for THE CLUB OF ROME'S Project on the Predicament of Mankind*, New York, 1972). Nel Rapporto *Brundtland* lo «sviluppo sostenibile» è definito come uno sviluppo che «risponde ai bisogni del presente senza compromettere la possibilità, per le generazioni future, di poter rispondere ai loro propri bisogni» (p. 16 s.).

¹²¹ S. Viederman, *The Economics of Sustainability: Challenges*, 1995, che si chiede «can there be ecological sustainability in the absence of economic security, sustainable livelihoods, and popular participation in the conduct of their affairs?». Cfr. W.M. Lafferty, O. Langhelle, *Sustainable Development as Concept and Norm*, in W.M. Lafferty, O. Langhelle (ed.), *Towards Sustainable Development. On the Goals of Development – and the Conditions of Sustainability*, London, Macmillan, 1999, p. 1 ss., 15, i quali si interrogano se la democrazia debba considerarsi un valore così fondamentale da essere incorporata nella definizione di sostenibilità.

alcuni aspetti ai contratti di durata; può oltrepassare i confini locali per assumere una dimensione globale, ma resta caratterizzato dal contesto e dalle sue specificità locali. A differenza del contratto “liberale”, fugge dall’astrattezza per guardare alle esigenze concrete e alle identità; non è statico, ma si muove continuamente per adeguarsi ai mutevoli bisogni della società e si arricchisce della dinamicità dei diversi contesti in cui opera; poggia sui “doveri sociali” fra le parti e verso la comunità, consentendo di combattere le disuguaglianze attraverso un’equa distribuzione delle risorse anche nel mercato, ma “altro” rispetto a quello di impronta neoliberale¹²².

D’altra parte, quella della «sostenibilità» è anche una moda, che troppo spesso ha creato un semplice *greenwashing*¹²³ e *socialwashing*, e può rappresentare un pericoloso strumento politico e di *marketing* nel mercato concorrenziale¹²⁴. È pericolosa, se si abusa della sostenibilità per conseguire scopi altri rispetto alla tutela dell’ambiente e della società. Se si impiega come un amplificatore delle disuguaglianze, uno strumento nelle mani dei pochi ricchi per raggiungere fini meramente individualistici e competitivi a danno dei tanti poveri. Se, per sopravvivere sul mercato globale, si peggiorano incessantemente le condizioni di lavoro¹²⁵. Se le imprese “sociali”, dietro la pubblicità di prodotti “green” ed “etici”, nascondono soltanto l’obiettivo di accrescere i loro profitti. Se si continua a vivere nella “società dei consumi”¹²⁶, dove si vive per consumare e si trasforma tutto in merce¹²⁷, in contrasto con il consumo “critico” e “responsabile”¹²⁸, mantenendo quindi l’attuale modello di organizzazione dell’economia.

In tutto questo, l’Europa ha dichiarato la volontà di sostenere il *Green Deal* anche in tempi di pandemia, nonostante sia stato messo in dubbio dagli ambienti economici. Questo programma per rendere “sostenibile” l’economia dell’UE, presentato nel dicembre 2019¹²⁹, prevede, come a tutti noto, «una

¹²² Cfr. S. Latouche, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2008.

¹²³ R. Engelman, *Beyond Sustainability*, in Worldwatch Institute, *State of the World 2013: Is Sustainability Still Possible*, Washington, Island Press, 2013, p. 3, che ha osservato efficacemente che «quella in cui viviamo è l’epoca della *sostenibilità*».

¹²⁴ Cfr. G. Alpa, *Solidarietà*, cit., p. 275 ss., il quale indica la sostenibilità come un termine politico ed economico e un concetto normativo, e tratta, in particolare, della «amministrazione delle società, in cui il principio di solidarietà si esprime in termini di sostenibilità».

¹²⁵ *Intervista a Luciano Gallino*, a cura di Luciano Pregolato, Fondazione Claudio Sabattini, Seminario Torino, 13 luglio 2013, p. 31 ss.

¹²⁶ Per un’ampia analisi del fenomeno cfr. F. Trentmann, *L’impero delle cose. Come siamo diventati consumatori. Dal XV al XXI secolo*, Torino, Einaudi, 2017, p. 187 ss. Interessante anche la descrizione di V. Lebow, *Price Competition in 1955*, in *Journal of Retailing*, Spring 1955, pp. 1 ss., spec. p. 3.

¹²⁷ Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, Laterza, 2010, ha descritto la «sindrome consumista» che si fonda «sulla velocità, sull’eccesso e sullo scarto» a causa di «un’economia basata sull’inganno, sull’esagerazione e sullo spreco».

¹²⁸ Sul consumo critico mi permetto di rinviare a M. Giorgianni, *Un viaggio nella storia delle guide al consumo in cerca della nuova veste «responsabile» dei consumatori*, in *Politica del diritto*, 2021, p. 359 ss.

¹²⁹ Il *Green Deal* europeo è un progetto certamente ambizioso e il Presidente della Commissione Ursula von der Leyen l’ha definito «*Europe’s man on the moon moment*». Esso prevede azioni volte a promuovere l’uso efficiente delle risorse passando a un’economia pulita e circolare, ad arrestare i cambiamenti climatici, a ripristinare la biodiversità e a ridurre l’inquinamento, illustrando gli investimenti necessari e gli

nuova strategia di crescita» diretta a supportare un'economia climaticamente neutra, «moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva»¹³⁰. Da questo e altri progetti europei¹³¹, non è ben chiaro, però, se la finalità perseguita sia quella di tutelare la sostenibilità oppure se sia soltanto quella di ricercare nuove opportunità economiche per «guadagnare tempo»¹³² e sopravvivere ai cambiamenti senza imprimere svolte al tradizionale modo di produrre e consumare.

Si può riflettere, del resto, anche sul «nuovo contratto sociale» proposto da Minouche Shafik, direttore della *London School of Economics*, già vicepresidente della Banca Mondiale, segretario permanente del dipartimento per lo Sviluppo internazionale, vicedirettore generale del Fondo Monetario Internazionale e vicegovernatore della Banca d'Inghilterra, che ha individuato alcuni principi generali: *Sicurezza per tutti*, «la garanzia di disporre del minimo indispensabile per vivere una vita dignitosa», che «dipenderà da ciò che un paese può permettersi»; *Massimo investimento nelle capacità*, «creazione di opportunità che consentano ai cittadini di essere produttivi e di contribuire il più a lungo possibile al bene comune», ma anche «incentivi per ridurre tutte le cose che vorremmo diminuissero, come l'emissione di anidride carbonica e l'obesità»; *Condivisione equa ed efficiente dei rischi*, «tra gli individui, le famiglie, i datori di lavoro e lo Stato»¹³³. Un progetto pienamente appoggiato da Ursula von der Leyen e Christine Lagarde per «migliorare il mondo» e «la nostra vita sociale». *Much ado about nothing?*

Michaela Giorgianni
Dipartimento di Scienze giuridiche
Università degli Studi "La Sapienza" di Roma
michaela.giorgianni@uniroma1.it

strumenti di finanziamento disponibili (v. *The European Green Deal*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2019) 640 final del 11.12.2019). Si ricorda soltanto che il Trattato sull'UE menziona lo sviluppo sostenibile come uno degli obiettivi dell'UE: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente [...]» (Art. 3(3)). Nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE si legge anche che l'Unione «cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile» e nella parte relativa alla solidarietà, accanto alla tutela dei lavoratori, dei consumatori e alla protezione della salute, l'Art. 37 sulla «Tutela dell'ambiente» prevede che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

¹³⁰ COM (2019) 640 final, cit., p. 2 ss.

¹³¹ Si veda anche la *Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 13 novembre 2020, COM (2020) 696 final.

¹³² W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013.

¹³³ M. Shafik, *Quello che ci unisce. Un nuovo contratto sociale per il XXI secolo*, Milano, 2021, in part. p. 196.