

PACTA SUNT SERVANDA. IL DIBATTITO EUROPEO DOPO LA PANDEMIA

Carlo Masieri

SOMMARIO: 1. Il giurista europeo contemporaneo di fronte al principio *pacta sunt servanda*. – 2. Le conseguenze della pandemia sui contratti. – 3. Diritto dell'Unione europea e rimedi per le sopravvenienze. – 4. Gli altri modelli offerti dal diritto privato europeo. – 5. Il diritto degli Stati membri: codificazione riformata e legislazione emergenziale in Germania e Francia. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il giurista europeo contemporaneo di fronte al principio *pacta sunt servanda*

Autorevoli studiosi italiani e stranieri hanno fatto riferimento al principio *pacta sunt servanda* nel dibattito relativo alle sorti dei contratti al tempo della pandemia: ad esempio, alcuni autori tedeschi, in uno dei primi contributi sul tema, hanno sostenuto che dopo il Covid-19 tale principio è destinato a diventare l'eccezione e non più la regola¹; altrettanto autorevolmente, sono stati però evidenziati i profili problematici dell'approccio solidaristico sotteso a tale impostazione².

Il presente contributo non si addentererà nella ricostruzione storica del principio *pacta sunt servanda*, ma limitandosi a considerazioni relative alla contemporaneità focalizzerà l'attenzione sul vecchio continente, a partire dal c.d. diritto privato europeo.

Il giurista europeo contemporaneo associa usualmente la locuzione *pacta sunt servanda* ad una norma consuetudinaria formatasi nel diritto internazionale³. La stessa locuzione viene però talvolta utilizzata per indicare un principio del diritto interno, il quale in realtà non è altro che un sintetico richiamo alle «regole poste in ordine alla certezza ed alla vincolatività degli accordi contrattuali»⁴ presenti in un determinato sistema giuridico. Nel nostro Paese, ad esempio, si può ricordare l'art. 1372 c.c., letto assieme agli artt. 1321 e 1322 c.c.⁵. In particolare, l'art. 1372, co. 1 c.c. prevede che «Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge». Senza effettuare un'analisi delle norme da ultimo richiamate, ci si limita qui a ricordare che esse compongono il nucleo concettuale essenziale dell'istituto contrattuale, giacché «il diritto dei contratti ha senso solo partendo dall'assunto che esso non è altro all'infuori della garanzia ordinamentale che gli accordi tra le parti sono vincolanti»⁶.

Al contempo, *pacta sunt servanda* non è un principio assoluto, nel senso che ovviamente esistono anche norme a tutti note che permettono lo scioglimento o la modificazione del vincolo contrattuale in determinate ipotesi. Alcune di esse sono racchiuse nel formante legale dei codici contemporanei. Non va dimenticato però che anche dopo l'adozione dei codici la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato regole riconducibili alla buona fede e alla clausola *Rebus sic stantibus*⁷, che in Germania e poi recentemente in Francia sono state ricollocate appieno nell'alveo del formante legislativo, mentre in Italia oggi ancora restano ancora ampiamente nelle mani di quello giurisprudenziale e dottrinale⁸.

È dunque a questi due insiemi di norme – rispettivamente identificati dalla locuzione *pacta sunt servanda* e da quella *rebus sic stantibus* – che mi riferisco, con lo scopo di indagare se la pandemia

¹ M.-PH. WELLER, M. LIEBERKNECHT, V. HABRICH, *Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, in *NJW*, 2020, 15, p. 1017.

² Cfr. C. MARCHETTI, *Pacta sunt servanda ai tempi del Covid-19*, in *Percorsi di diritto comparato*, a cura di R. Cerchia, Milano, Milano University Press, 2021, pp. 57 ss.

³ Cfr. ad es. F. DURANTE, voce *Trattato (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992, p. 1370, che richiama «la regola *pacta sunt servanda*, con la quale è stato attribuito all'accordo tra soggetti internazionali la qualità di fonte di norme giuridiche internazionali».

⁴ Cfr. T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, Utet, 1998, § 4.

⁵ Cfr. V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, Utet, 1989, § 61.

⁶ A. GAMBARO, *Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno*, in *Percorsi di diritto comparato*, cit., p. 18

⁷ Su cui cfr. ancora C. MARCHETTI, *Pacta sunt servanda ai tempi del Covid-19*, cit., p. 57 ss.

⁸ Cfr. A. GAMBARO, *Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti...*, cit., pp. 16-17.

abbia spostato il punto di equilibrio tra di essi verso una maggiore possibilità di sciogliere o modificare i rapporti contrattuali rispetto al passato.

2. Le conseguenze della pandemia sui contratti

Il primo passo della presente analisi consiste nell'individuare brevemente le principali conseguenze della pandemia sull'esecuzione dei contratti, che possono essere così brevemente elencate:

a) impossibilità di adempiere definitiva (si pensi ai viaggi programmati che sono stati impediti per ordine della pubblica autorità nazionale o straniera);

b) impossibilità di adempiere temporanea nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (è il caso di appalti di servizi continuativi o di contratti di somministrazione o di distribuzione la cui esecuzione si ferma a motivo delle restrizioni allo svolgimento delle attività da parte delle pubbliche autorità o per mancanza del personale o a causa del ritardo di altri anelli della catena produttiva nel fornire i materiali o i servizi intermedi necessari a realizzare il servizio finale o il bene finale);

c) ritardo nell'adempimento nei contratti a esecuzione prolungata⁹ o differita (si pensi ad un appalto d'opera la cui consegna avviene in ritardo per mancanza del personale o per ritardo di altri anelli della catena produttiva nel fornire i materiali o i servizi intermedi necessari a realizzare l'opera, o ad un preliminare di compravendita immobiliare in seguito al quale la stipula del contratto definitivo sia ritardata perché una delle parti viene improvvisamente posta in quarantena);

d) impossibilità di godere del bene oggetto del contratto (ci si riferisce ai casi delle locazioni ad uso commerciale o di affitto d'azienda su cui incidono le restrizioni allo svolgimento delle attività da parte della pubblica autorità, e alle locazioni delle c.d. seconde case inutilizzate a causa delle restrizioni agli spostamenti da parte della pubblica autorità);

e) in generale, impossibilità di far fronte alle obbligazioni pecuniarie (per via della riduzione dei flussi di cassa derivante a sua volta dalle restrizioni allo svolgimento delle attività e agli spostamenti imposte per ordine della pubblica autorità).

A fronte di queste circostanze, gli interpreti degli Stati membri chiamati a fornire le risposte operative hanno a loro disposizione non solo le regole fornite dal diritto interno, ma anche altri modelli provenienti dal diritto privato dell'Unione europea e dalle altre elaborazioni di principi e codici riconducibili al c.d. diritto privato europeo, che di seguito si esamineranno brevemente.

3. Diritto dell'Unione europea e rimedi per le sopravvenienze

Come a tutti noto, non esiste una normativa europea relativa alla parte generale del diritto dei contratti, e gli sforzi volti a consolidare l'*acquis communautaire* in campo contrattuale hanno portato a risultati deludenti – come recentemente ricordato all'interno della scuola comparatistica milanese¹⁰ – e quindi non si può dire che negli Stati membri dell'Unione vi sia o vi debba essere un approccio uniforme o armonizzato alla problematica delle sopravvenienze.

Pare però interessante in questa sede almeno accennare ad alcune disposizioni del diritto privato dell'Unione europea, che affrontano il tema delle sopravvenienze nell'ambito di alcune tipologie contrattuali, per verificare cosa esse suggeriscono ai giuristi degli Stati membri.

Va ricordato in primo luogo che in caso di pandemia (la quale comporta – come ha comportato – il divieto di partenza, il divieto di sbarco, o un pericolo per la salute del viaggiatore nel luogo di destinazione), il diritto dell'Unione in materia di pacchetti turistici sembra proporre uno e un solo rimedio: la risoluzione dei contratti accompagnata da mere restituzioni¹¹.

Nelle altre ipotesi di impossibilità di eseguire il pacchetto turistico promesso, è prevista una procedura di rinegoziazione in cui l'intervento del giudice sembra possibile (nella migliore delle

⁹ Ad es. l'appalto, cfr. L. MARCELLO, Sub art. 1655 c.c., in *Codice Civile Ipertestuale* a cura di G. Bonilini, M. Confortini, C. Granelli, nella banca dati *Pluris*, § 4.

¹⁰ Cfr. ancora A. GAMBARO, *Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti...*, cit., p. 15.

¹¹ Cfr. consid. 31 e artt. 3 e 12, par. 2 e 3 Direttiva (UE) 2015/2302.

ipotesi) solo se la rinegoziazione ha avuto esito quasi positivo, nel senso che le parti si sono accordate sulla modifica del viaggio precedentemente organizzato o sul contenuto del viaggio sostitutivo ma non sul prezzo¹²: quindi il giudice può al massimo fissare un nuovo prezzo per la nuova “minorata” o “sostitutiva” esperienza di viaggio. In caso di esito negativo della rinegoziazione invece (ossia se la prestazione modificata o quella sostitutiva non viene accettata dal viaggiatore, al di là della possibile *querelle* sul suo prezzo), l’unico rimedio è la risoluzione del contratto, con o senza risarcimento del danno a seconda dei casi¹³.

In alcuni sottotipi di trasporto – che peraltro presentano notevoli punti di contatto con i pacchetti turistici – nel caso in cui la prestazione tipica non venga resa o venga resa in ritardo, è il legislatore europeo che obbliga espressamente le parti a rinegoziare, predisponendo però il contenuto delle offerte della parte che non ha potuto eseguire la prestazione tipica: si pensi *in primis* ai voli aerei cancellati o in ritardo¹⁴. Le circostanze eccezionali qui evitano solo le forme di indennizzo legale, che sono state parimenti predeterminate dal legislatore europeo lasciando però la possibilità al diritto nazionale di risarcire il danno ulteriore¹⁵. Norme simili si rinvengono in materia di trasporto ferroviario¹⁶, marittimo¹⁷ e su autobus¹⁸. Queste scelte di *policy* rispondono all’idea – del tutto condivisibile – che nessun viaggiatore nell’Unione possa essere semplicemente abbandonato lungo il tragitto dal vettore, anche quando quest’ultimo non può essere ritenuto colpevole dell’impossibilità della prestazione, tranne il caso degli autobus, in cui questa ipotesi è di fatto ammessa.

La disciplina europea degli appalti pubblici prevede una serie di ipotesi in cui nel caso di sopravvenienze è concessa alle amministrazioni la facoltà di rinegoziazione con l’aggiudicatario, ma ciò al fine di evitare di risolvere il contratto e di dover dar luogo ad una nuova gara. Il legislatore ha però delimitato il campo della rinegoziazione, che – per esempio – non può portare a variazioni maggiori del 50% del corrispettivo inizialmente riconosciuto all’appaltatore¹⁹. Del resto, anche le norme del diritto privato nazionale – con lo scopo di conservare il rapporto e non quello di evitare un nuovo procedimento amministrativo – impongono alle parti di tollerare in una certa misura delle variazioni al progetto originale²⁰ o di adeguare il corrispettivo in caso di incremento oltre una misura determinata dei costi per l’appaltatore²¹.

Da ultimo, pare utile richiamare la disciplina consumeristica, la quale seppur tecnicamente non riguarda il problema delle sopravvenienze ma quello dei difetti di conformità dei beni venduti, potrebbe fornire all’interprete l’avvertimento di carattere generale che il costo del rimedio non può mai superare quello della prestazione originale – un limite da considerarsi invalicabile – e forse che non può neppure superare la misura del danno in cui incorrerebbe controparte se il rimedio non fosse adottato²².

In conclusione, il diritto privato dell’Unione mantiene i rimedi conservativi del contratto entro precisi limiti legali, indicando peraltro all’interprete che prestazioni, rimedi e danni debbono essere considerati fattori della medesima transazione economica.

¹² Cfr. art. 11 Direttiva (UE) 2015/2302.

¹³ Cfr. art. 14 Direttiva (UE) 2015/2302, il cui rapporto con gli artt. 11 e 12 della medesima Direttiva appare peraltro piuttosto problematico.

¹⁴ Cfr. art. 8 Regolamento (CE) n. 261/2004.

¹⁵ Cfr. art. 5 parr. 3-4, e art. 12 Regolamento (CE) N. 261/2004.

¹⁶ Cfr. artt. 15-18 Regolamento (CE) n. 1371/2007.

¹⁷ Cfr. artt. 17-21 Regolamento (UE) n. 1177/2010.

¹⁸ Cfr. artt. 19-23 Regolamento (UE) n. 181/2011.

¹⁹ Cfr. consid. 109 e artt. 72-73 Direttiva 2014/24/UE.

²⁰ Cfr. artt. 1660-1661 c.c.

²¹ Cfr. art. 1664 c.c.

²² Cfr. cons. 11 e art. 3 Direttiva 1999/44/CE.

4. *Gli altri modelli offerti dal diritto privato europeo non legislativo*

Quanto alle raccolte di principi ed ai progetti di codificazione elaborati dai giuristi europei, anche sotto l'auspicio delle istituzioni comunitarie²³, ne menzionerò qui solo alcuni, indicativi di una tendenza generale.

Va ricordato in primo luogo che i *Principles of European Contract Law* (PECL) elaborati dalla *Commission on European Contract Law* diretta dal Prof. Ole Lando²⁴ prevedono all'art. 6:111 che in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta le parti sono obbligate a rinegoziare per risolvere consensualmente il contratto o per adeguarlo alle mutate circostanze, e se non raggiungono un accordo entro un termine ragionevole può provvedervi il giudice, il quale può anche riconoscere il risarcimento del danno cagionato dalla parte che non ha voluto rinegoziare o ha interrotto le trattative volte alla rinegoziazione²⁵.

Il Draft Common Frame of Reference (DCFR)²⁶ adotta una soluzione simile nella sua Model Rule III. – 1:110²⁷, ma richiede espressamente che il debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa promuova la trattativa.

²³ Su cui si v. A. GAMBARO, *Il rinnovo dello jus commune europeum*, in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, Milano, Utet, 2018, pp. 288 ss.; M. BUSSANI, voce *Diritto privato europeo*, in *Enc. dir. Annali*, II-2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 418 ss.; L. VELLISCIG, *Il diritto privato europeo*, in *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato*, a cura di A. Candian e A. Gambaro, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 259 ss.

²⁴ Il testo dei soli principi fondamentali e delle *Model Rules* senza commenti e note è disponibile online su <https://www.trans-lex.org/400200>, data ultima consultazione 4 giugno 2021.

²⁵ Cfr. PECL Article 6:111: Change of Circumstances: «(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

(a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing».

²⁶ Cfr. la versione senza commenti e note delle *Model Rules*, preceduta però dalla spiegazione dei principi fondamentali ad esse sottesi in C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (eds), *Principles, definitions and model rules of European private law : Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009, disponibile online su <https://www.dsg.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid197976.pdf>, data ultima consultazione 4 giugno 2021.

²⁷ Cfr. DCFR Model Rule III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances: «(1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may:

(a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and

(d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation».

I PECL e il DCFR disciplinano poi con disposizioni quasi identiche tra loro l'impossibilità sopravvenuta derivante da impedimenti al di là della sfera di controllo del debitore e non ragionevolmente da costui prevedibili ed evitabili: egli è tenuto a comunicare all'altra parte l'esistenza dell'impedimento, è semplicemente scusato se l'impossibilità è temporanea, ma se il ritardo scusabile determina una significativa lesione dell'interesse del creditore, quest'ultimo potrà risolvere il contratto²⁸.

Il Codice europeo dei contratti, elaborato dall'Accademia dei Giusprivatisti europei, prevede in caso di «avvenimenti straordinari e imprevedibili che abbiano reso eccessivamente gravosa l'esecuzione» una fase di rinegoziazione procedimentalizzata caratterizzata da termini dilatori e termini decadenziali che devono essere rispettati dalla parte che intende avvalersene, e prevede inoltre la possibilità che il giudice modifichi o risolva il contratto, con eventuali restituzioni e risarcimento del danno su richiesta di parte²⁹.

²⁸ Cfr. PECL Article 8:108: Excuse Due to an Impediment: «(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the obligee may treat it as such.

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice».

DCFR Model Rule III. – 3:104: Excuse due to an impediment: «(1) A debtor's non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor's control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, nonperformance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.

(3) Where the excusing impediment is only temporary the excuse has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

(4) Where the excusing impediment is permanent the obligation is extinguished. Any reciprocal obligation is also extinguished. In the case of contractual obligations any restitutionary effects of extinction are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations.

(5) The debtor has a duty to ensure that notice of the impediment and of its effect on the ability to perform reaches the creditor within a reasonable time after the debtor knew or could reasonably be expected to have known of these circumstances. The creditor is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice».

²⁹ Cfr. art. 97 Codice europeo dei contratti - Obblighi che non possono considerarsi inadempiti: «1. Anche se il debitore è in ritardo nell'esecuzione della prestazione dovuta o questa è stata eseguita solo parzialmente, non può ritenersi che si sia verificato un inadempimento, qualora siano precedentemente sopraggiunti degli avvenimenti straordinari e imprevedibili che abbiano reso eccessivamente gravosa l'esecuzione e che pertanto - come previsto nell'art. 157 - attribuiscono al debitore il diritto di ottenere la rinegoziazione del contratto. Il debitore deve però aver comunicato al creditore la sua intenzione di avvalersi di questo suo diritto prima della scadenza del termine previsto per l'esecuzione o prima che il creditore gli abbia rivolto l'intimazione di cui all'art. 96 lett. a) che precede.

2. Se dopo la conclusione del contratto la prestazione diviene oggettivamente impossibile, per motivi dei quali il debitore non deve rispondere, non si ha inadempimento del relativo obbligo; ma se nel contratto può ritenersi esplicitamente o implicitamente contenuta una garanzia che l'adempimento è possibile, il debitore deve risarcire il danno che il creditore ha subito per avere confidato nell'esecuzione della prestazione»;

cfr. poi art. 157 Codice europeo dei contratti - *Rinegoziazione del contratto*: «1. Se si sono verificati degli avvenimenti straordinari e imprevedibili, quali indicati nell'art. 97 comma 1, la parte che intende avvalersi della facoltà prevista da tale norma deve indirizzare alla controparte una dichiarazione che contenga le necessarie indicazioni e inoltre precisi - a pena di nullità della richiesta - quali diverse condizioni ella propone per mantenere in vita il contratto stesso. A tale dichiarazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2.

2. Nessuna azione può essere iniziata prima che siano decorsi sei (tre) mesi dal ricevimento della dichiarazione indicata nel comma precedente, per dar modo alle parti di comporre stragiudizialmente la questione. È fatta salva la facoltà, in caso di urgenza, di chiedere al giudice le misure di cui all'art. 172.

3. Se si verifica il caso di cui al comma 1 che precede, la controparte può intimare, al soggetto legittimato ad esercitare la facoltà ivi prevista, di dichiarare entro un termine non inferiore a sessanta giorni se egli intende chiedere o meno la rinegoziazione del contratto. Decorso inutilmente tale termine, si considera ad ogni effetto che il soggetto medesimo abbia rinunciato a procedervi. Alla predetta intimazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2.

Lo stesso codice dispone che il ritardo o l'inadempimento dovuti a «una causa (estranea) imprevedibile e irresistibile»³⁰ non comportano responsabilità contrattuale per il debitore, ma nel caso di definitiva «impossibilità della prestazione dovuta, che sia non imputabile al debitore», l'obbligo o «gli obblighi che derivano dal contratto si estinguono», con eventuali restituzioni³¹.

In sintesi, dunque, tutte le raccolte di principi o progetti di codici riconducibili al lato per così dire accademico del diritto privato europeo prevedono la risoluzione del contratto nel caso di impossibilità sopravvenuta definitiva ed esentano da responsabilità per quella temporanea, come del resto anche il nostro codice civile agli artt. 1256, co. 1 e 1463 c.c.

Quanto invece alla eccessiva onerosità sopravvenuta, tutti prevedono obblighi di rinegoziazione secondo modalità più o meno strutturate, assieme a poteri di adattamento del contratto in capo al giudice.

In realtà, come si vedrà tra un istante, queste opzioni sono in qualche modo il portato del modello culturale prevalente in ambito europeo, che è indubbiamente quello tedesco, almeno all'apparenza.

5. Il diritto degli Stati membri: codificazione riformata e legislazione emergenziale in Germania e Francia

Infatti, a partire dal 1° gennaio 2002 la *Schuldrechtsmodernisierung* ha operato al § 313 BGB una razionalizzazione legislativa della giurisprudenza antecedente in materia di buona fede³². La disposizione, rubricata «Alterazione del fondamento negoziale», prevede che se le circostanze poste a fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la sua conclusione, di tal che le parti non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso a condizioni differenti se avessero previsto tale mutamento, è possibile pretendere un adeguamento del contratto nella misura in cui, tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso specifico, e specialmente l'allocazione contrattuale o legale dei rischi, non si potrebbe ragionevolmente pretendere che una delle parti debba attenersi alla pattuizione originaria.

Quando però avviene la circolazione di un modello, esso può andare incontro a radicali modificazioni. Nelle codificazioni europee dotte di cui si è parlato in precedenza, che si sono chiaramente ispirate alla *Schuldrechtsmodernisierung*, non viene tracciata una chiara linea di confine della facoltà di modifica del contratto in sede di adeguamento, mentre essa è presente nel modello tedesco al § 313(3) BGB, il quale afferma che se l'adeguamento risulta impossibile o irragionevole, la parte svantaggiata può solamente risolvere il contratto.

4. Se entro il termine di cui al comma 2 che precede le parti non raggiungono un accordo, il soggetto legittimato ha l'onere nei sessanta giorni successivi, a pena di decadenza, di formulare la sua richiesta al giudice osservando le norme processuali in vigore nel luogo in cui il contratto deve essere eseguito.

5. Il giudice, valutate le circostanze e tenuto conto degli interessi e delle richieste delle parti, può, ricorrendo eventualmente ad una consulenza tecnica, modificare o risolvere il contratto nel suo complesso o nella parte ineseguita, e, se del caso e ciò gli venga richiesto, ordinare le restituzioni dovute e condannare al risarcimento del danno»

³⁰ Art. 162 Codice europeo dei contratti. Condizioni della responsabilità contrattuale: «1. In caso di inadempimento, di inesatto adempimento o di ritardo il debitore è tenuto a risarcire quei danni che, ragionevolmente, devono considerarsene la conseguenza. Salvo quanto previsto nel comma 3 di questo articolo, il debitore è esente da responsabilità se dimostra che l'inadempimento, l'inesatto adempimento o il ritardo non sono riconducibili alla sua condotta, essendosi verificati per effetto di una causa (estranea) imprevedibile e irresistibile.

2. Il principio di cui al comma 1 che precede si applica a qualunque altro fatto o situazione configurati come fonte di responsabilità per danni nelle norme del presente codice. [...]

³¹ Art. 128 Codice europeo dei contratti. Fatti estintivi e fatti che determinano l'inefficacia: «[...] 3. Gli obblighi che derivano dal contratto si estinguono: [...]

g) per perdita o deterioramento grave della cosa dovuta o per l'impossibilità della prestazione dovuta, che sia non imputabile al debitore, salvo quanto previsto dall'art. 162; [...]

4. L'estinzione dell'obbligo - se definitiva - impedisce che il creditore possa avanzare delle pretese in relazione al medesimo, salvo quelle che siano volte ad ottenere le restituzioni dovute, nonché a conseguire il risarcimento dei danni per fatti verificatisi in occasione dell'adempimento o inadempimento dell'obbligo medesimo».

³² Cfr. ad. es. RG, Urt. v. 21.9.1920 (RGZ 100, 129).

Inoltre, chi vuole ispirarsi alle soluzioni del formante legislativo tedesco non può ignorare che l'attenzione agli interessi minimi vitali del creditore è presente anche nella legislazione emergenziale emanata per far fronte al Covid, la quale per esempio sospende – ma non cancella – le obbligazioni di pagare somme di denaro nei contratti di durata in cui è parte un consumatore³³, e ciò solo se non viene così messa a repentaglio l'esistenza del fornitore del servizio³⁴. E ancora, la legislazione emergenziale tedesca sospende fino a giugno 2022 lo sfratto per morosità nelle locazioni abitative e in quelle commerciali, ma non sospende né cancella l'obbligazione di pagare il canone³⁵. Questa può tutt'al più andare incontro a rimodulazione sulla base del già menzionato § 313 BGB, ma non si tratta di un risultato scontato: tant'è vero che successivamente il legislatore tedesco ha dovuto esplicitare che dal 31 dicembre 2020 e fino al 30 settembre 2022, nel caso in cui i provvedimenti della pubblica autorità hanno impedito o significativamente diminuito la possibilità di godere del bene locato, si presume che si sia verificato un mutamento significativo delle circostanze poste alla base del contratto di locazione ai sensi del § 313 BGB³⁶.

Si potrebbe dunque dire che *pacta sunt servanda* in Germania, anche se – solo temporaneamente – la loro inosservanza produce effetti meno drammatici per il debitore. O, quantomeno, si può dire che il Coronavirus non ha portato il legislatore tedesco ad adottare soluzioni radicalmente difformi da quelle a cui era già giunto anni addietro, ma integra semmai una circostanza notevolmente mutata in cui esse trovano applicazione.

L'art. 1195 del *Code civil*, introdotto nel 2016, prevede che «se un cambiamento di circostanze imprevedibile al momento della conclusione del contratto rende l'adempimento eccessivamente oneroso per una parte che non ha accettato di assumersene il rischio, tale parte può chiedere all'altra di rinegoziare il contratto». E nell'ipotesi in cui «la rinegoziazione viene rifiutata o fallisce», si può avere la risoluzione consensuale alle condizioni e nei termini stabiliti dalle parti, oppure si può proporre una domanda congiunta al giudice affinché egli proceda all'«adattamento» del contratto; infine, «se non viene raggiunto un accordo entro un termine ragionevole», il giudice può essere adito anche unilateralmente e può pronunciarsi nel senso della revisione o della risoluzione del contratto.

Questa disposizione conferma il *trend* legislativo inaugurato dalla *Schuldrechtsmodernisierung*. Ma la mentalità dei giuristi francesi potrebbe rivelarsi ancora differente da quella dei loro colleghi tedeschi, e potrebbe portare a soluzioni piuttosto tradizionali, come quella di una recente sentenza del Tribunale commerciale di Parigi, la quale ha affermato che «la richiesta di revisione dell'affitto sulla base dell'imprevedibilità prevista dall'articolo 1195 del codice civile non può essere accolta in quanto, senza stravolgere il testo che deve rimanere di stretta interpretazione, si deve ritenere che l'importo dell'affitto contrattualmente pattuito sia rimasto invariato nel corso degli eventi e quindi non sia diventato “eccessivamente oneroso”»³⁷.

Peraltro, non si può tacere il fatto che la legge stessa prevede che colui il quale ha richiesto la rinegoziazione «continua ad adempiere ai suoi obblighi» finché questa non è terminata, come anche recentemente ricordato dal *Tribunal judiciaire de Strasbourg*, che ha concesso un'ingiunzione di pagamento di canoni di locazione nonostante l'eccezione di rinegoziabilità del contratto ai sensi dell'art. 1195 *Code civil* sollevata dal conduttore resistente³⁸.

E la legislazione emergenziale francese prevede la dilazione di alcuni pagamenti³⁹, ma di certo non la cancellazione delle obbligazioni di alcuna delle parti.

³³ Cfr. art. 240, § 1(1), EGBGB.

³⁴ Cfr. art. 240, § 1(3), EGBGB.

³⁵ Cfr. art. 240 § 2 EGBGB.

³⁶ Cfr. art. 240 § 7 EGBGB.

³⁷ T. com. Paris, 11 déc. 2020, n° 2020035120, disponibile online su <https://www.doctrine.fr>, data ultima consultazione 4 giugno 2021.

³⁸ Cfr. T. J. Strasbourg, 19 février 2021, n° 20/00552, disponibile online su <http://www.hsa-avocats.com/wp-content/uploads/2021/03/TJ-Strasbourg-19-fevr.-2021-n%C2%B0-20-00552.pdf>, data ultima consultazione 4 giugno 2021.

³⁹ Cfr. ad es. art. 3 Ordonnance n. 2020-316.

6. *Considerazioni conclusive*

In conclusione, la pandemia non sembra aver determinato negli ordinamenti di diritto positivo appena esaminati un particolare stravolgimento del principio *pacta sunt servanda*, almeno rispetto agli approdi a cui i Paesi da ultimo menzionati erano già giunti in passato.

All'interprete italiano che non dispone degli stessi strumenti dei codici europei riformati, si può ricordare che non vi sono norme nel diritto positivo dell'Unione europea – né da esso si possono trarre principi – che dovrebbero indurre gli interpreti del diritto nazionale ad un particolare rilassamento dei vincoli contrattuali, ed anzi le norme europee esistenti dovrebbero indurre a considerare prestazioni, rimedi e danni quali fattori della medesima transazione economica.

Se l'interprete italiano desidera ispirarsi ad un modello straniero – come quello di cui al § 313 BGB o dell'art. 1195 *Code civil* – sarebbe opportuno che ne considerasse tutti gli aspetti caratteristici, ivi compresi quelli che possono ridurre lo spazio operativo del giudice a beneficio dell'equilibrio che le parti hanno già trovato: ad esempio, il limite tedesco della ragionevolezza del sacrificio imposto ad una delle parti con la rinegoziazione, oppure la cautela francese secondo cui prima di raggiungere l'eventuale nuovo assetto di interessi si debba dar seguito almeno in via interinale a quello vecchio.

Senza dimenticare il ruolo svolto, al di là del formante legale, dalla mentalità giuridica diffusa nel proprio Paese.