

ROGÉRIO DONNINI

RAPPORTI CONTRATTUALI E PANDEMIA

“Il progresso della scienza giuridica dipende dal coraggio con cui i giuristi intraprenderanno una elaborazione sistematica del diritto che non faccia concessioni alla tradizione solo perchè è tradizione.” (*Norberto Bobbio*)

1. Introduzione

I rapporti contrattuali, siano essi celebrati tra privati e, pertanto, regolamentati dal Codice Civile, siano essi sottoscritti tra consumatore e fornitore¹, si trovano ad attraversare una situazione anomala di crisi sanitaria e economica causata dalla pandemia della Covid-19 che potrebbe portare alla revisione o alla risoluzione dei contratti, così come all'estinzione involontaria dell'obbligo. Questa condizione ha fatto emergere una serie di interrogativi e di dubbi per quanto riguarda la soluzione legale più appropriata per ristabilire un certo equilibrio nei contratti, equilibrio venuto meno con il cambiamento della base oggettiva del contratto stesso, soprattutto durante il divieto temporaneo di apertura degli esercizi commerciali. Si tratta, infatti, di una situazione straordinaria e imprevedibile che potrebbe portare alla revisione o alla risoluzione contrattuale, oppure bisogna mettere in conto la possibilità di considerarla come un fatto inevitabile che possa portarci ad invocare l'inadempimento contrattuale basato su un *caso fortuito* o *forza maggiore*? Come arbitrare in modo equo eventuali riduzioni di importi nel contratto o nei rapporti di locazione? Questi e altri argomenti saranno esaminati qui di seguito.

1 Questi rapporti sono regolamentati dal Codice di Difesa del Consumatore brasiliano (CDC).

2. Equilibrio contrattuale e temporalità

Da molto tempo le parole di Alfred Fouillée, che ci ricordano che tutti i contratti liberamente conclusi per definizione dovrebbero essere in conformità con la giustizia e l'interesse generale, portandoci ad affermare che “chi dice contrattuale dice giusto” (*qui dit contractuel dit juste*)², non sono più in linea con l'idea di equilibrio e correttezza nei rapporti contrattuali. Alla fine del secolo scorso e soprattutto dopo l'avvento del testo costituzionale brasiliano del 1988, il principio dell'*intangibilità contrattuale*³, sancito dalla massima *pacta sunt servanda*⁴, ha iniziato ad essere mitigato dall'introduzione della possibilità di revisione giudiziaria dei contratti. Tale possibilità si è andato intensificando grazie alla legge del diritto dei consumatori e al codice Civile brasiliano del 2002.

Dire contrattuale, anche se si tratta di un accordo paritario (*contrat de grés à grés*), in realtà non sempre vuole dire giusto, specialmente di fronte a situazioni anomale, siano esse inevitabili o imprevedibili, situazione che possono aver luogo al momento della conclusione o anche dopo, in casi di contratti successivi o di esecuzione differita.

La parola contratto, dal latino *contractus*, viene da *contrahere*, unire, riunione del consenso⁵, motivo per il quale la nozione stessa di contratto è collegata all'idea di commutatività o *giustizia commutativa*⁶, che altro non è se non la necessità dell'esistenza di un equilibrio nelle prestazioni stabilite, equivalenza tra prestazione e contro prestazione. Senza equivalenza, senza commutatività, la convenzione perde la sua essenza, dato che

2 A. Fouillée, *La Science sociale contemporaine*, Paris, 1880, p. 410.

3 Come previsto dall'art. 1372 del Codice Civile italiano.

4 “*I patti devono essere osservati*”

5 <http://etimo.it/?term=contratto&find=Cerca>

6 La parola giustizia viene specificata per differenziare le sue forme di manifestazione. Aristotele differenzia la giustizia commutativa (*iustitia commutativa*) dalla giustizia distributiva (*iustitia distributiva*). La prima, detta anche giustizia compensativa, correttiva o sinallagmatica, implica l'uguaglianza tra prestazione e controprestazione, tra ciò che si intende per equivalente, *verbi gratia*, danno/indennizzo e prezzo/merce, utilizzata, soprattutto, nell'ambito contrattuale e nella responsabilità civile. La seconda (giustizia distributiva), a sua volta, richiede che tutte le persone siano trattate allo stesso modo, in un rapporto tra la comunità ed i suoi membri. Oltre a queste due forme di manifestazione, c'è la *iustitia legalis*, sviluppata da Tommaso D'Aquino, che consiste nel dovere che una persona ha verso il tutto, come ad esempio il dovere di voto o l'uso sociale della proprietà. Mira al bene comune. Questa nozione è stata trasformata in giustizia sociale, idealizzata poco più di un secolo fa. (N. Horn, *Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre 2005, p. 239).

si tratta di nozioni inseparabili, poiché deve esserci sempre un legame tra l'accordo delle volontà e l'equivalenza tra prestazione e controprestazione. Un contratto realizzato senza questo binomio diventa iniquo, disuguale e non raggiunge la tanto ambita *giustizia contrattuale*.

Oltre alla commutatività inerente a qualsiasi contratto⁷, si tratta di un atto di emancipazione del futuro, considerato che nei contratti successivi il tempo è il loro mezzo naturale di esecuzione. Ciò considerato, *commutatività e temporalità* possono diventare in alcuni casi apparentemente conflittuali poiché nel tempo possono sorgere imprevisti da parte dei contraenti sia al momento di firmare l'accordo sia in situazioni imprevedibili e inevitabili, provocando così squilibrio nel rapporto contrattuale e, di conseguenza, violando l'*idea di commutatività*.

Il contratto, pur essendo un concetto giuridico, non costituisce una realtà autonoma, essendo integrato in una determinata visione economica e sociale, trattandosi di una vera operazione che innegabilmente favorisce la circolazione della ricchezza⁸. Se l'obbligatorietà del suo adempimento è essenziale perché esso esista, allo stesso modo va ricordato che esso ha una funzione sociale che consente, eventualmente, di ristabilire il suo precedente equilibrio.

3. *Caso fortuito e forza maggiore: necessità e inevitabilità*

Non vi è tra i romanisti un consenso nei concetti di caso fortuito e forza maggiore. Sul Digesto (50.8.2.7), il caso fortuito viene definito come segue: *fortuitus casus est qui nullo humano consilio praevideri potest* (caso fortuito è ciò che non può essere previsto da nessun atto umano), mentre nell'*Institutas* di Gaio, forza maggiore (*vis maior*) *est cui humana infirmitas resistere non potest* (forza maggiore è ciò a cui la debolezza umana non può resistere)⁹. Per alcuni, il *casus fortuitus* sarebbe un fatto umano, come una guerra o un'invasione, mentre la forza maggiore sarebbe collegata a

7 Eccezione fatta per i contratti aleatori.

8 E. Roppo, *O contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra 2009, p. 8/9.

9 V. E. Betti, *Istituzioni di Diritto Romano, volume secondo, parte prima*, Padova, 1962, p. 253 e s. in Digesto 19, 2, 15, 2, in *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, vol. III, libri 12-19, trad. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos (Conselheiro Vasconcellos), São Paulo 2018, p. 307, si trova la seguente menzione: "Vejam os se o locador é responsável por alguma coisa para com o locatário no caso de sobrevir um temporal calamitoso. Sérvio pensa que o proprietário deve indenizar o colono de todas as desgraças causadas por uma força maior, à qual é

fenomeni naturali, come ad esempio un fulmine o un uragano; per altri, il caso fortuito sarebbe un evento della natura imprevedibile e la *vis maior* un fatto umano a cui è impossibile resistere¹⁰.

Nel Codice Civile brasiliano del 2002 (art. 393) e in quello del 1916 (art. 1.058), il legislatore non fa differenza tra caso fortuito e forza maggiore, la redazione per i due dispositivi è praticamente uguale¹¹. Lo stesso succede anche in Italia (*Codice Civile*, art. 1218 e 1256)¹². In Francia, nel sec. XIX, Théophile Huc concettualizzò questi due istituti come segue: il *caso fortuito* sarebbe un incidente causato da forza fisica inintelligente, in condizioni che non potevano essere previste dalle parti, mentre la *forza maggiore* un fatto riguardante terzi, che ha provocato un ostacolo insormontabile per il debitore, favorendo la mancata esecuzione dell'obbligo¹³. Clóvis Bevilacqua, nei suoi commenti all'art. 1.058 del Codice Civile brasiliano del 1916, affermava la dispensabilità della differenziazione poiché gli effetti, in entrambi i casi, non sarebbero né evitabili né possibili da ostacolare¹⁴. Allo stesso modo, Massimo Bianca afferma che:

Caso fortuito e forza maggiore non hanno un diverso significato. Il caso fortuito evidenzia l'aspetto della imprevedibilità mentre la forza maggiore quello della irresistibilità: ma questi due aspetti concorrono a delineare la medesima nozione di evento imprevedibile e inevitabile alla stregua della diligenza dovuta.¹⁵

impossível resistir, como, por exemplo, pelo transbordamento de rios, invasão de pássaros ou inimigos e outras coisas semelhantes.”

- 10 J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, Vol. II, 13ª ed., Rio de Janeiro 2003, p. 40. E. Petit, *Tratado Elementar de Direito Romano*, trad. Jorge Luís Custódio Porto, Campinas 2003, p. 622, indica: “O caso fortuito é o acontecimento ao qual a vontade do devedor fica completamente alheia, e não pode lhe ser imputado. É um caso de força maior, *vis maior*, quando o homem é impotente para resistir, como os incêndios, as inundações, os ataques a mão armada.”
- 11 Código Civil de 2002, art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.” L' art. 1.058 do Código Civil de 1916 aggiungeva soltanto, nel suo *caput* l'eccezione agli articoli 955, 956 e 957, che trattano la mora.
- 12 CC (Código Civil brasileiro) e c.c. (*Codice Civile italiano*).
- 13 T. Huc, *Commentaire Théorique & Pratique du Code Civil*, Paris, 1895, VII, ns. 143 e 144.
- 14 C. Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1976, p. 173.
- 15 C. M. Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano 2014, p. 589.

Galgano, a sua volta, comprende che a *caso fortuito* corrisponde la nozione di fatalità, come, v.g., un terremoto o una tempesta. Egli indica inoltre che *forza maggiore* rappresenta qualcosa a cui non si può resistere, una forza della natura o un fatto terzo, come la decisione di un'autorità pubblica (*fatto del principe*)¹⁶, il che ci porta a pensare che esista somiglianza tra i concetti, considerato che esiste la forza della natura in entrambi gli istituti.

Vi è chi sostiene¹⁷ che il *caso fortuito* sia un fatto o un atto che non rappresenta la volontà dei contraenti, legato al comportamento umano, come gli scioperi, le guerre, le sommosse, ecc., e *forza maggiore* si riferirebbe invece ad eventi esterni o fenomeni naturali, ad es. terremoti, tempeste, fatto del principe (*factum principis*)¹⁸ ecc. La maggior parte della dottrina brasiliana afferma che *caso fortuito* e *forza maggiore* sono espressioni sinonime e che la differenza fra loro sia poco rilevante¹⁹. Tuttavia, sebbene il Codice Civile brasiliano affronti questo tema (art. 393) sulla stessa linea del codice precedente (art. 1.058) e apparentemente non discrimini, l'art. 734 dell'attuale codice tratta dell'esclusione di responsabilità del trasportatore in caso di *forza maggiore*, senza alcuna allusione al *caso fortuito*. Questo dispositivo, infatti, risponde alla teoria di Agostinho Alvim²⁰, secondo la quale il *caso fortuito* è un impedimento legato alla persona del debitore

16 F. Galgano, *Istituzioni di Diritto Privato*, Padova, sesta edizione, 2010, p. 158.

17 C. R. Gonçalves, *Direito Civil Brasileiro, 2 – Teoria Geral da Obrigações*, 13ª ed., São Paulo 2016, p. 379.

18 C. A. Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro 2005, p. 692, definisce il *fait du prince* come “o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário.”

19 M. H. Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, São Paulo, 28ª ed., 2012, p. 403; A. Wald, *Direito Civil, Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, 21ª ed., São Paulo 2012, p. 173; C. M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, *Teoria Geral das Obrigações*, Rio de Janeiro, 23ª ed., 2009, p. 346 e 347; O. Gomes, *Obrigações*, 16ª ed., Rio de Janeiro 2004, p. 176; W. de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª Parte*, 32ª ed., São Paulo 2003, p. 317; S. Rodrigues, *Direito Civil, Parte Geral das Obrigações*, vol. 2, São Paulo 2002, p. 239; C. A. Dabus Maluf, *Do caso fortuito e da força maior*, in Nery, Rosa Maria de Andrade; R. Donnini *Responsabilidade Civil, Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81-102.

20 *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1980, p. 330.

o alla sua azienda (*fortuito interno*) e la *forza maggiore* a un evento esterno (*fortuito esterno*).

Infatti, in un sistema incentrato sulla responsabilità civile soggettiva come il Codice Civile brasiliano del 1916, non era necessaria la distinzione tra *caso fortuito* e *forza maggiore*, poiché entrambi erano resi escludenti dal nesso di causalità. Tuttavia, con l'avvento della Costituzione Federale del Brasile (1988), del Codice di Difesa dei Consumatori (1990) e dell'attuale Codice Civile (2002), in cui la responsabilità oggettiva ha iniziato a ricoprire la maggior parte delle situazioni legate alla riparazione dei danni²¹, questa differenziazione è diventata indispensabile.

I tribunali brasiliani, adottando le nozioni di *fortuito interno* e *fortuito esterno*, hanno definito quando vi è *forza maggiore* (*fortuito esterno*), ossia, un fatto capace di escludere ogni eventuale responsabilità. Quando l'evento è inerente all'attività economica della società commerciale ed è incapace di escludere il nesso causale, viene configurato un *fortuito interno*²², dovendo così l'agente rispondere oggettivamente per il danno. Per-

21 “La regola generale del Codice della responsabilità civile soggettiva del Codice di 1916, seguita dal *caput* dell'art. 927 del vigente Codice, non si traduce più nella maggior parte dei casi in cui si chiede il risarcimento. A tal fine è sufficiente esaminare il sistema oggettivo di responsabilità civile adottato dal Codice della Tutela del Consumo, le ipotesi relative alle tematiche ambientali, il sistema oggettivo del comma unico dell'articolo in questione (art. 927) e le eccezioni previste dagli artt. 936/940 del Codice Civile, tra gli altri, per concludere che la regola è diventata applicazione della responsabilità oggettiva. Va notato che tutti questi casi di responsabilità senza colpa aumentano ancora di più quando si analizza se esiste o meno una differenza tra attività rischiosa e rischio dell'attività. Nel primo caso, ispirato all'art. 2050 del Codice Civile, l'attività pericolosa sarebbe quella esistente in situazioni di pericolo reale, di grande impatto (attività nucleare). Nel secondo caso (rischio di attività), il maggior numero di situazioni rientrerebbe nell'ambito della responsabilità oggettiva, poiché l'attività umana, per quanto offensiva possa sembrare, presenta rischi innegabili, come la vendita di cibo, bevande, medicinali, trasporti, tra gli altri, che, come si può vedere, in un rapporto di consumo fanno già parte del sistema di responsabilità oggettiva.” (R. Donnini in *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, arts. 927/954, vol. VIII, coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro 2013, p. 387/388).

22 Il Superior Tribunal de Justiça, no REsp 258707/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 22/08/2000, DJ 25/09/2000, ha definito il caso fortuito e la forza maggiore come segue: “*Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é 'o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes', enquanto a força maior é 'o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer; com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.*” Sintesi 479 del STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos

tanto, *caso fortuito* e *forza maggiore* sono attualmente specie del genere *fortuito esterno* e il fatto inevitabile rimane estraneo all'organizzazione della società. Se, invece, dovesse esistere un rapporto tra l'evento e l'attività aziendale, anche se inevitabile, esso non costituisce una possibilità di non adempimento dell'obbligo, trattandosi di un evento considerato *fortuito interno*²³. Uno dei casi in cui la Corte Superiore di Giustizia (STJ Superior Tribunal de Justiça) ha deciso in questo senso, è stato quello del crollo del soffitto di un centro commerciale, causato da un fortissimo temporale, un evento, quindi, fuori norma ed inevitabile che ha provocato lesioni ad un consumatore. La Corte ha ritenuto si trattasse di *fortuito interno*, dato che sarebbe spettato al fornitore garantire l'integrità fisica del consumatore che è stato poi risarcito per i danni subiti secondo la responsabilità civile oggettiva della società²⁴ derivante dal rischio dell'attività, ai sensi dell'art. 14 de Codice di Difesa dei Consumatori (CDC).

A prescindere dalla discussione sulla differenziazione o meno di *caso fortuito* e *forza maggiore* perché queste due figure siano invocate è indispensabile che ci siano due requisiti: *necessità e inevitabilità*. La prima indica un evento di natura grave, che possiede, per la sua grandezza, il potere di rendere impossibile l'adempimento dell'obbligazione; il secondo impone l'inesistenza dei mezzi per evitare l'accaduto²⁵. Se queste ipotesi vengono soddisfatte, l'obbligo si estingue, senza che il debitore sia ritenuto responsabile delle perdite derivanti dall'evento, in quanto si tratta di un'adempienza involontaria dell'obbligo.

La situazione causata dalla pandemia della *Covid-19*, con l'imposizione della quarantena ed il divieto all'esercizio delle attività commerciali quasi totale e per un lungo periodo, soddisfa, in tesi, i requisiti di cui sopra, considerando che l'evento è grave e non vi era modo di fermarlo. Tuttavia, affinché il debitore si avvalga di quanto disposto per legge (Codice Civile Brasileiro, art. 393), è necessario dimostrare il carattere inevitabile, come, ad esempio, l'obbligo del debitore di consegnare al creditore un gran numero di attrezzature chirurgiche che sono state acquisite, nella loro totalità, dal Potere Pubblico, senza altra offerta. L'inadempienza del debitore che avrebbe dovuto consegnare questa merce entro il termine stabilito contrattualmente, sarebbe quindi giustificabile, consentendo la risoluzione del contratto, mediante restituzione del prezzo se già ricevuto, senza al-

grados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

23 Superior Tribunal de Justiça (STJ) – REsp 1450.434.

24 STJ – REsp 1.764.439.

25 C. M. da Silva Pereira, ob. cit., p. 347.

cuna multa o indennizzo per perdite o danni, in quanto si tratta di *fortuito esterno*, dovuto non solo alla pandemia stessa, ma soprattutto a decisioni del governo che hanno impedito, anche se temporaneamente, l'esercizio delle attività della società. Una situazione simile si verifica nella legislazione italiana (c.c., artt. 1463 e 1464 – sopravvenuta impossibilità totale o parziale della prestazione dovuta).

Non è diverso il caso di impossibilità a pagare il canone di affitto nei rapporti di locazione, siano essi residenziali o commerciali, quando la pandemia e le sue concrete conseguenze, di per sé, non sono argomenti capaci di provocare la risoluzione del contratto, a meno che non ci sia conferma che l'impossibilità dell'esercizio dell'attività abbia portato il locatario all'insolvenza, fatto che giustificherebbe la non incidenza della multa contrattuale e, come conseguenza, l'estinzione dell'accordo. Se, d'altra parte vi è impossibilità temporanea o parziale di rispettare il contratto, ma esiste una vera intenzione di rimanere nel rapporto *ex locato*, si giustifica la riduzione del canone per un certo periodo di tempo senza dimenticare, tuttavia, che il proprietario non può rimanere senza assistenza, sotto pena di causargli gravi danni, motivo per cui la riduzione deve essere basata su *ragionevolezza*²⁶ o *equità*, come stabilisce l'art.1374 del Codice Civile italiano.

4. *Revisione delle clausole contrattuali, risoluzione contrattuale, funzione sociale del contratto e buona fede oggettiva*

Sotto l'egida del Codice Civile brasiliano del 1916 e della Costituzione Federale del 1988, il principio della *forza obbligatoria dei patti*, sancito dalla massima *pacta sunt servanda* o dalla meno comune *contractus enim legem ex conventionem accipiunt*²⁷, veniva difeso dalla maggior parte della dottrina e applicato dai tribunali brasiliani con estremo rigore, salvo eccezioni, anche in varie situazioni ingiuste, disuguali e non equilibrate. Sebbene non ci fosse alcun dispositivo espresso da noi, che, sull'esempio

26 Nella sentenza della 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP, nel ricorso dello strumento nº 2069928-09.2020.8.26.0000, relatore il giudice Costa Wagner, con ragionevolezza, ha deciso la riduzione temporanea del cãnone di affitto del 50%.

27 Ulpiano, nel Digesto L. 1, § 6º: *contractus enim legem ex conventionem accipiunt* (i contratti ricevono legge dalla convenzione delle parti).

del *Code Napoléon* (art. 1134)²⁸ o del *Codice Civile italiano* (art. 1372)²⁹, stabilisse che i contratti legalmente costituiti hanno forza di legge per le parti, la loro applicazione derivava dalla teoria contrattuale classica, un *principio generale del diritto*.

Il principio della *forza obbligatoria dei contratti* era ed è l'essenza stessa delle convenzioni e continua ad essere fondamentale, poiché non avrebbe nessun senso stipulare contratti senza che ci sia un modo per costringere i contraenti al rispetto dell'obbligo³⁰. Tuttavia, vi è stato un cambiamento di paradigma più intenso, a partire dal Codice di Difesa del Consumatore (1990) e dell'attuale Codice Civile (2002), già delineato a partire dal testo costituzionale, una vera attenuazione dell'*intangibilità contrattuale*, che, come si vede, ha prevalso per quasi tutto il sec. XX. Alcuni dispositivi della nostra legge sui consumatori (art. 6°, V) e del Codice Civile (artt. 317 e 478) hanno iniziato ad ammettere espressamente la possibilità di revisione e risoluzione contrattuale in situazioni in cui fattori esterni ai patti, ritenuti straordinari e imprevedibili, potrebbero modificare la base giuridica contrattuale³¹.

Se vi era un impegno del Codice Civile brasiliano del 1916 riguardo la circolazione delle ricchezze, con scarso interesse nell'equilibrio tra prestazione e controprestazione, l'attuale legislazione cerca la cosiddetta *giustizia contrattuale*, poiché diverse disposizioni costituzionali e infracostituzionali³² richiedono trasparenza e correttezza nei rapporti contrattuali, evitando così il prevalere di misure sproporzionate che violano la buona fede og-

28 *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*".

29 *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*".

30 Nell'antica Grecia, l'uomo giusto e retto era colui che adempiva ai suoi obblighi derivanti da un contratto. La nozione di correzione era legata, in un primo momento, al rispetto dei diritti dell'altra parte, con l'adempimento di quanto promesso. A proposito di questa azione giusta e corretta, esemplificata da Aristotele nella sua opera *Etica a Nicomaco*, V. 2.12, sfociata nella cosiddetta *iustitia commutativa*.

31 La cosiddetta *base oggettiva del negozio giuridico* viene violata quando non esiste il rapporto di equivalenza tra prestazione e controprestazione. V. Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1956, p. 224 e s.

32 CF, arts. 1°, III (dignità della persona umana), 3°, I (solidarietà) e 170, *caput* (giustizia sociale nell'ordine economico); CC, arts. 317 (revisione contrattuale), 421 (funzione sociale del contratto) e 422 (oggettiva buona fede), 478 (risoluzione contrattuale per imprevisto e eccessiva onerosità); e CDC (Código de Defesa do Consumidor) arts. 4°, *caput* (trasparenza nei rapporti di consumo) e inciso III

gettiva. Tuttavia, la possibilità di invocare, senza la dovuta giustificazione e in modo ingiustificato, la revisione dei contratti civili e commerciali, ha portato il legislatore brasiliano a stabilire che tali convenzioni sono presumibilmente paritarie diventandone così eccezionale e limitata l'alterazione. Si è inoltre privilegiata l'autonomia privata (art. 421, paragrafo unico, e art. 421-A ed i suoi incisi I/III del Codice Civile brasiliano)³³.

L'esistenza di un maggior rigore in quanto pattuito, tuttavia, non preclude la possibilità di risoluzione o revisione dei contratti in determinate situazioni di *imprevedibilità* nei contratti successivi, con modifiche a quanto è stato inizialmente previsto dalle parti, paragonato ad un momento posteriore, provocato da una causa esterna che lo porta a diventare iniquo, disuguale.

L'eccessiva onerosità sopravvenuta (*teoria da imprevisão – imprevidibilità*) ha origine nell'antica clausola *rebus sic stantibus*³⁴, che è l'abbreviazione della formula *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (nei contratti successivi o a termine determinato, il vincolo obbligatorio si intende subordinato al perdurare dello stato di fatto vigente al momento della stipula)³⁵, glossa medievale attribuita a Neratio. Prima di integrare la legge civile sostanziale brasiliana, la rara applicazione di questa teoria era condizionata ad alcuni presupposti, che continuano tuttora a sussistere: a) la validità di un contratto commutativo di esecuzione continuata; b) un cambiamento radi-

(buona fede e equilibrio contrattuale), 6º, V (modifica delle clausole con prestazioni sproporzionate ed eccessivamente onerose), entre outros.

33 Art. 421-A. “ Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”

34 La clausola *rebus sic stantibus* ha il seguente significato: “clausola” è una parola di origine latina, conclusione, disposizione, cosa si decide, cosa si conclude. *Rebus* è ablativo del plurale *res, rei* (cosa, evento, fatto, circostanza, fortuna, stato di cose). *Sic* è un avverbio, apocope di *sice* (così, in questo modo). *Stantibus* è un plurale ablativo del participio presente del verbo latino intransitivo *sto, stas, steti, statum, stare* (essere, conservarsi, mantenersi). In questo modo, *rebus sic stantibus* corrisponde a “stando così le cose” (Rogério Donnini, *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2001, p. 9).

35 A. Medeiros da Fonseca, em sua obra *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro, 2a. ed., 1943, p. 14.

cale delle condizioni economiche oggettive al momento dell'esecuzione, paragonate a quanto accadeva al momento della celebrazione del contratto; c) onerosità eccessiva per uno dei contraenti ed eccessivo vantaggio per l'altro, cosa che accade normalmente, ma che è dispensabile; d) *imprevedibilità* e *straordinarietà* di tale cambiamento³⁶. Il requisito del vantaggio eccessivo per l'altro contraente non sempre è rispettato e non è essenziale, perché in situazioni straordinarie, come succede durante una pandemia, entrambe le parti spesso soffrono perdite.

Sebbene la possibilità di revisione o risoluzione contrattuale non si limiti alle ipotesi di *imprevedibilità* e *straordinarietà*, poiché la violazione delle *clausole generali* della *funzione sociale del contratto* e la *buona fede oggettiva* autorizzano anche tale rivendicazione³⁷, il Codice Civile brasiliano, in caso di evento imprevedibile, ne richiede prova. L'art. 317 di questo stesso statuto, che si occupa della revisione contrattuale³⁸, fa riferimento all'imprevedibilità, senza alcuna menzione ad un fatto straordinario, mentre l'art. 478, che tratta degli oneri eccessivi e della risoluzione contrattuale, racchiude entrambe le nozioni³⁹, ispirate all'art. 1467 del *Codice Civile* italiano. Gli eventi logicamente improbabili sono considerati imprevedibili, al di fuori della probabilità che possa essere verificata; straordinaria sarebbe una situazione che va oltre la normalità prevista dagli eventi, cosa che statisticamente succede raramente⁴⁰.

Nei rapporti privati (quelli regolati dal Codice Civile brasiliano), gli artt. 317 e 478 impongono la dimostrazione dell'evento imprevedibile per la revisione o la risoluzione del contratto. Tuttavia, lo stesso non succede nei rapporti con i consumatori, perché il Codice di Difesa dei Consumatori (CDC) non ha adottato la classica *teoria della clausola rebus sic stanti-*

36 M. H. Diniz, ob. cit., p. 184.

37 V. Nelson Nery Junior e R. M. de Andrade Nery, *Código Civil Comentado*, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 724, e R. Donnini, *Revisão Contratual sem Imprevisão*, in *Revista do Advogado*, v. 98, p. 212-221, 2008.

38 Art. 317. “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

39 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

40 C. G. Terranova, *Il Codice Civile – Commentario – L'eccessiva onerosità nei contratti – artt. 1467-1469*, Milano, 1995, p. 130.

bus, optando per una redazione più adeguata e contemporanea che esclude il criterio soggettivo di quanto sarebbe imprevedibile e inserendo solo le parole *sproporzione* ed *onerosità eccessiva*. Così l'art. 6°, n° V, consente la modifica delle clausole contrattuali che stabiliscono situazioni sproporzionate o la loro revisione a causa di eventi sopraggiunti che le rendono eccessivamente onerose. Nella prima ipotesi, il giudice può modificare una o più clausole che stabiliscono una situazione sproporzionata, che cioè può provocare uno squilibrio contrattuale, sia di prezzo sia di qualsiasi altro obbligo sproporzionato; nella seconda, vi è la possibilità di revisione giudiziale della clausola del prezzo, che era equa al momento della conclusione del contratto ed è diventata ora eccessivamente onerosa per il consumatore. Non si parla di fatti imprevedibili e straordinari. È sufficiente che ci sia sproporzione o squilibrio per causare un onere eccessivo.

La possibilità di revisione giudiziale del contratto non porta vantaggi solo al consumatore, poiché, se il citato art. 6°, n° V della legge dei consumatori brasiliana è incluso tra i diritti fondamentali del consumatore, il fornitore di prodotti o servizi può richiedere la modifica o la revisione della clausola che causa una onerosità eccessiva, in ragione delle disposizioni del § 2° dell'art. 51 dello stesso *codex*, e in virtù del principio della buona fede (art. 4°, n° III), che dovrebbe orientare i rapporti con i consumatori.

Nel Codice Civile brasiliano, in ogni modo, sebbene vi sia una espressa disposizione riguardo l'occorrenza di un fatto imprevedibile e la modifica di clausole contrattuali o la risoluzione di una convenzione (CC, artt. 317 e 478), vi è ancora la possibilità di revisione giudiziaria del contratto, senza che ci sia imprevedibilità ma solo sproporzione, squilibrio nel binomio, prestazione e controprestazione, causato da motivi esterni o derivanti dall'assunzione stessa, ma solo in via eccezionale secondo la funzione sociale del contratto (CC, 421). Si tratta di un inserimento inaudito in una codificazione civile in Occidente, che si occupa espressamente della clausola generale della funzione sociale dei contratti, che funge da limitatore della libertà contrattuale, derivante dal principio di solidarietà (Costituzione Federale del Brasile – CF, art. 3°, I) e della funzione sociale della proprietà (CF, art. 5°, XXIII e CC, 1.228, § 1°). Il comportamento che si richiede dalle parti in ambito contrattuale altro non è se non un'estensione di questo principio⁴¹, in quanto il contratto non può essere contemplato solo in

41 Dalla parola solidale (dal latino *solidarius*) nasce solidarietà, che significa obbligo reciproco tra le persone, che sono legate l'una all'altra e ciascuna da tutte le altre. Nello stesso senso, M. J. Sandel in *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, trad. He-loísa Matias e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro 2011, p. 277, afferma: “Diferentemente dos deveres naturais, as obrigações de solidariedade são particulares,

ambito economico. Si noti che è l'aspetto etico che lega un individuo alle responsabilità e agli interessi sociali, un vero comportamento incentrato sull'etica che abbia lo scopo di favorire altre persone in una determinata società. Pertanto, un contratto non è più ammesso senza che prevalga la sua concezione sociale, secondo un'idea di commutatività e di buona fede oggettiva. Pertanto, la funzione sociale del contratto serve come base affinché si effettui tra i contraenti un equilibrio, un rapporto equo, pena la revisione stessa dell'accordo.

La funzione sociale del contratto consente, inoltre, l'applicazione del *principio della conservazione dei contratti* nei rapporti tra privati⁴², regolati dal Codice Civile, rendendo possibile il mantenimento del contratto con il ripristino dell'equilibrio⁴³ a meno che il solo intento di uno dei contraenti sia la risoluzione. Anche in questa ipotesi, il sistema consente comunque il mantenimento del patto, a condizione che il convenuto nell'azione di risoluzione modifichi equamente le condizioni del contratto (CC, art. 479)⁴⁴. In prima istanza, però, considerata la funzione sociale dei contratti e della clausola generale di buona fede di cui sopra, vi è il dovere di rinegoziare⁴⁵.

La clausola generale di buona fede oggettiva (CC brasiliano, art. 422; Codice di Procedura Civile brasiliano CPC), art. 5°)⁴⁶, accanto all'imposi-

e não universais; elas envolvem responsabilidades morais que devemos ter não apenas com os seres racionais, mas com aqueles com quem compartilhamos uma determinada história. No entanto, diferentemente das obrigações voluntárias, elas não dependem de um ato de consentimento. Seu valor moral fundamenta-se, ao contrário, no aspecto localizado da reflexão moral, no reconhecimento do fato de que minha história de vida está implicada na história dos demais indivíduos.”

42 V. A. Guerra, *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*, São Paulo 2016.

43 R. Donnini, *Responsabilidade civil pós-contratual*, 3ª ed., São Paulo 2011, p. 168.

44 Il Codice di Difesa del Consumatore (CDC) prevede all'art. 51, § 2, il principio di conservazione dei contratti: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

45 V. C. Xavier da Silveira Moreira, *O dever de renegociar em contratos de longa duração – De acordo com a Lei da Liberdade Econômica – à luz da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID-19)*, São Paulo 2020.

46 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” v. R. Donnini, *Bona fides: do direito material ao processual*, *Revista de Processo (RePro)* n° 41, gennaio 2016, São Paulo, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, p. 113/126, <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4597/3015>. Ulpiano, nel Digesto 1.1.10.1: *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Il primo precetto è la moralità (vivere onestamente), che ritrae accuratamente la moralità stoica, che elogia l'onestà come bene supremo. Per lo stoicismo la virtù è sopra ogni cosa ed è imposta dall'universo intero, dato

zione legale dell'interpretazione dei contratti secondo la buona fede (CC, art. 113)⁴⁷, autorizza inoltre la modifica delle clausole contrattuali divenute inique, ingiuste, visto l'eccessivo onere e la possibilità di un rapporto contrattuale divenuto sproporzionato per fattori esterni che al momento della celebrazione dell'accordo era equo. Ciò consente di invocare la clausola generale di buona fede, in quanto il fatto che si mantenga un contratto in una situazione di squilibrio economico-finanziario non può essere ignorato, specialmente se questo si verifica, come si può verificare attualmente durante questa pandemia, provocando un danno sociale.

Vista l'espressa possibilità di revisione delle clausole contrattuali nei rapporti del Diritto Civile o del diritto dei consumatori, nonché le clausole generali che l'autorizzano, non è stato necessario creare norme imperative specifiche a causa della pandemia, come avvenuto in Italia⁴⁸, sebbene esistano disposizioni legali che consentono sia l'offerta equa, in caso di risoluzione del contratto, prevista dall'art. 1467 c.c. (*La parte contro la quale si richiede la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*)⁴⁹, sia la rinegoziazione del debito, basata

che la natura è dominata dalla ragione e questa regola la natura dell'uomo. Quindi, ciò che corrisponde alla ragione pratica e alle concezioni dell'etica è, allo stesso tempo, naturale. Uomo giusto e corretto era colui che adempiva i suoi obblighi contrattuali. Agire con correttezza era legato al rispetto dei diritti dell'altro contraente, adempiendo a quanto promesso, concordato. Questa azione giusta, corretta e proporzionale ha prodotto la cosiddetta *iustitia commutativa* (H. Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, trad. Elisete Antoniuk, Porto Alegre., 2002, p. 42, 43 e 245). Nel diritto romano-giustiniano, *honeste vivere* ha assunto un significato più ampio, che includeva la buona fede (*bona fides*), l'idea di giustizia e anche di lealtà. In questo modo, la nozione di *bona fides* è collegata a *honeste vivere*, perché *honestus* è associato a *virtus* (a venire) e onore. Pertanto, *vir honestus* è tanto quanto *vir bonus* (uomo buono), cioè uno che agisce secondo l'onore civile, con la totale reputazione che ha davanti alla legge, il cui scopo è il bene della comunità. (J. Iglesias, *Direito Romano*, trad. da 18ª edição espanhola de Claudia de Miranda Avena, São Paulo 2012, p. 156).

47 “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

48 L'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 dispone: “All'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti»”

49 L'art. 479 del Codice Civile brasiliano è stato ispirato nel Codice Civile italiano: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente

sulla buona fede oggettiva, come si può constatare sugli artt. 1175 (*Comportamento secondo correttezza*), 1367 (*Conservazione del contratto*) 1375 (Esecuzione di buona fede), 1450 (Offerta di modificazione del contratto – equità), 1464 (Impossibilità parziale) e 1664 (Onerosità o difficoltà dell'esecuzione), tutti del Codice Civile.

5. *Ragionevolezza ed equità nella decisione riguardante la revisione del valore del contratto*

Quando si parla di ragionevolezza, questa nozione, che non è ampiamente utilizzata nel Diritto Civile, viene spesso confusa con buona fede, fiducia, abuso del diritto o equità. Benché in diversi articoli del Codice Civile brasiliano sia presente la parola ragionevole (artt. 562, 606, 623, 1.530 e 1.807)⁵⁰, così come nel Codice Civile italiano (artt. 1469-bis, 1748, 1783

as condições do contrato.”

50 Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo *razoável* para que cumpra a obrigação assumida.

Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação *razoável*, desde que tenha agido com boa-fé.

Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização *razoável*, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.

Art. 633. Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, ou se houver motivo *razoável* de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida.

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu. Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo *razoável* para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o opo-nente de má-fé.

Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo *razoável*, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita.

e 2426 c.c.)⁵¹, queste disposizioni legali trattano di “termine ragionevole”, “indennità ragionevole”, “compenso ragionevole”, “motivo ragionevole”, “certezza ragionevole”. In effetti, spesso si confonde il concetto di ragionevolezza con proporzionalità, buona-fede, abuso del diritto ed equità, o anche arbitrarietà, coscienza sociale e norma in bianco (vuota), quando invece si tratta di nozioni diverse.

La proporzionalità si attiene alla graduità del provvedimento, ossia, al divieto di eccedenza, mentre la ragionevolezza tiene conto dell'analisi della compatibilità del caso concreto e della sua esigibilità in una determinata situazione. Ciò differisce dalla buona fede, perché mentre questa compren-

51 1469-bis Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore.

Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. In relazione al contratto di cui al primo comma, il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma. Si presumono clausole vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di...8) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza una *ragionevole* preavviso, tranne nel caso di giusta causa;

Art. 1748 Diritti dell'agente ed obblighi del preponente

Il preponente deve porre a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o servizi trattati e fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto; in particolare avvertire l'agente, entro un termine *ragionevole*, non appena preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi. Il preponente deve inoltre informare l'agente, entro un termine ragionevole, dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli.

Art. 1783 Responsabilità per le cose portate in albergo

Gli albergatori sono responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal consumatore in albergo. Sono considerate cose portate in albergo:

3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo *ragionevole*, precedente o successivo a quello in cui il consumatore dispone dell'alloggio.

Art. 2426 Criteri di valutazione

Nelle valutazioni devono essere osservati i seguenti criteri:

...

11) i lavori in corso su ordinazione possono essere iscritti sulla base dei corrispettivi contrattuali maturati con *ragionevole* certezza;

de le nozioni di probità e lealtà⁵², oltre agli annessi doveri di protezione ed informazione, la ragionevolezza è legata invece all'efficienza economica o all'utilità. Essa è diversa anche dall'abuso del diritto, poiché si tratta del potere legittimo esercitato in modo eccessivo, violando la buona fede, mentre la ragionevolezza riguarda l'adeguatezza. Se l'equità è legata alla proporzione e all'equilibrio, la ragionevolezza fa parte del processo ermeneutico ed è considerata uno dei canoni dell'interpretazione, quando si mettono in relazione valori e interessi, adattandoli. L'equità, quindi è un criterio di decisione o può avere come scopo integrare un contratto, ed è stabilita dal legislatore, in rapporto ad un caso concreto (CPC brasiliano, art. 140; CPC italiano, artt. 113 e 114; art. 1374 c.c.).

La ragionevolezza, a sua volta, è lo strumento di controllo nell'applicazione della norma il cui obiettivo è quello di evitare incertezze, antinomie o contraddizioni al momento di interpretarla⁵³. Allo stesso modo in cui presenta differenze rispetto agli istituti precedenti, non è un atto arbitrario o una regola in bianco (vuota), poiché ha supporto legale.

La ragionevolezza, in questo modo, è un *principio generale del diritto* che ha come finalità la realizzazione di un criterio di correzione di un raziocinio pratico, la vera esperienza pratica, una miscela di buon senso, senso giuridico, ponderazione ed equilibrio, come misura di giustizia⁵⁴. Pertanto,

52 La parola *probo*, dal latino *probus*, è composta dal prefisso *pro* (avanti) e dal suffisso *bus*, del radicale pre-latino *bhu* (essere), che letteralmente significa “che è avanti”. Il vero significato e comunemente usato in latino è quello di abile, buono, coraggioso e impiegato in senso morale, come qualcuno che agisce con rettitudine, onestà, correttezza. La parola *provare* ha la stessa radice di *probo* (*probus*), cioè, quello che può provare, per essere una buona persona e, quindi, capace di provare qualcosa, contrariamente a quanto accade a una persona considerata *improbus*. (Ottorino Pianigiani, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, in <https://www.etimo.it/?term=probo&find=Cerca>). Chi agisce con probità è, di conseguenza, leale (dal latino *legalem*), persona che mantiene la parola data, sincera, incapace di ingannare. Lealtà, quindi, significa agire con probità, considerazione, cioè secondo i precetti che governano l'onore, qualcuno che è integro, onesto. Nello stesso senso di rispettoso, di rispetto, la cui etimologia deriva da *re* (di nuovo), più *spichere* (guardare), cioè guardare di nuovo, considerando l'atto da compiere.

53 G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli 2015, p. 128.

54 Poiché il giusto valore del diritto è la giustizia, esso è concepito non come un mero rapporto formale di atti e attività umane, ma come una concreta unità di questi, per la costituzione del bene comune. Questa è la preconditione dell'intero sistema giuridico, nelle parole di M. Reale in *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo 2010, p. 272). In questa stessa direzione, questo indottrinatore in *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, 5ª ed., 2003, p. 91, aggiunge: “Il diritto non è solo una norma, come vuole Kelsen, non è solo un fatto, come dicono i marxisti

la nozione di ragionevolezza, come già detto, rientra nel principio della legalità, in quanto la questione giudiziale e la decisione devono essere previste dalla legge e ciò che risulta è un'integrazione di valori che dipende dal momento storico⁵⁵.

È in accordo con questo tema la cosiddetta *logica del ragionevole*, di Luis Recaséns Siches, emersa come contrappunto alla logica giuridica meramente formale, che ha come intento quello di plasmare l'applicazione delle regole secondo la realtà del caso concreto, scegliendo la soluzione più ragionevole, tenendo conto gli eventi sociali, culturali ed economici, non allontanandosi dai criteri stabiliti dalla legge, ma con la finalità precipua di realizzare il valore della giustizia⁵⁶. In quanto tale il percorso ideale perseguito dal giudice inizia con il divieto del *non liquet*⁵⁷, passa per essere legalmente fondamentato, poiché il magistrato è soggetto alla legge concretizzata nell'invocazione di una regola o di un principio precisato

o gli economisti del diritto, perché il diritto non è economia. Il diritto non è produzione economica, ma coinvolge la produzione economica e interferisce con essa; il diritto non è principalmente un valore, come pensano i sostenitori del diritto naturale tomista, ad esempio, perché il diritto è allo stesso tempo una norma, un fatto ed un valore.”

È certo che la giustizia è un *dubium* e non un *certum*, motivo per cui non può essere trattata monologicamente, poiché la sua caratteristica centrale riguarda ciò che è equo, congruente, virtuoso, uguale. D'altra parte, in modo specifico, si riferisce alla congruenza relativa dell'essere umano. Da qui lo sforzo per la sua ricerca attraverso specie, come distributiva, diortica (rettificante, correttiva, commutativa e retributiva), tra le altre, come insegna Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Estudos de Filosofia do Direito – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 3ª edição, 2009, p. 168 e s.). v. R. Donnini, *Responsabilidade civil na pós-modernidade – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*, Porto Alegre 2015, p. 26 e s.

55 V. G. Perlingieri, ob. cit., p. 16.

56 L. Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México, 1973. V. A. de Azevedo Gonzaga, *Lógica do Razoável*, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP* – <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/62/edicao-1/logica-do-razoavel>

“Non è per caso che *ius* (diritto) sia il termine primario ed *iustitia* il derivato, perché nel Digesto (1.1.1.pr.) Ulpiano stabilisce questo collegamento: “*Iuri operate daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Iustitia appellatum è autam: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*”. Poi (Digesto 1.1.1.1) afferma che i giureconsulti possono essere chiamati sacerdoti, poiché coltivano la giustizia e professano la conoscenza del bene e dell'equo (*bonum et aequum*), separando il giusto dall'ingiusto, distinguendo il lecito dall'illecito, oltre al fatto che aspirano a formare buone persone.” (R. Donnini, ob. cit., p. 34).

57 È un'espressione del diritto romano, applicata nei casi in cui il magistrato non aveva trovato una chiara risposta giuridica e, quindi, non era riuscito a decidere.

(clausola generale) o non precisato (principio generale del diritto)⁵⁸, senza tralasciare l'uso di entrambi, allo scopo di ricercare un *decisum* giusto, ancorato ad un ideale di giustizia⁵⁹.

In sintesi, la ragionevolezza è coerente con il giusto rimedio, soprattutto in assenza di una norma specifica. Così, la sua applicazione nella delimitazione della clausola generale di buona fede (CC brasiliano, art. 422), nella valutazione di ciò che è corretto (*correttezza* dell'art. 1175 del *Codice Civile*) è fondamentale, ragione per la quale vi è un legame reale tra ragionevolezza, buona fede e solidarietà. La ragionevolezza agisce anche nel momento della fissazione del valore per equità, poiché ha la funzione di evitare una distanza tra il diritto e la giustizia e di garantire che non vi sia discostamento dalla legge, con l'obiettivo di raggiungere un equilibrio di interessi. Si cerca, in questo modo, di verificare se il giudizio di equità è in rapporto ai termini del sistema in cui viene applicato, anche perché attualmente non vi è né nella dottrina italiana né in quella brasiliana, un'opposizione tra *ius, aequitas*⁶⁰ e ragionevolezza.

6. Conclusione

La pandemia causata dal *coronavirus* può provocare sia l'estinzione (risoluzione o inadempimento involontario degli obblighi) sia la revisione dei contratti, ma soprattutto vi è un dovere di rinegoziazione imposto alle parti.

Sebbene la dottrina nazionale e estera abbia sempre differenziato il *caso fortuito* dalla *teoria della eccessiva onerosità*, l'inevitabilità della situazione nel primo caso e l'imprevedibilità e straordinarietà nel secondo, entrambe le figure possono servire da supporto per il giustificabile inadempimento dell'obbligo, con la risoluzione del contratto, o per la modifica della clausola contrattuale per eccessivo onere, per la mancata restituzione dell'equilibrio contrattuale, mediante dimostrazione inequivoca, purché il debitore non sia in mora.

Tutto dipende, tuttavia, dal caso specifico. Se l'interruzione dell'attività commerciale o industriale risulta nell'impossibilità dell'adempimento degli obblighi, fatto inevitabile (*fortuito esterno*) come, per esempio, la cessazione nella consegna di input o materia prima, l'inadempienza della

58 Se precisato, diventa una clausola generale, altrimenti sarà un principio generale di diritto.

59 H. Coing, ob. cit., p. 350.

60 P. Perlingieri, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro 2008, p. 229.

obbligazione è giustificabile. D'altra parte però, nel caso il valore del prodotto o del servizio sia diventato eccessivamente oneroso, è necessaria una risoluzione o una revisione giudiziale (CC, artt. 317 e 478; CDC, artt. 6°, V e 51, § 2°, nella legislazione brasiliana; artt. 1175, 1375 e 1467 c.c.).

L'interruzione temporanea delle attività commerciali crea una situazione difficile da risolvere nei contratti di locazione di immobili commerciali e residenziali. Vi è un fatto inevitabile e molto meno previsto dalle parti che rende possibile ridurre temporaneamente il valore della locazione, soprattutto nel primo caso. Comunque, se c'è il desiderio da parte del locatario di rimanere nel rapporto locatizio, questi non dovrebbe avere dei vantaggi, considerato che non è responsabilità esclusiva del locatore sostenere la diminuzione del valore se fissata con equità e guidata dal principio di ragionevolezza, in modo da assicurare comunque un equilibrio delle perdite, ma al tempo stesso anche la conservazione del contratto.

L'evento notorio della pandemia, di per sé, non è base per l'incidenza di un caso fortuito esterno, della teoria delle circostanze impreviste o la pretesa riduttiva dell'importo contrattuale. È necessario provare l'inevitabilità e l'onerosità eccessiva, anche perché vi sono settori che non hanno subito delle perdite rilevanti in grado di giustificare l'inadempimento contrattuale, la risoluzione o la revisione di quanto concordato, ovvero la revisione dei cd. contratti aleatori, il cui rischio è insito nella natura, fatto che preclude qualsiasi pretesa in tal senso.

Ci deve essere buon senso e senso giuridico nelle situazioni di fortuito esterno o imprevedibilità, oltre al fatto che il giudice non deve dimenticare che il diritto e l'economia vanno analizzati insieme, visto il rischio che la crisi economica diventi ancora più grave.

Quando si stabilisce una possibile riduzione di una prestazione con equità, è indispensabile utilizzare il principio di ragionevolezza, in modo che non vi sia divario tra legge e giustizia, poiché la ponderazione, l'adeguatezza e l'equilibrio sono essenziali.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARÍA BELEN ANDREU MARTÍNEZ, docente di Derecho Civil e componente del CEBES (Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud) presso l'Università di Murcia (Spagna)

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, catedrático de Derecho Constitucional y catedrático Jean Monnet ad personam de Derecho Constitucional Europeo y Globalización presso l'Università di Granada (Spagna)

MARIA EUGENIA BARTOLONI, docente di Diritto dell'Unione Europea presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ROBERTA CATALANO, docente di Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

GIANPIERO COLETTA, docente di Diritto Pubblico e Costituzionale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

MARIA D'ARIENZO, docente di Diritto Ecclesiastico e Canonico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

ROLAND DODANI, docente di Diritto dell'Unione Europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Luigi Gurakuqi" (Albania)

ROGÉRIO DONNINI, docente di Diritto Civile presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo (PUC-SP) - Brasile

ROSANNA FATTIBENE, docente di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Salerno

LUIGI FERRARO, docente di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", componente del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli

MATHEUS JACOB FIALDINI, Promotor de Justiça, Coordenador do Núcleo de Investigações do Ministério Público do Estado de São Paulo (Brasile)

ANIELLO FORMISANO, dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope

ANTONIO FUCCILLO, docente di Diritto Ecclesiastico presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ROSA GUARINO, Avvocato

MARIA PIA IADICICCO, docente di Diritto costituzionale e tutela dei diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

CARLO IANNELLO, docente di Diritto dell'ambiente presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

CELESTE LEITE DOS SANTOS, Promotora de Justiça, Dottore di ricerca in Diritto Civile presso l'Università di San Paolo (Brasile)

RAFFAELE MANFRELLOTTI, docente di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

SERGIO MAROTTA, docente di Sociologia del diritto presso l'Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, componente del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli

FRANCA MEOLA, dottore di ricerca in Diritto presso l'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli, Avvocato

ANDREA PATRONI GRIFFI, Direttore del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (CIRB) di Napoli, docente di Diritto Pubblico e Costituzionale presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

MARIANNA PIGNATA, docente di Storia delle codificazioni presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

RAFFAELE RUBERTO, Prefetto di Caserta

JOSÉ RAMÓN SALCEDO HERNANDEZ, docente di Biodiritto e componente del *CEBES* (Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud) presso l'Università di Murcia (Spagna)