



FEDERICO AZZARRI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Pisa

CORONA-KRISE E DIRITTO TEDESCO DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI: LE SOPRAVVENIENZE DELLA PANDEMIA TRA BGB E LEGISLAZIONE SPECIALE

SOMMARIO: 1. La pandemia e il diritto. – 2. Il nuovo art. 240 EGBGB: inquadramento generale. – 3. Le regole di diritto comune: l'impossibilità della prestazione. – 4. (Segue) L'alterazione del fondamento negoziale. – 5. La moratoria delle obbligazioni del consumatore nei rapporti di durata. – 6. La moratoria delle obbligazioni delle microimprese nei rapporti di durata. – 7. Gli effetti del *Leistungsverweigerungsrecht*. – 8. La limitazione del diritto di disdetta del locatore nei contratti di locazione e affitto. – 9. Il differimento delle obbligazioni restitutorie nei contratti di mutuo con i consumatori. – 10. La *Gutscheinlösung*: i buoni rilasciati dall'organizzatore in seguito alla cancellazione di eventi o pacchetti turistici a causa della pandemia.

1. – Anche in Germania l'emergenza sanitaria innescata dalla diffusione della pandemia SARS-CoV-2 ha provocato importanti stravolgimenti nel tessuto sociale ed economico¹, esigendo, al fine di contrastare l'avanzata dei contagi, l'adozione di misure che hanno rappresentato un inatteso “banco di prova” per lo stato di diritto².

L'interruzione delle attività commerciali, la chiusura di luoghi fondamentali della formazione e della vita civile – quali scuole, università, cinema, teatri, musei – e le norme di distanziamento e di riduzione dei contatti sono state costantemente al centro della discussione politica e di un dibattito pubblico che, senza smarrire la consapevolezza della gravità del momento, ha nondimeno guardato con apprensione al conflitto in cui la

¹ Per una prima analisi delle conseguenze economiche della pandemia, v. P. BOFINGER-S. DULLIEN-G. FELBERMAYR-C. FUEST-M. HÜTHER-J. SÜDEKUM-B. WEDER DI MAURO, *Wirtschaftliche Implikationen der Corona-Krise und wirtschaftspolitische Maßnahmen*, sul sito del Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München: <https://www.ifo.de/en/publikationen/2020/monograph-authorship/wirtschaftliche-implikationen-der-corona-krise>.

² M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, in *NJW*, 2020, 1017.



minaccia del virus precipitava improvvisamente diritti di rango primario³.

Il serrato confronto tra attori istituzionali, e tra governo centrale e *Länder*, ha trovato riscontro in alcune autorevoli prese di posizione, registrate durante la prima fase dell'emergenza, che ben testimoniano la laboriosità del bilanciamento tra interessi apicali infine compiuto a beneficio della salute collettiva. Si pensi, per esempio, al monito del presidente dell'Ordine federale dei medici innanzi alle restrizioni delle libertà personali, temendone le ricadute che avrebbero potuto avere sulla salute psichica delle persone⁴; o, ancora, alle dichiarazioni di fine aprile del Presidente del Bundestag, che aveva stigmatizzato la prospettiva di una generalizzata compressione dei diritti fondamentali, quand'anche volta alla difesa del diritto alla vita, sostenendo che ai *Grundrechte* soltanto sarebbe immanente un contemperamento reciproco, laddove la dignità delle persone resterebbe, invece, assolutamente «unantastbar» (art. 1 GG), anche a costo di non escludere la possibilità di morire⁵.

Al di là della complessità sociale, etica e normativa sottesa alle politiche di controllo dell'infezione, in questa sede ci si soffermerà sulla puntuale risposta del legislatore tedesco ai riflessi, sui rapporti negoziali, dei provvedimenti pubblicistici che, per ostacolare la trasmissione del virus, hanno comportato un inevitabile rallentamento dei traffici economici.

2. – La legge del 27 marzo 2020 “per la mitigazione delle conseguenze della pandemia COVID-19 nel diritto civile, fallimentare e della procedura penale” ha stabilito numerose misure provvisorie finalizzate a rimodulare una serie di rapporti e di situazioni il cui regolare svolgimento risultava compromesso dalle considerevoli – e fino a poche settimane prima inimmaginabili – limitazioni introdotte per contenere il numero dei contagi⁶.

³ Richiama il principio di proporzionalità Heribert PRANTL, *Auch für die Not gibt es Regeln*, sulla *Süddeutsche Zeitung* (ed. online del 20 marzo 2020): <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-krise-recht-1.4851980?reduced=true>.

⁴ V. le dichiarazioni di Klaus Reinhardt riportate dalla *Süddeutsche Zeitung* nell'articolo “*Ärztepräsident warnt vor Überforderung*” (ed. online del 20 marzo 2020): <https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheit-aerztepraesident-warnt-vor-ueberforderung-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200320-99-402425>.

⁵ L'intervista a Wolfgang Schäuble si legge sul sito del quotidiano *Der Tagesspiegel*: <https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schaeuble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html>.

⁶ *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*. Per un quadro complessivo delle misure adottate, oltre a quelle della legge in parola, v. H. HIR-



Come annunciato dall'intestazione, le disposizioni in parola hanno riguardato diversi ambiti⁷.

TE, *Ges. z. Abmilderung d. Folgen d. COVID-19-Pandemie*, in H. HIRTE-H. VALLENDER (Hrsg.), *Uhlenbruck. Insolvenzordnung*, 2, 15. Aufl., München, 2020, Rn. 21 ss.

Le problematiche giuridiche sollevate dall'emergenza sanitaria sono state oggetto di numerosi studi, anche in considerazione della varietà dei settori dell'ordinamento interessati. Molti contributi sono stati dedicati al diritto del lavoro, al diritto tributario, al diritto processuale e alla protezione dei dati personali. Per un'analisi delle implicazioni riscontrate nei diversi campi del diritto, v. la raccolta di scritti curata da H. SCHMIDT, *COVID-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2. Aufl., München, 2020, mentre, con riferimento ai profili più strettamente civilistici, v. M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. cit.*, 1017; TH. RÜFNER, *Das Corona-Moratorium nach art. 240 EGBGB*, in *JZ*, 2020, 443; M. MAINZ-KWASNIOK, *Umgang in den Zeiten des Corona-Virus*, in *NZ Fam*, 2020, 318; B. NIEPMANN, *Unterhalt in den Zeiten von Corona*, *ivi*, 2020, 383; S. SITTNER, *Mietrechtspraxis unter Covid-19*, in *NJW*, 2020, 1169; S. LÖW, *Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19-Pandemie*, *ivi*, 1252; T.B. LÜHMANN, *Das Moratorium im Darlehensrecht anlässlich der Covid-19-Pandemie*, *ivi*, 1321; E. FÜHRICH, *Rücktritt vom Pauschalreisevertrag vor Reisebeginn wegen Covid-19-Pandemie*, *ivi*, 2020, 2137; O. BRAND-O. BECKER, *Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2*, *ivi*, 2665; CH. ARMBRÜSTER-J. PRILL, *Schuldverträge in Zeiten der Corona-Pandemie*, in *JuS*, 2020, 1008; K. ZEHELEIN, *Infektionsschutzbedingte Schließungsanordnungen in der COVID-19-Pandemie. Risikoverteilung bei Störung der Geschäftsgrundlage (unter rechtsvergleichender Perspektive)*, in *NZM*, 2020, 390; M. KOBLIZEK-M. FINKE, *Auswirkungen der Corona-Krise auf Bauverträge*, in *NZ Bau*, 2020, 279; S. OTTE-GRÄBENER, *Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Lieferverträge*, in *GWR*, 2020, 147; H. KRÄTZSCHEL, *Die Errichtung letztwilliger Verfügungen in Corona-Zeiten*, in *ZEV*, 2020, 268. Al diritto dei contratti è inoltre dedicata la raccolta di saggi *Vertragsrecht in der Corona-Krise*, a cura di D. EFFER-UHE e A. MOHNERT, Baden-Baden, 2020, disponibile in *Open access* all'indirizzo <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748909279/vertragsrecht-in-der-coronakrise>.

⁷ In particolare, sul fronte dell'*Insolvenzrecht*, l'art. 1 [contenente il *Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)*] ha sospeso (§ 1) fino al 30 settembre 2020, con gli effetti di cui al § 2, l'obbligo di promuovere la procedura di fallimento verso le persone giuridiche, le società senza personalità giuridica e le associazioni (ai sensi, rispettivamente, del § 15a InsO e del § 42 II BGB), salvo quando la condizione di insolvenza non sia stata determinata dalla pandemia o non vi sia alcuna prospettiva di superarla. A tal proposito, la norma presume che, se il debitore non era insolvente al 31 dicembre 2019, il suo stato sia ora dovuto alle ripercussioni della crisi sanitaria e che lo stesso sia perciò suscettibile di superamento. Inoltre, con riguardo alle istanze presentate dal creditore tra il 28 marzo e il 28 giugno 2020, l'apertura della procedura di insolvenza è subordinata alla circostanza che i suoi presupposti sussistessero già al primo marzo 2020 (§ 3).

Un altro gruppo di regole, funzionali stavolta all'obiettivo di ridurre le occasioni di aggregazione, attiene poi al diritto societario e dei soggetti collettivi in genere.

Così, per le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società europee e le mutue assicuratrici, l'art. 2 (contenente il *Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie*) stabilisce (§ 1) che talune decisioni concernenti lo svolgimento dell'assemblea generale possano essere prese dal consiglio di amministrazione anche ove ciò non sia previsto dallo statuto o dal regolamento interno: vengono in rilievo, in particolare, le decisioni che attengono alla partecipazione e al voto degli azionisti attraverso strumenti di comunicazione elettronica; quelle inerenti alla partecipazione attraverso modalità audiovisive dei membri del collegio sindacale; e, infine, quelle relative all'organizzazione stessa con tali modalità dell'assemblea generale. Sono poi individuati i requisiti nel rispetto dei quali il consiglio di amministrazione



L'art. 5 – dedicato al diritto contrattuale – ha inserito all'interno della legge introduttiva al codice civile (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – EGBGB*) l'art. 240, che, inizialmente, si sviluppava in quattro paragrafi, ai quali, come vedremo, se ne sono più avanti aggiunti altri tre.

La norma ha – in vario modo – attribuito a diverse categorie di debitori che, a causa della crisi sanitaria, si sono ritrovati nell'impossibilità materiale o economica di adempiere le proprie obbligazioni, specifiche forme di tutela consistenti nel riconoscimento di una temporanea facoltà di rifiutare, interrompere o rinviare l'esecuzione della prestazione. Il legislatore ha così inteso garantire al debitore – a seconda dei contesti, un consumatore o un imprenditore – la preservazione della liquidità necessaria, nel primo caso, a non intaccare il livello di sussistenza ritenuto intangibile, e, nel secondo caso, a non compromettere la stabilità finanziaria della sua attività, onde evitare che quest'ultima potesse restare irreparabilmente pregiudicata da una situazione eccezionale e transitoria.

Di primo acchito, dall'art. 240 EGBGB emerge il seguente assetto: il § 1, con riferimento a taluni rapporti di durata, sorti da contratti stipulati prima dell'otto marzo 2020, assegna ai consumatori e alle microimprese il diritto di rifiutare fino al 30 giugno 2020 la prestazione a cui sono tenuti quando, a causa di circostanze riconducibili alla pandemia Covid-19, l'adempimento non possa avvenire senza mettere a rischio il mantenimento del consumatore (o dei familiari che da lui dipendono) o le basi economiche della microimpresa⁸. Il § 2, invece, appresta una regola specifica per i contratti di locazione e di

ne può decidere che l'assemblea generale si tenga “virtualmente”, ossia senza la partecipazione fisica degli azionisti o dei loro delegati. E a finalità analoghe si ispira altresì la disposizione (§ 2) che, nelle società a responsabilità limitata, ammette che i soci possano assumere decisioni al di fuori dell'assemblea generale, esprimendo il proprio consenso in *Textform* o per iscritto, pure quando non ricorrano le più rigide condizioni previste dal § 48 II GmbHG. Per le associazioni e le fondazioni, invece, è stata sancita la proroga dei componenti del consiglio direttivo in carica, fino alla loro revoca o alla nomina dei successori, e, in deroga al § 32 I BGB, si è inoltre stabilito che tale organo possa autorizzare i componenti dell'assemblea (anche ove non sia contemplato dallo statuto) a intervenire e a esercitare i loro diritti sociali mediante strumenti di comunicazione elettronica, oppure a far pervenire per iscritto il loro voto prima che si tenga l'assemblea e senza partecipare alla stessa (§ 5; e v. anche il terzo comma che apporta una deroga al § 32 II BGB). Infine, pure in materia di condominio è stata prolungata la permanenza dell'amministratore in carica fino alla sua revoca o alla nomina di un nuovo amministratore, e del pari è stata estesa fino all'adozione di un nuovo piano finanziario l'efficacia di quello approvato per ultimo dai condòmini (§ 6).

Ancora, un altro settore interessato dal provvedimento legislativo è stato quello della procedura penale (art. 3), dove si è aggiornata la disciplina dell'interruzione del dibattimento (§ 229 StPO) alle sopravvenienze ascrivibili alla crisi sanitaria, stabilendo, anzitutto, la sospensione del decorso dei termini di interruzione fino a quando il dibattimento non possa proseguire nel rispetto delle misure di prevenzione dei contagi, e comunque non oltre due mesi.

⁸ Tale previsione appare meglio strutturata di quella dell'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6,



affitto concernenti immobili o vani immobiliari, la quale neutralizza il potere di disdetta del locatore, in caso di mancato pagamento dei canoni scaduti tra il primo aprile e il trenta giugno 2020, allorquando tale inadempimento sia del pari ascrivibile alla crisi sanitaria. Il § 3, infine, è rivolto ai contratti di mutuo stipulati dai consumatori prima del 15 marzo 2020, e stabilisce una dilazione legale delle obbligazioni restitutorie in scadenza tra il primo aprile e il trenta giugno 2020 e una regola di adattamento del contratto che lascia tuttavia impregiudicata la facoltà delle parti di addivenire a una diversa disciplina del rapporto; inoltre, è contemplata pure qui la sospensione della facoltà del mutuante di sciogliere il contratto.

Il § 4 concerne poi l'eventuale proroga delle soluzioni anzidette. Attesa, infatti, l'imprevedibilità della durata e delle ripercussioni della pandemia, tale norma autorizzava il governo federale, con decreto non richiedente l'approvazione del Bundesrat, a prolungare i termini della moratoria di cui al § 1, nonché le limitazioni al potere di disdetta dei rapporti di locazione e di affitto di cui al § 2 e alcune regole inerenti ai rapporti di mutuo di cui al § 3. All'uopo, era stato predisposto un meccanismo di prolungamento in due livelli. Al primo livello, l'arco temporale dei rimedi in questione avrebbe potuto essere esteso fino al 30 settembre 2020, là dove si fosse stimato che la vita sociale e le attività lavorative ed economiche di numerose persone e imprese sarebbero state ancora significativamente guastate dalla pandemia. Al secondo livello, invece, dette estensioni divenivano suscettibili di protrarsi anche oltre il 30 settembre 2020, attraverso un decreto del governo federale bisognoso stavolta dell'approvazione del Bundestag, allorquando i cascami della pandemia fossero proseguiti anche dopo l'entrata in vigore del precedente decreto⁹.

I §§ 5 e 6, introdotti nei mesi di maggio e di luglio, hanno poi disciplinato le ricadute della pandemia sui contratti stipulati nell'ambito di alcuni settori sensibilmente colpiti dalle misure di contenimento. Il § 5, in particolare, ha previsto che là dove un evento

la quale, osserva G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento anti Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento. Il comma 6-bis dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27*, in www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale, essendo potenzialmente applicabile a ogni rapporto contrattuale, presenta un livello tale di lacunosità e ambiguità solo in parte spiegabile con l'estrema urgenza che ne ha caratterizzato la genesi; inoltre, rivolgendosi a qualsiasi debitore e a qualsiasi creditore, essa non compie alcuna distinzione soggettiva basata sulla maggiore esposizione di determinate categorie di contraenti alle conseguenze dell'emergenza sanitaria.

⁹ In quest'ultimo caso, peraltro, non era previsto un termine massimo al prolungamento delle misure, cosicché lo si sarebbe dovuto trarre, implicitamente, dall'art. 6 VI della legge di mitigazione, che fissa infatti nella data del 30 settembre 2022 quella in cui perderà vigore l'intero § 240 EGBGB.



musicale, culturale, sportivo o del tempo libero in genere non si sia potuto tenere a causa dell'emergenza sanitaria, ai possessori del biglietto possa essere corrisposto, almeno in prima battuta, un buono di valore pari all'importo pagato; e un'identica regola è stata stabilita anche rispetto ai contratti stipulati per l'accesso a strutture in cui si svolgono attività analoghe a quelle testé menzionate ma di cui sia stata disposta la provvisoria chiusura a causa del virus. Il § 6, invece, dettato in tema di contratti di viaggio "tutto compreso", ha, in modo più blando, ammesso soltanto che in caso di recesso di uno dei contraenti, per ragioni legate alla pandemia, l'organizzatore possa offrire al viaggiatore, anziché il prezzo versato, un buono da impiegare entro la fine del 2021, lasciando tuttavia inalterato il diritto di quest'ultimo di esigere subito la restituzione della somma versata.

Infine, il § 7, introdotto nel mese di dicembre, reca una presunzione tesa ad agevolare il ricorso al § 313 BGB da parte del conduttore o dell'affittuario di un fondo per uso non abitativo¹⁰.

3. – Le regole appena riassunte sono andate ad arricchire il quadro del diritto comune normalmente preposto al trattamento delle alterazioni sopravvenute del rapporto sinallagmatico: quadro sul quale conviene intanto soffermarsi, sia per comprendere la valenza delle previsioni speciali, sia perché queste non escludono che uno spazio di operatività continui comunque a esserci pure per le norme codicistiche.

Orbene, quando la prestazione sia impossibile per il debitore o per chiunque, la pretesa del creditore viene meno ai sensi del § 275 I BGB, e, di conseguenza, anche quest'ultimo è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione (§ 326 I BGB). Il § 275 I BGB si riferisce all'impossibilità "autentica" (*echte Unmöglichkeit*), che ricorre quando si è innanzi a un impedimento insormontabile, di natura fisica o giuridica, oggettiva o soggettiva; diversamente, in questa fase non rileva ancora l'eventuale imputabilità al debitore dell'impedimento, la quale entra invece in gioco per gli ulteriori profili risarcitori inerenti alla responsabilità dell'obbligato¹¹. La norma attiene essenzialmente all'impossibilità definitiva, mentre non regola in modo specifico l'impossibilità temporanea (che è poi quella che principalmente dovrebbero comportare gli impedimenti legati all'emergenza sanitaria): secondo la dottrina prevalente, tuttavia, il precetto ivi contenuto copre pure l'impossibilità transitoria, la quale esclude dunque l'obbligo del

¹⁰ V. nt. 42.

¹¹ D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 16. Aufl., München, 2018, 165.



debitore alla prestazione solo per il tempo in cui sussiste l'impedimento¹².

Anche l'incidenza della pandemia sui rapporti obbligatori non può prescindere da una valutazione circostanziata. Per esempio, di fronte all'obbligazione di realizzare una certa opera, in adempimento di un *Werkvertrag*, l'impossibilità appare configurabile là dove si sia avuta una chiusura dell'impresa o una carenza di lavoratori¹³; mentre, rispetto all'obbligazione di procurare al creditore beni determinati solo nel genere, in adempimento stavolta di un contratto di vendita, i margini di liberazione dalla prestazione divengono più stretti, atteso che il § 275 I BGB non è in sé incompatibile con i *Gattungsschulden*, ma, tuttavia, esso richiede la completa scomparsa dal mercato dell'intero genere a cui le cose appartengono, o che il loro approvvigionamento sia bloccato da un ostacolo giuridico invalicabile¹⁴. Quanto, poi, alle obbligazioni pecuniarie, la mancanza di liquidità del debitore non potrebbe mai, di per sé, valere come causa d'impossibilità della prestazione, posto che il § 275 BGB non si applica ai debiti in denaro e che la *Zahlungsunfähigkeit* non integra un'ipotesi soggettiva di impossibilità¹⁵.

Là dove, invece, l'ostacolo non risiede nell'impossibilità della prestazione, ma nella maggiore onerosità che la sua esecuzione comporta, si profilano due alternative, in ragione del tipo di sopravvenienza che interferisce con la normale attuazione dell'obbligo.

Qualora, anzitutto, la prestazione richieda uno sforzo gravemente sproporzionato rispetto all'interesse del creditore, alla luce del contenuto del rapporto obbligatorio e del principio di buona fede, il § 275 II BGB attribuisce al debitore un'eccezione che gli consente di rifiutare l'adempimento (con la precisazione che, nella determinazione degli sforzi esigibili dall'obligato, deve valutarsi pure se l'impedimento sia o meno a esso imputabile). Questa disposizione attiene all'impossibilità "pratica" della prestazione (*praktische Unmöglichkeit*), il cui superamento, cioè, esigerebbe una spesa esorbitante avuto riguardo all'interesse del creditore. L'esempio di scuola è quello dell'anello che deve essere consegnato al compratore ma che, al momento della consegna, cade in mare: in teoria, il suo recupero sarebbe magari ancora possibile, ma a un dispendio tale di risorse che non starebbe in alcun ragionevole rapporto col valore del monile¹⁶. Viceversa,

¹²D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 164.

¹³CH. J. WAHNSCHAFFE, *The Impact of Covid-19 in German Contract Law*, in *Opinio Juris in Comparative Law*, special issue, 2020, 2 s.

¹⁴D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 162.

¹⁵D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 162 s.; TH. ZERRES, *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., Berlin, 2019, 157.

¹⁶TH. ZERRES, *op. cit.*, 159 s.; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 166.



non rientra nel § 275 II BGB (ma, semmai, nel § 313 BGB¹⁷) l'impossibilità "economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), la quale si verifica quando la prestazione diviene più onerosa in conseguenza di un sopraggiunto aumento dei prezzi di mercato, atteso che in simili evenienze aumenterà anche l'interesse stesso del creditore a riceverla, cosicché non muta il rapporto tra detto interesse e lo sforzo richiesto al debitore¹⁸.

A fronte delle misure di contrasto della pandemia, il ricorso alla norma in questione è parso ammissibile quando, pur rimanendo stabili i prezzi di mercato, il costo della prestazione cresca a causa dell'incidenza della spesa che il debitore sostiene per adeguarsi ai necessari protocolli sanitari. Appare difficile fissare *ex ante* una soglia di sproporzione, tra lo sforzo economico del debitore e l'interesse del creditore, oltre la quale il debitore sarebbe sempre legittimato a sollevare l'eccezione in parola¹⁹; in linea di massima, però, è stato ipotizzato che l'eccezione sia plausibile quando si abbia una discrepanza di circa il 10-15% tra tali voci e si tratti di una prestazione che il creditore potrebbe nondimeno procurarsi anche presso terzi; ove, invece, la prestazione non sia suscettibile di essere reperita altrove, la soglia potrebbe salire fino al 20%, fermo restando, comunque, che non deve mai prescindersi da una valutazione caso per caso²⁰.

4. – L'altro istituto che potrebbe poi tornare utile nel nostro discorso è quello dell'alterazione del fondamento negoziale (*Störung der Geschäftsgrundlage*). In base al §

¹⁷ V. par. successivo.

¹⁸ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 166, sottolinea come l'espressione "*grobes Missverhältnis*" (§ 275 II BGB) implichi che solo in casi eccezionali potrà pervenirsi alla liberazione del debitore, fornendo all'uopo un utile esempio. Si supponga che A abbia alienato a B la sua auto, dal valore di 10.000 euro, per un prezzo pari al valore. Prima della consegna, il veicolo viene rubato (senza che vi abbia colpa il venditore) e in seguito ritrovato in una remota località: il compratore pretende la consegna del mezzo, poiché ha in mente di rivenderlo a terzi conseguendo un profitto di 10.000 euro, mentre il venditore si oppone, adducendo che le spese di trasporto ammonterebbero a 10.000 euro, ossia al prezzo concordato. In questo caso, una grave sproporzione tra gli sforzi richiesti al debitore e l'interesse del compratore alla prestazione non sarebbe ravvisabile, poiché i primi corrisponderebbero a 20.000 euro (pari al valore del mezzo più i costi del recupero) e su una medesima cifra si attesterebbe anche il secondo (considerando il valore dell'auto più il profitto che l'acquirente ricaverebbe dalla sua rivendita). È vero semmai che A subirebbe una perdita di 10.000 euro: ma, a ben vedere, tale perdita è dovuta unicamente al furto, e sarebbe gravata ugualmente su A anche qualora l'auto non fosse stata ritrovata, posto che in quel caso egli sarebbe stato sì liberato dalla prestazione di consegna, ai sensi del § 275 I BGB, ma, al contempo, avrebbe pure perso il diritto alla controprestazione per effetto del § 326 I BGB.

¹⁹ CH. J. WAHNSCHAFFE, *op. cit.*, 3 e nt. 15.

²⁰ TH. RIEHM, *Corona und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht*, in D. EFFER-UHE-A. MOHNERT (Hrsg.), *op. cit.*, 23.



313 BGB, quando le circostanze che costituiscono il fondamento del contratto sono notevolmente mutate in seguito alla stipulazione, al punto che le parti non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso ad altre condizioni, se avessero previsto tali mutamenti, può allora essere preteso l'adeguamento del medesimo là dove, considerate tutte le circostanze del caso concreto, e in particolare la distribuzione pattizia o legale del rischio, da una parte non possa essere preteso il mantenimento del negozio al suo contenuto originario²¹.

A dispetto della generalità del testo, la norma configura invero una fattispecie residuale, attivabile cioè solo in mancanza di previsioni convenzionali o normative²² che provvedano specificamente a regolare la distribuzione del rischio che si è manifestato²³. Tuttavia, nel contesto di cui ci occupiamo, essa potrebbe acquisire un non trascurabile rilievo, atteso che gli inconvenienti legati alla pandemia sono tendenzialmente estranei all'ordinaria ripartizione dei rischi compiuta dal *Leistungsstörungsrecht*, né gli stessi sono di solito presi in considerazione dalle clausole comunemente impiegate in materia di sopravvenienze (con l'eccezione delle clausole di "forza maggiore" e delle clausole "MAC")²⁴. Inoltre, come vedremo, anche le previsioni introdotte *ad hoc* dalla legge di mitigazione non risultano prevalenti rispetto al § 313 BGB, stante la diversità dei profili trattati.

La fattispecie della *Störung der Geschäftsgrundlage* consta di tre requisiti: quello

²¹ Quando ricorrono tutti gli elementi della fattispecie, il contraente che subisce la *Störung der Geschäftsgrundlage* ha una pretesa all'adeguamento del contratto, in forza della quale l'altro è tenuto a partecipare alle trattative e a prestare il proprio consenso alla modifica negoziale. Per ragioni di economia processuale, però, si ammette che la parte svantaggiata possa invero azionare subito la prestazione "adeguata", anziché prima esigere dall'altra il consenso all'adeguamento del contratto e poi l'esecuzione dello stesso. Ciò detto, secondo la giurisprudenza, sul contraente contro cui è diretta la richiesta di *Anpassung* graverebbe un vero e proprio obbligo (*Pflicht*), che in caso di inadempimento consentirebbe all'altro di chiedere il risarcimento del danno. In realtà, in dottrina si dubita di questa ricostruzione, osservandosi come il fatto che la parte titolata a chiedere l'adeguamento possa già raggiungere direttamente questo risultato, anche senza la cooperazione dell'altra, dovrebbe indurre a ritenere che a quest'ultima non faccia capo un obbligo, in senso tecnico, quanto un mero dovere (*Obliegenheit*), rispetto al quale mancherebbe quindi sia una pretesa all'adempimento, sia una pretesa al risarcimento del danno in caso di inosservanza; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 284.

Si rammenti, infine, che il terzo comma del § 313 BGB stabilisce che là dove l'adeguamento non sia possibile, o non sia esigibile da una delle parti, la parte svantaggiata possa recedere dal contratto; rimedio che nei contratti di durata è sostituito da quello della disdetta (*Kündigung*)

²² Per le seconde si pensi, per esempio, alle norme sul recesso e la disdetta, sui vizi della cosa comprata, sull'impossibilità della prestazione o sull'annullabilità a causa di errore. In tal senso, un'altra norma da prendere in esame, e su cui torneremo in chiusura di questo scritto, è anche il § 651h III BGB, all'interno della disciplina del contratto di viaggio organizzato.

²³ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 280.

²⁴ TH. RIEHM, *op. cit.*, 15 s.



“fattuale”, dato dal consistente mutamento delle circostanze che, al tempo della conclusione del contratto, le parti hanno comunemente assunto come presupposto della loro volontà contrattuale, o che almeno una di esse ha assunto come tale, ma in modo riconoscibile all’altra e senza che le venisse contestata questa rappresentazione²⁵; quello “ipotetico”, che richiede di indagare se i contraenti, qualora avessero previsto detto mutamento, avrebbero concluso l’affare a condizioni diverse o non lo avrebbero concluso affatto; e, infine, quello “normativo”, in base al quale la pretesa di mantenere inalterate la pattuizioni originarie deve risultare irragionevole nei confronti della parte che subisce lo svantaggio²⁶.

Soprattutto quest’ultimo presupposto appare, tradizionalmente, di non facile riscontro, essendo alquanto rigoroso il vaglio che lo attende²⁷. Di solito, infatti, la giurisprudenza subordina la revisione del contratto all’eccezionale evenienza che il suo mantenimento si riveli assolutamente incompatibile “con il diritto e la giustizia”²⁸, anche alla luce degli interessi di entrambi i contraenti e dei vantaggi che (assieme agli svantaggi) la parte pregiudicata dal cambiamento delle circostanze abbia nondimeno ricevuto²⁹. A tal fine, come precisa il § 313 I BGB, assume un’importanza dirimente la presenza di criteri convenzionali o legali che accollino a uno dei contraenti il rischio che, in concreto, si sia poi verificato inficiando l’operazione economica: se, infatti, il contratto o la legge pongono una certa sopravvenienza a carico di una parte, non si potrà allora ottenere, mercé l’adattamento dei termini negoziali, un’allocazione alternativa della stessa³⁰.

²⁵ Al mutamento delle circostanze il § 313 II BGB equipara la successiva scoperta della falsità delle rappresentazioni essenziali che erano state assunte come fondamento del contratto.

²⁶ CH. J. WAHNSCHAFFE, *op. cit.*, 4.

²⁷ CH. J. WAHNSCHAFFE, *op. ult. loc. cit.*

²⁸ BGH 1° febbraio 2012, in *NJW*, 2012, 1718, e, prima della tipizzazione dell’istituto, BGH 11 ottobre 1994, in *NJW*, 1995, 47.

²⁹ TH. FINKENAUER, § 313, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, 8. Aufl., München, 2019, Rn. 76 s.; L.K. KUMKAR-W. VOB, *COVID-19 und das Institut der Geschäftsgrundlage. Zur Anwendbarkeit des § 313 BGB in der Gewerberaummiere bei Umsatzrückgängen und Geschäftsschließungen im Zusammenhang mit der Corona-Krise*, in *ZIP*, 2020, 898.

³⁰ K. GÖLDNER, *Die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und deren Anwendung in der Corona-Krise*, in *ZfIR*, 2020, 404 s.; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 283. Tra le ipotesi di ripartizione convenzionale del rischio rientrano, per esempio, la previsione di un diritto di recesso, che implicitamente esclude l’eventualità di un adeguamento negoziale (a meno che il recesso non sia ancorato solo a una specifica sopravvenienza: nel qual caso, il rimedio del § 313 BGB sarebbe disattivato solo per quella), e la pattuizione di un prezzo fisso (*Festpreis*) in cambio di una data prestazione, atteso che una simile modalità di determinazione del corrispettivo equivale, in via concludente, a un *Anpassungsausschluss*. Quanto alle ipotesi di ripartizione legale, si fa riferimento soprattutto ai principi generali, e specialmente a



D'altro canto, la crisi sanitaria esprime un avvenimento che sembra ben aderire allo schema della norma codicistica, condividendo del resto talune caratteristiche con altre gravi vicende della storia tedesca³¹. L'emergenza Covid, infatti, ha colto completamente impreparata pressoché ogni parte contrattuale, irrompendo drammaticamente su un vasto novero di relazioni negoziali ed esigendo, onde essere fronteggiata, l'adozione di misure pubbliche che hanno necessariamente impresso consistenti restrizioni alla vita sociale ed economica³². In effetti, la *Corona-Krise*, stravolgendo le basi su cui numerosi contratti si erano formati, ha avuto ripercussioni massicce sulla successiva esecuzione di tali rapporti (elemento "fattuale"), scoprendo il fianco a sopravvenienze che, almeno fino all'inizio del 2020, non potevano essere previste nella loro pervasiva portata (elemento "ipotetico"), e la cui origine risiede chiaramente in un evento – la pandemia – che non è ragionevolmente deferibile agli ordinari criteri legali di gestione del rischio contrattuale. Tali canoni, infatti, attengono a una classe di rischi "tipica" di ogni contratto, laddove, nel nostro caso, l'evento in sé è talmente al di fuori di qualsiasi parametro di ordinarietà e prevedibilità da non poter essere lasciato (in assenza di improbabili deroghe convenzionali) a carico di una parte soltanto: d'altronde, le variabili – scientifiche, sociali, di valutazione politica... – che ne governano le conseguenze enfatizzano ancor di più quel tratto di eccezionalità innanzi al quale una formalistica applicazione dei criteri in questione si rivelerebbe irrazionale, risolvendosi in un involontario "gioco d'azzardo"³³ (ed ecco dunque integrato pure l'elemento "normativo").

Ciò detto, le sopravvenienze a cui si appresta qui a reagire il § 313 BGB sono principalmente tre.

Anzitutto, quella della maggiore onerosità che, per l'aumento dei prezzi provocato dalla pandemia, determinate prestazioni potrebbero avere per il debitore, scombinando

quello che fa gravare il rischio sul soggetto che col minor costo può prevenirlo, ovvero su colui nella cui *Machtsphäre* si trova l'oggetto della prestazione: così, sul proprietario grava il rischio per la perdita di valore o la rovina del bene, mentre sul creditore di una prestazione in natura quello della sua diminuzione di valore, ma anche della possibilità di poterla poi utilizzare per lo scopo che intendeva perseguire; nelle obbligazioni pecuniarie, invece, incombe sul creditore il rischio della svalutazione monetaria, mentre sul debitore quello dell'insolvenza, posto che la mancanza di denaro non lo esonererebbe dalla responsabilità per inadempimento; e ancora, l'utilizzatore di condizioni generali di contratto sopporta il rischio della loro inefficacia (§§ 307 ss. BGB), mentre sul venditore di una cosa altrui grava il rischio del mancato o oneroso acquisto della cosa dal terzo, salvo che esso non sia stato diversamente regolato nel contratto: TH. FINKENAUER, *op. cit.*, Rn. 68 ss.

³¹ M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.*

³² M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.*

³³ K. GÖLDNER, *op. cit.*, 406.



così il nesso sinallagmatico fissato inizialmente dalle parti. Al riguardo, la norma ha un campo elettivo diverso da quello, sopra ricordato, del § 275 II BGB, riferendosi qui alla *Äquivalenzstörung*, la quale ricorre quando all'aumento del costo che la prestazione ha per il debitore, per effetto di circostanze fattuali o giuridiche successive alla stipulazione, consegue una considerevole alterazione del rapporto tra la prestazione e la controprestazione, contestualmente, stavolta, a un parallelo aumento dell'interesse del creditore verso la prestazione attesa (proprio in ragione del maggior valore che questa ha assunto)³⁴. In dottrina, si fanno gli esempi dei contratti inerenti a beni che, a causa della crisi sanitaria, abbiano registrato un repentino incremento di domanda, come i disinfettanti o le mascherine, o che siano semplicemente divenuti di più difficile reperibilità sul mercato per effetto indiretto della pandemia, come gli asparagi, in seguito alla diminuzione dei lavoratori agricoli. In questi casi, se il prezzo per la fornitura di tali beni si mantenesse stabile rispetto a quanto inizialmente convenuto, l'aggravio di costo che il fornitore sostiene per l'approvvigionamento si tradurrebbe in un "valore aggiunto" per il compratore o, comunque, rifletterebbe pur sempre una crescita dell'interesse di quest'ultimo alla prestazione. Ora, di solito, nei contratti di fornitura, ancorché a lungo termine, tale rischio grava, in linea di principio, sul debitore. Tuttavia, un turbamento del nesso di corrispettività

³⁴ L'*Äquivalenzstörung* si incentra dunque sull'alterazione del rapporto tra prestazione e controprestazione stabilito nel contratto; poiché è l'autonomia privata, attraverso l'accordo, a definire tale rapporto, l'adeguamento (o addirittura lo scioglimento) del contratto previsto dal § 313 BGB postula necessariamente che l'alterazione si riveli di una certa gravità, ossia che si profili come notevole e imprevedibile. La differenza rispetto all'ipotesi di cui al § 275 II BGB sta in ciò, che nell'ottica di quest'ultima disposizione la proporzionalità è riferita unicamente al rapporto tra la prestazione in natura e l'interesse del creditore, cosicché la *grobe Unverhältnismäßigkeit* richiamata dalla norma si riscontrerà quando le spese necessarie per l'adempimento risultino esorbitanti rispetto a detto interesse. Viceversa, il giudizio sotteso al § 313 BGB prende in esame, anzitutto, la posizione del debitore, giacché occorre accertare se le maggiori spese che egli deve sopportare siano o meno proporzionate alla controprestazione attesa. In altri termini, il § 275 II BGB postula che l'interesse del creditore alla prestazione non cresca in conseguenza dell'incremento di spesa che l'adempimento richiede al debitore: ciò è quanto avviene nell'esempio, già rammentato, dell'anello che cade in mare prima di essere consegnato al compratore, dove all'enorme aumento delle spese a cui il debitore andrebbe incontro per recuperarlo non farebbe seguito un analogo incremento dell'interesse del creditore a riceverlo, atteso che il livello di tale interesse è già cristallizzato nel valore che era stato conferito al gioiello quando le parti ne avevano convenuto il prezzo. Al contrario, il § 313 BGB riguarda, invece, quei casi in cui all'incremento delle spese che il debitore deve sostenere per adempiere corrisponde pure un incremento dell'interesse del creditore alla prestazione: tale è l'ipotesi, caratteristica, della prestazione che diviene più onerosa in ragione di un generalizzato rialzo dei prezzi, poiché nell'aggravio di costo a carico del debitore si riflette pure l'aumento del valore del *Leistungsinteresse*. Il diverso piano su cui agiscono le due regole spiega anche come mai, nel primo caso, la legge, pur consentendo la liberazione dell'obbligato (evitandogli così di sobbarcarsi il maggior costo dell'adempimento), non lo renda automaticamente immune all'eventuale pretesa risarcitoria del creditore (§ 275 IV BGB), laddove, invece, nel secondo caso, il creditore non può mai reclamare alcun risarcimento dal debitore; sul punto, D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 169 s., 285.



idoneo a innescare il meccanismo correttivo del § 313 I BGB potrebbe aversi là dove il costo della prestazione salisse in modo notevole e imprevedibile, in quanto innescato da cause – come appunto lo scoppio di una pandemia – da un lato estranee alla tipologia dei rischi tipicamente assunti dal fornitore, e, da un altro lato, prodromiche a una grande variazione del prezzo di beni (come i disinfettanti o le mascherine) che, per loro natura, sono in genere estranei a dinamiche speculative³⁵.

Gli altri due frangenti in cui può manifestarsi un'alterazione del fondamento negoziale sono poi quelli delle materiali complicazioni della fase attuativa del rapporto e della diminuzione dell'interesse del creditore alla prestazione.

La prima ipotesi dipende dal fatto che la maggior parte dei contratti è stipulata con la tacita accettazione che la loro esecuzione non comporti alcun rischio rilevante per la salute delle parti. Durante la crisi sanitaria, però, anche l'adempimento di accordi che, di per sé, non sarebbero pericolosi può incontrare significativi ostacoli, fino al punto di diventare inesigibile, là dove, per esempio, debba avvenire in una "zona rossa" o implichi un contatto con soggetti contagiati o in quarantena. In simili circostanze, contro la pretesa del creditore alla prestazione, il debitore potrebbe essere tutelato, oltre che dal secondo comma del § 275 BGB, pure dal terzo, che riconosce al soggetto vincolato a una prestazione che coinvolga la sua persona il potere di rifiutarne l'esecuzione ogniqualvolta si profili una situazione di individuale inesigibilità da reputarsi prevalente rispetto all'interesse del creditore³⁶. Tale eccezione è suscettibile di essere sollevata solo in casi straordinari³⁷, tra i quali rientrerebbe tuttavia anche quello in cui alla regolare attuazione del rapporto si frapponesse un pericolo per la salute del debitore in quanto appartenente a

³⁵ M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. cit.*, 1022.

³⁶ Le conseguenze rimediali delle fattispecie previste ai commi secondo e terzo del § 275 BGB (nonché pure al comma primo) non sono direttamente regolate da questa disposizione, la quale, al quarto comma, chiarisce piuttosto che i diritti del creditore saranno determinati secondo i §§ 280, 283-285, 311a e 326 BGB. Ciò significa che la liberazione del debitore non comporta, di per sé, l'esonero da una possibile responsabilità contrattuale: la quale, però, richiederà la presenza degli elementi normalmente costitutivi della stessa, e dunque anche dell'imputabilità al debitore, ai sensi dei §§ 276 e 278 BGB, dell'evento che ha impedito il regolare adempimento; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 235 s.

³⁷ Si rammentano, all'uopo, tanto esempi ormai classici, come quello della cantante che rinuncia al recital per accorrere dal figlio in pericolo di vita, quanto esempi più frequenti nella quotidianità, come quello del lavoratore subordinato che non renda la sua prestazione per recarsi a una visita medica indifferibile, oppure del debitore che non esegua la prestazione per assistere un parente gravemente malato. Appare altresì ascrivibile al § 275 III BGB pure l'impedimento che si fondi sull'obiezione di coscienza del debitore, in ragione del rilievo accordato alla *Gewissensfreiheit* dall'art. 4 I GG, purché il conflitto tra l'adempimento e le convinzioni del debitore non fosse a quest'ultimo prevedibile al momento della conclusione del contratto (emblematico è il caso del postino che si rifiuti di consegnare materiale proveniente da un partito di estrema destra o da una setta religiosa: BVerwG, 29 giugno 1999, in *NJW*, 2000, 88); D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 171.



una categoria vulnerabile³⁸. Senonché, alla liberazione bilaterale delle parti – e dunque al dissolvimento dell'affare – (§ 326 I BGB) è qui preferibile il mantenimento in vita del vincolo attraverso una rimodulazione del suo contenuto, ai sensi del § 313 BGB³⁹, la quale contempra, per esempio, una modifica del luogo o delle modalità di adempimento, o il rinvio del tempo dello stesso, o, ancora, la riduzione della quantità delle merci dovute⁴⁰.

Infine, come accennato, il § 313 BGB può essere invocato pure quando l'interesse del creditore alla prestazione si sia ridotto o sia venuto addirittura del tutto meno. La norma, infatti, concerne anche l'eventualità della *Zweckstörung*, e, segnatamente, della compromissione del *Verwendungszweck*. Di solito, il rischio che la prestazione non possa più essere utilmente impiegata dal creditore grava su quest'ultimo. Tuttavia, la possibilità di utilizzo della stessa in vista di uno scopo preciso è idonea a integrare anche un elemento costitutivo del fondamento negoziale, là dove questo intento sia conosciuto (o debba esserlo) all'altro contraente e risulti a tal punto decisivo, per il funzionamento razionale dell'operazione economica, da doverlo ritenere condiviso in quanto penetrato nello *Zweck* del negozio: cosicché, poi, la pretesa di detto contraente all'esecuzione del contratto, anche qualora non vi fossero più le condizioni per la realizzazione del suo scopo, sarebbe da respingere perché contrastante con il generale principio che vieta di *venire contra factum proprium*⁴¹. Siffatti inconvenienti possono essere occasionati pure

³⁸ TH. RIEHM, *op. cit.*, 37.

³⁹ È qui opportuna una precisazione, in quanto, di solito, l'impossibilità della prestazione non lascerebbe margini all'adattamento del contratto ai sensi del § 313 BGB, posto che il § 275 BGB, rispetto a quest'ultima norma, risulta "prioritario" (v. nt. 22). Tuttavia, come evidenziato anche nel testo, la crisi sanitaria rappresenta un evento così eccezionale e imprevedibile da collocarsi al di fuori del novero dei rischi tipici del *Leistungsstörungsrecht*, giustificando pertanto soluzioni flessibili che lascino spazio, ove possibile, anziché allo scioglimento del contratto, alla sua rimodulazione attraverso il § 313 BGB; TH. RIEHM, *op. ult. loc. cit.* Sul punto, v. CH. GRÜNEBERG, § 275, in *Palandt. BGB*, 79. Aufl., München, 2020, Rn. 29.

⁴⁰ M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.* K. GÖLDNER, *op. cit.*, 409, ipotizza il caso di un contratto concluso tra un insegnante e degli studenti per l'impartizione di lezioni private: se le misure di distanziamento sociale impediscono alle parti di riunirsi in una medesima stanza per lo svolgimento delle lezioni, in luogo dello scioglimento del contratto per impossibilità della prestazione è sicuramente preferibile optare, ove possibile, per il suo adeguamento, posto che l'emergenza sanitaria non fa venire meno l'interesse degli studenti a ripassare gli argomenti di studio e quello dell'insegnante a trarre un guadagno dalla propria attività. Così, si potrebbe prevedere che le lezioni si svolgano *online*, anziché in presenza, salvo tuttavia il diritto del singolo partecipante di disdire il contratto qualora, per esempio a causa dell'insufficiente qualità della sua connessione Internet, non fosse in condizione di seguire con profitto le lezioni tenute in questa modalità.

⁴¹ D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 286.

Un caso significativo in giurisprudenza, prima ancora che fosse codificato l'istituto dell'alterazione del fondamento negoziale, era stato quello di un'associazione che, per festeggiare il carnevale del 1991, aveva organizzato un evento e ingaggiato un'orchestra da ballo per due serate. Senonché, a seguito dello scoppio



dall'emergenza sanitaria: si pensi all'“effetto domino” suscettibile di discendere dalla cancellazione di un evento pubblico, il cui annullamento travolge l'utilità di tutte le prestazioni che, in modo più o meno diretto, attorno a quell'evento ruotavano (la cancellazione di una festa cittadina, per esempio, renderebbe vano, tra l'altro, il contratto con cui gli organizzatori avevano ingaggiato una banda, nonché quello che a loro volta i suonatori avevano stipulato con un vettore per il trasporto sul luogo della manifestazione). E ancora, il fondamento negoziale potrebbe altresì dirsi caduto rispetto a quei contratti di locazione o affitto di immobili stipulati appositamente per lo svolgimento di una data attività, nota al locatore, quando poi questa attività non possa esservi svolta a causa dei divieti tesi a prevenire la diffusione del virus, e ciò soprattutto là dove appaia imprevedibile la durata della situazione emergenziale⁴².

Resta, a questo punto, da chiedersi se innanzi a fattispecie negoziali suscettibili di essere trattate secondo il § 313 BGB, ma di cui si occupano al contempo le norme dell'art. 240 EGBGB (come, per esempio, i contratti di locazione), la regola codicistica venga soppiantata dalla disciplina speciale. In realtà, come accennato, tale disciplina lascia so-

della guerra del Golfo, la sala concessa dal comune era stata negata, e la manifestazione conseguentemente cancellata, in quanto reputata inopportuna alla luce della gravità dei fatti internazionali. Ciò nondimeno, in seguito alla disdetta del committente, i musicisti agiscono in giudizio per chiedere il pagamento del corrispettivo (ai sensi del § 649 S. 2 aF – v. ora il § 648 S. 2 BGB), ma la Corte di Appello di Karlsruhe respinge la loro richiesta, affermando come la ragione del recesso risiedesse in un rischio che doveva supporre gravare ugualmente su entrambe le parti, sicché gli orchestrali, secondo buona fede, avrebbero dovuto ritenersi vincolati solo in quanto permanessero quelle condizioni che avrebbero consentito uno svolgimento della festa che non urtasse la sensibilità dell'opinione pubblica (OLG Karlsruhe, 15 maggio 1992, in *NJW*, 1992, 3176).

⁴²M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.*

Al riguardo, è stato recentissimamente aggiunto un ulteriore paragrafo all'art. 240 EGBGB – il settimo – proprio al fine di precisare che, nelle locazioni non abitative e negli affitti, se gli immobili o i vani locati non sono utilizzabili dall'impresa del conduttore o dell'affittuario, o lo sono solo con significative restrizioni, a causa delle misure statali di contrasto della pandemia, si presume allora che, in seguito alla conclusione dell'accordo, sia notevolmente mutata una circostanza che in origine costituiva il fondamento del contratto ai sensi del § 313 I BGB. La norma, introdotta dall'art. 10 del *Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Patentrecht* del 22 dicembre 2020, mirerebbe a rendere più agevole per il conduttore e l'affittuario invocare il § 313 BGB, dettando all'uopo una presunzione di avvenuto mutamento delle circostanze fondamentali. Infatti, già in precedenza era possibile avvalersi di questa disposizione, ma nella prassi si erano tuttavia registrate incertezze che erano talvolta sfociate nel rifiuto del locatore di rinegoziare il contratto (BT-Drs 19/25322, 19). Senonché, in dottrina si dubita che la nuova regola abbia una concreta utilità, non comportando l'automatica applicazione del § 313 BGB né prescindendo dall'accertamento di tutti i requisiti sostanziali del medesimo: M. BRINKMANN-G. THÜSING, *Pandemiefolgen in der Gewerberaummiète: Geschäftsgrundlage, Vermutung, Risikozuweisung und Verfahrensbeschleunigung. Kritische Gedanken aus Anlass eilends verabschiedeter Mietgesetzgebung (Art. 240 § 7 EGBGB; § 44 EGZPO)*, in *NZM*, 2021, 5 ss.



stanzialmente impregiudicata la facoltà delle parti di ricorrere al § 313 BGB, giacché essa affronta un problema diverso da quello dell'alterazione del fondamento negoziale. L'art. 240 EGBGB, infatti, contiene disposizioni a tutela del debitore che, a causa della pandemia, si ritrovi in una situazione di difficoltà finanziaria che non gli consente di adempiere la prestazione se non mettendo a rischio il suo sostentamento o la continuazione della sua attività economica. Per aiutare il debitore a superare dette difficoltà, la legge ha allora predisposto talune ipotesi di moratoria o di differimento degli obblighi contrattuali, accompagnate dalla sospensione del diritto di disdetta del creditore: ma tali strumenti agiscono sul piano attuativo del rapporto, mirando a preservare la liquidità dell'obligato, e non, come il § 313 BGB, sul piano genetico del contratto, le cui pattuizioni originarie restano infatti immutate. Del resto, tra i rischi fronteggiati dal § 313 BGB non rientra quello dell'insostenibile perdita di liquidità del debitore, a cui, in vario modo, risponde invece l'art. 240 EGBGB: sicché, non essendo le due norme sovrapponibili, quanto a premesse ed effetti, entrambe si mantengono operative nei rispettivi ambiti⁴³.

5. – Esaminati gli aspetti di diritto generale delle obbligazioni e dei contratti, possiamo adesso soffermarci sull'art. 240 EGBGB, il cui carattere contingente è sottolineato fin dall'emblematica rubrica “regole di diritto contrattuale dovute alla pandemia COVID-19”.

Il § 1 I assegna al consumatore – a certe condizioni – il diritto di rifiutare l'adempimento di una prestazione, originata da un contratto di durata concluso prima dell'otto marzo 2020, quando la sua solvibilità sia stata compromessa a causa della diffusione del virus SARS-CoV-2⁴⁴.

Il § 1 II conferisce poi un'analogha eccezione alle microimprese, adattandone i presupposti sostanziali al diverso profilo soggettivo.

Tali norme non possono essere derogate in senso sfavorevole al debitore (§ 1 V); tuttavia, esse non si applicano (§ 1 IV) ai contratti di locazione e affitto di cui al § 2, né ai contratti di mutuo, che (ove conclusi da consumatori) del pari ricevono una disciplina specifica al § 3, né ai contratti di lavoro, per i quali la vigente normativa di settore già presenta soluzioni diversificate allorquando la prestazione del lavoratore risulti impedita⁴⁵.

⁴³ L.K. KUMKAR-W. VOB, *op. cit.*, 894 s.; K. GÖLDNER, *op. cit.*, 408.

⁴⁴ Sulla durata dell'eccezione, v. il secondo par. di questo scritto.

⁴⁵ BT-Drs 19/18110, 35.



L'eccezione riservata ai consumatori postula, in primo luogo, e in linea con la definizione che di *Verbraucher* dà il § 13 BGB, che il negozio sia stato concluso per uno scopo personale, e dunque che non sia riconducibile in modo prevalente all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta dal debitore. Deve inoltre trattarsi di un autentico rapporto privatistico: restano pertanto estranei al campo dell'eccezione, per esempio, gli obblighi contributivi della previdenza sociale e le prestazioni pecuniarie basate su vincoli di diritto pubblico⁴⁶.

In secondo luogo, come accennato, il contratto deve essere stato stipulato prima dell'otto marzo 2020, indicando tale data il “*Pandemiestichtag*”, ossia il termine fino al quale è stato ritenuto plausibile che le implicazioni della crisi sanitaria non fossero ancora concretamente immaginabili alla gran parte dei consociati; viceversa, coloro che abbiano concluso in seguito l'affare, si suppone lo abbiano fatto nella consapevolezza di tale rischio, e dunque accettando di sopportarne gli eventuali riflessi sulla loro condizione finanziaria⁴⁷.

Inoltre, il contratto deve aver dato luogo a un rapporto obbligatorio di durata, ossia a una relazione che non si esaurisce in uno scambio istantaneo di prestazioni ma si proietta nel futuro, col risultato che l'entità complessiva della principale prestazione tipica sarà quantificabile in ragione del tempo trascorso (sono gli stessi rapporti di cui parla anche il § 314 BGB). Al netto delle esenzioni già ricordate (§ 1 IV), ai fini della norma vengono anzitutto in rilievo i contratti assicurativi, i contratti di somministrazione di beni (acqua, energia elettrica, gas...) e i contratti di fornitura di servizi di telecomunicazione⁴⁸.

L'eccezione in discorso, però, non vale indistintamente per tutti i rapporti di durata, ma solo per quelli “essenziali” (*wesentliche Dauerschuldverhältnisse*), ossia indispensabili a garantire al consumatore l'adeguata erogazione di un servizio di interesse generale (§ 1 I S. 3). La natura del servizio e il soddisfacimento di un congruo livello di fabbisogno sono, insomma, i criteri che delimitano la validità dell'eccezione.

Riguardo al primo requisito, può osservarsi come la categoria dei servizi pubblici evocata dalla norma, attraverso il concetto di *Daseinsvorsorge*, sia oggi sensibilmente più ampia di quanto non lo fosse al tempo in cui era stata elaborata da Ernst Forsthoff, nel 1938. Attualmente, infatti, in essa rientrano non solo i trasporti pubblici e la somministrazione di energia elettrica, gas e acqua, ma, per effetto dell'indole sociale e demo-

⁴⁶R. GAIER, *Art. 240 § 1 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 13, 8. Aufl., München, 2021, Rn. 7.

⁴⁷R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 8.

⁴⁸R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 9.



cratica dello Stato tedesco proclamata dall'art. 20 I GG, anche prestazioni di natura molto diversa tra loro: vi si annoverano, infatti, i servizi di scarico delle acque reflue e la raccolta dei rifiuti; il servizio postale e quelli di telecomunicazione; i servizi sanitari, e specialmente l'assistenza ospedaliera e quella rivolta alle persone non autosufficienti o anziane; le attività degli istituti d'istruzione, nonché delle istituzioni sportive, dei teatri e delle radio; le prestazioni delle banche e delle assicurazioni; le prestazioni sociali volte al sostentamento degli indigenti, alla cura della salute e all'assistenza⁴⁹. Ciò detto, però, le ipotesi interessate dall'eccezione di cui al § 1 sono, invero, assai più ristrette di quel che queste indicazioni potrebbero lasciare intendere. Infatti, tranne che per i servizi di telecomunicazione, negli altri casi molto spesso il vincolo non ha natura privatistica oppure non corrisponde a un rapporto di durata, e questo quand'anche il contratto sia magari indubbiamente diretto all'acquisto di beni che soddisfano un bisogno primario, come gli alimenti o i vestiti.

Quanto poi al secondo requisito, non deve essere enfatizzata la prescrizione che subordina l'eccezione alla circostanza che il consumatore si avvalga del servizio in misura adeguata. Si esclude, infatti, che la norma solleciti una valutazione in termini strettamente quantitativi e che autorizzi un sindacato sull'utilizzo che il consumatore fa del servizio, consentendo magari al fornitore di ridurne l'erogazione. Più semplicemente, la disposizione tende solo a impedire che l'eccezione possa essere invocata onde ritardare il pagamento di un servizio di cui il consumatore abbia usufruito in maniera manifestamente eccessiva e sproporzionata⁵⁰.

Alla luce di queste considerazioni, è apparso che all'eccezione possa efficacemente ricorrersi nel quadro di rapporti contrattuali relativi alla fornitura di energia elettrica, acqua, gas e teleriscaldamento, ma anche di beni e servizi come la linea telefonica, la linea Internet, la tv via cavo (non le pay-tv), i giornali e le riviste, stante l'importanza che questi strumenti hanno in vista di una piena inclusione del cittadino nella comunità e della sua consapevole partecipazione, attraverso l'accesso ai mezzi di informazione, alla vita sociale, culturale e politica del paese. Inoltre, l'eccezione è sembrata altresì attivabile nei rapporti derivanti da assicurazioni obbligatorie (v., per esempio, il § 193 III VVG in materia di assicurazione sanitaria, o il § 1 PflVG sulla responsabilità civile automobilistica), con l'esclusione, dunque, delle assicurazioni volontarie e di quelle di tipo pubblicitario. Diversamente, l'eccezione non può invece essere sollevata dal singolo condomino onde

⁴⁹ R. GAIER, *op. cit.*, Rn 12.

⁵⁰ R. GAIER, *op. cit.*, Rn 13.



differire il pagamento delle spese condominiali, non essendo ravvisabile tra questi e il condominio un rapporto di consumo⁵¹.

Ciò premesso, l'eccezione sorge quando il debitore, a seguito di circostanze riconducibili alla pandemia, abbia subito diminuzioni di reddito che non gli permettono di adempiere la prestazione senza mettere a repentaglio il suo adeguato sostentamento o quello dei familiari che da lui dipendono.

In ordine al profilo eziologico, la norma si riferisce qui alla diminuzione o alla perdita totale del reddito che il consumatore sconta a causa della pandemia, a prescindere dalla natura autonoma o subordinata del lavoro svolto, dal carattere transitorio o durevole dell'alterazione patrimoniale e dal fatto che questa sia direttamente o indirettamente⁵² imputabile alla crisi sanitaria. Vi è un legame diretto quando il consumatore, per esempio, abbia dovuto sospendere la propria occupazione dopo aver contratto l'infezione, mentre sono indirette tutte le conseguenze che sulle sue entrate abbiano avuto le restrizioni alla vita sociale ed economica che hanno condotto all'annullamento di manifestazioni e di eventi, all'interruzione di attività commerciali e alla chiusura di locali aperti al pubblico, con le immaginabili implicazioni che da ciò possono essere discese per coloro che da tale circuito traevano in tutto o in parte il loro reddito. Tra le ricadute indirette della pandemia sono state ascritte anche le mancate entrate scaturite dal tempo di lavoro a cui i genitori abbiano dovuto rinunciare onde provvedere all'accudimento dei figli in seguito alla chiusura di scuole e asili; nonché, inoltre, le sospensioni di attività, soprattutto nel settore alberghiero e manifatturiero, quand'anche non imposte dalle misure di contenimento dei contagi ma da esigenze di tutela della salute dei dipendenti o dal crollo della domanda della clientela. Infine, sono altresì da attribuire alla crisi sanitaria le flessioni che sul loro reddito abbiano registrato i liberi professionisti che, per effetto delle regole di distanziamento sociale, abbiano visto sfumare occasioni di lavoro⁵³.

Quanto, invece, all'individuazione del livello di sostentamento che non può essere intaccato, mentre per ciò che riguarda i familiari che dal consumatore dipendono si suggerisce il rinvio alle c.d. tabelle di Düsseldorf, che sono generalmente impiegate dai tribunali nei procedimenti familiari inerenti al mantenimento, per ciò che concerne, invece, il debitore in prima persona, appare problematico avvalersi dei criteri comunemente applicati in materia di alimenti, dove pure è previsto l'esonero dell'obbligato là dove non sia

⁵¹ R. GAIER, *op. cit.*, Rn 14 ss.

⁵² M. SCHMIDT-KESSEL-CH. MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen*, in *NJW*, 2020, 1104.

⁵³ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 19.



in grado di adempiere “senza mettere in pericolo il proprio adeguato mantenimento” (§ 1603 I BGB). In quel contesto, infatti, la franchigia che può comportare l’esonero dall’obbligo alimentare oscilla a seconda dei soggetti tra i quali il rapporto sorge (§ 1603 II BGB). Deve invece considerarsi che l’art. 240 § 1 EGBGB intende sollevare temporaneamente il consumatore da quelle obbligazioni, assunte in costanza del suo precedente tenore di vita, che non sono tuttavia suscettibili di un’immediata riduzione. Sicché, occorre piuttosto valutare fino a quale soglia un ridimensionamento della *Lebensführung* del debitore sia plausibile e ragionevole: dunque, per esempio, mentre si potrà ammettere che il consumatore, al fine di saldare i propri debiti, eviti di acquistare beni di lusso e voluttuari, non si potrà, invece, richiedere allo stesso di ridurre le somme destinate all’acquisto di generi alimentari⁵⁴.

Un’ultima precisazione, infine, a proposito delle pretese creditorie la cui coercibilità l’eccezione è idonea a bloccare momentaneamente. Il § 1 guarda a ogni pretesa che stia “in relazione a” un contratto dei consumatori: non si intendono, così, solo le pretese volte all’adempimento di un’obbligazione principale (*Hauptleistungspflicht*), ossia avente ad oggetto il pagamento al professionista del corrispettivo, potendosi infatti includere nell’alveo della disposizione anche le pretese “secondarie”, attinenti, cioè, al pagamento degli interessi moratori o al risarcimento del danno. Resta invece dubbio se l’eccezione sussista pure quando la pretesa fosse esigibile già prima dell’otto marzo 2020: mentre alcuni lo negano, non vedendo la giustificazione di un simile beneficio⁵⁵, altri sostengono che il dato letterale non imponga un’interpretazione restrittiva, ma segnalano nondimeno come, quando l’obbligazione sia scaduta prima del “*Pandemiestichstag*”, il suo inadempimento, nel dubbio, non sia da ascrivere alla crisi sanitaria, ma, verosimilmente, a una situazione pregressa e indipendente, e tale quindi da confutare in radice uno dei presupposti dell’eccezione⁵⁶.

6. – Come anticipato, anche il secondo comma del § 1 dell’art. 240 EGBGB conferisce alle microimprese una *Einrede* simile a quella prevista al primo comma⁵⁷.

Pure qui, l’eccezione postula che il rapporto obbligatorio di durata⁵⁸ sia originato da

⁵⁴ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 20 s.

⁵⁵ M. BRÄNDLE, *Art. 240 § 1 EGBGB: Niemand zahlt mehr an niemanden*, in *ZAP*, 2020, 372.

⁵⁶ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 27.

⁵⁷ Per l’individuazione delle microimprese la norma rinvia alla nota raccomandazione della Commissione europea del 6 maggio 2003.

⁵⁸ Valgono anche qui le esclusioni di cui al quarto comma.



un contratto concluso prima dell'otto marzo 2020 e che si tratti altresì di un rapporto "essenziale": ovvero, volto a procurare quelle prestazioni necessarie all'adeguata continuazione dell'impresa. Rientrano in tale categoria i contratti di somministrazione di acqua, gas, energia elettrica e teleriscaldamento, quelli relativi ai servizi di telecomunicazione, quelli di locazione o *leasing* di macchinari, strumenti e veicoli aziendali, così come i contratti di assistenza e di magazzinaggio e le assicurazioni obbligatorie. Il limite dell'adeguatezza sottintende, invece, che i servizi in parola debbono essere commisurati a un utilizzo ragionevole basato sull'attuale fabbisogno della microimpresa, volendosi evitare che l'eccezione costituisca l'alibi di piani di sviluppo che, nelle contingenze economiche del caso, apparirebbero ingiustificatamente avventurosi⁵⁹.

Un'importante differenza rispetto all'eccezione del consumatore sta nel fatto che, mentre quella può essere opposta, in definitiva, solo nei confronti della pretesa di carattere pecuniario del creditore, l'eccezione delle microimprese, diversamente, è opponibile anche verso la pretesa del creditore all'esecuzione di una prestazione in natura o di un servizio. Ciò si evince tanto dai lavori preparatori⁶⁰, quanto dalla sistematica del § 1⁶¹ e dalla nozione di *wesentliche Dauerschuldverhältnisse* rilevante ai fini del secondo comma (§ 1 II S. 3)⁶², la quale è infatti suscettibile di racchiudere pure quei rapporti di durata in cui la microimpresa sia obbligata a una *Sach- o Dienstleistung* in cambio di un corrispettivo⁶³.

La microimpresa può sollevare l'eccezione in due ipotesi, che debbono nondimeno essere determinate da circostanze riconducibili alla pandemia, ovvero: quando non possa eseguire la prestazione, e quando non possa eseguirla senza mettere in pericolo i fondamenti economici della propria attività (§ 1 II Nr. 1 e 2).

La prima ipotesi ricorre là dove vi sia un'impossibilità (anche solo parziale o transitoria) di eseguire la prestazione ai sensi del § 275 I BGB: il che lascia fuori da questa

⁵⁹ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 31-34.

⁶⁰ BT-Drs 19/18110, 34.

⁶¹ Se infatti fosse in gioco solo l'obbligo della microimpresa di pagare il corrispettivo di un servizio ricevuto risulterebbe superflua la fattispecie di cui al § 1 II Nr. 1, posto che la difficoltà della microimpresa di adempiere la prestazione in denaro sarebbe già ben rappresentata al Nr. 2 della stessa norma; CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *Art. 240 §§ 1-4 EGBGB*, in H. HIRTE-H. VALLENDER (Hrsg.), *Uhlenbruck. Insolvenzordnung*, cit., Rn. 36.

⁶² Tra le prestazioni che caratterizzano i rapporti di durata essenziali, in quanto "necessarie all'adeguata continuazione dell'impresa", rientrano infatti anche quelle relative al pagamento di un compenso che alla microimpresa derivi dallo svolgimento della sua attività commerciale; R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 35.

⁶³ R. GAIER, *op. ult. loc. cit.*



eventualità le obbligazioni pecuniarie, atteso che il debito di denaro, per sua natura, non diviene mai impossibile⁶⁴.

La seconda ipotesi, invece, presuppone, anzitutto, la riduzione della capacità patrimoniale della microimpresa di adempiere le proprie obbligazioni per cause legate, in modo diretto o indiretto, all'emergenza sanitaria. Il legislatore ha anzitutto pensato alle ipotesi più frequenti, alla luce delle misure pubbliche di contrasto del virus: nei lavori preparatori si immagina così che le difficoltà finanziarie della microimpresa derivino dal fatto che questa non possa entrare in contatto con i clienti, oppure che i suoi dipendenti non possano presentarsi al lavoro, o, ancora, che gli ordini dei committenti siano stati intanto cancellati⁶⁵. La casistica è assai varia, atteso, tra l'altro, che numerose attività sono state temporaneamente chiuse, mentre altre hanno visto diminuire sensibilmente, per effetto del coprifuoco e delle misure di distanziamento sociale, sia il numero dei dipendenti in servizio sia quello dei clienti⁶⁶.

Orbene, ai sensi del § 1 II Nr. 2, l'eccezione può essere esercitata quando l'adempimento delle obbligazioni della microimpresa, in un quadro già gravato dalle perdite provocate dagli inconvenienti ora ricordati, rischi di innescare una serie di problemi di liquidità che, se inarrestata, finirebbe col rendere irragionevole la continuazione stessa dell'impresa. Lo scopo dell'eccezione, insomma, è quello di consentire alle microimprese di attraversare il periodo della crisi sanitaria mantenendo liquidi sufficienti alla loro sopravvivenza⁶⁷.

Quanto alle pretese suscettibili di essere provvisoriamente arginate dall'eccezione, vengono anzitutto in rilievo quelle connesse all'obbligo di pagare il corrispettivo di un rapporto di durata essenziale: per cui, per esempio, l'eccezione potrà essere rivolta all'assicuratore che richieda il pagamento del premio o al fornitore dell'energia elettrica o di un servizio di telecomunicazione che reclami la remunerazione della fornitura. Tutta-

⁶⁴ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 37, che osserva tuttavia come il Nr. 1 del § 1 II si riveli utile soprattutto per inibire le pretese secondarie eventualmente connesse con l'impossibilità della prestazione principale (ove, in particolare, il debitore si sia assunto il rischio di approvvigionamento). Rispetto a quest'ultima, invece, non trova molto spazio l'impossibilità giuridica dipendente dai provvedimenti pubblicistici che hanno imposto la chiusura provvisoria di alcune attività. In tal caso, infatti, da un lato, alla base dell'eccezione, mancherebbe molto spesso un rapporto di durata (avendo detti provvedimenti riguardato anzitutto ristoranti, parrucchieri e negozi al dettaglio); mentre, dall'altro lato, anche là dove un rapporto di durata vi fosse, già dalle norme generali discenderebbe la liberazione parziale o temporanea del debitore. Sul punto, v. anche A.-M. KAULBACH-B. SCHOLL, *Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB: Voraussetzungen, Rechtsfolgen, offene Fragen*, in *Vertragsrecht in der Coronakrise*, cit., 114 s.

⁶⁵ BT-Drs 19/18110, 33.

⁶⁶ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 38.

⁶⁷ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 39.



via, come accennato, l'eccezione può essere qui altresì opposta al creditore che esiga la prestazione in natura o il servizio allorché l'adempimento (anche al di là del § 275 II e III BGB) avrebbe conseguenze esiziali per la solidità economica della microimpresa. Si pensi a un'attività che, a causa della pandemia, avesse visto crollare il proprio giro di affari e fosse rimasta aperta solo per i pochi clienti con i quali intratteneva già un rapporto di durata: se questa apertura implicasse costi insostenibili per la microimpresa, e che potrebbero essere evitati attraverso la momentanea chiusura, essa sarebbe allora legittimata, in base alla norma in esame, a rifiutare le sue prestazioni⁶⁸.

Come già osservato a proposito del consumatore, infine, l'eccezione può essere sollevata pure qui verso pretese contrattuali "secondarie" quali quelle al pagamento degli interessi e al risarcimento del danno⁶⁹.

7. – Messi in luce gli elementi costitutivi dell'eccezione dilatoria, possono adesso essere meglio illustrati gli effetti, i quali, a prescindere da chi sia il debitore (se un consumatore o una microimpresa), restano sempre i medesimi.

L'eccezione, attivabile senza particolari formalità⁷⁰, postula il diritto del debitore di rifiutare provvisoriamente l'esecuzione della prestazione (*Leistungsverweigerungsrecht*), la cui coercibilità è quindi temporaneamente sospesa. Il debitore non può pertanto cadere in mora nell'arco di durata dell'eccezione, né è obbligato al pagamento degli interessi di cui al § 288 BGB⁷¹. Dal canto suo, invece, il creditore continua a essere tenuto a eseguire la controprestazione senza potersi avvalere della comune eccezione di inadempimento (§ 320 BGB): se così non fosse, del resto, sarebbe vanificato l'intento della norma di evitare al debitore di restare privo dell'utilità apportata dalla controparte⁷².

Qualora il servizio ricevuto fosse quantitativamente eccessivo rispetto al fabbisogno normale del consumatore, o alla misura richiesta dalla normale conduzione della microimpresa, il *Leistungsverweigerungsrecht* avrà un'efficacia parziale, ossia circoscritta

⁶⁸ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 38, 41.

⁶⁹ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 42.

⁷⁰ Si discute anzi se il debitore debba espressamente richiamarsi (M. SCHMIDT-KESSEL-CH. MÖLLNITZ, *op. cit.*, 1105) oppure no, bastando all'uopo anche un comportamento concludente (R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 45).

⁷¹ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 48. Sono da ritenersi precluse anche le altre sanzioni, legali o contrattuali, dell'inadempimento, come, per esempio, quelle dell'interruzione della fornitura dell'energia elettrica o del gas previste, rispettivamente, dal § 19 StromGVV e dal § 19 GasGVV. L'eccezione può inoltre essere sollevata anche quando sia già in corso una procedura esecutiva.

⁷² M. SCHMIDT-KESSEL-CH. MÖLLNITZ, *op. cit.*, 1105; R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 44.



alla sola quota di prestazione riferibile al margine di tutela accordato dalla legge⁷³.

La stabilità degli effetti dell'eccezione, entro il lasso di validità della stessa, è subordinata alla permanenza dei requisiti che ne hanno legittimato l'esercizio: se, dunque, i redditi del consumatore o la situazione finanziaria della microimpresa avessero in seguito un miglioramento tale per cui l'adempimento dei loro obblighi non rappresentasse più un fattore di rischio, l'efficacia dell'eccezione verrebbe, a quel punto, inesorabilmente meno⁷⁴.

Comunque, pur in presenza di tutti i suoi presupposti, l'effetto dilatorio non è inevitabile. Esso, infatti, può essere impedito dalla c.d. clausola di ragionevolezza, che realizza un contemperamento tra gli interessi delle due parti, posto che il creditore, in seguito all'eccezione, si ritrova a subire un rinvio della prestazione attesa e finanche a dover rinunciare alle utilità (gli interessi moratori) che di regola discenderebbero dal ritardo.

La ragione di questo bilanciamento risiede nella tutela costituzionale dei diritti di credito, la quale viene ricavata o dal più generale riconoscimento della libertà contrattuale (art. 2 I GG)⁷⁵, o, come sembra preferibile, dalla garanzia del diritto di proprietà (art. 14 I GG), che si estende infatti alle posizioni creditorie in quanto situazioni soggettive di tipo patrimoniale⁷⁶. Da questo punto di vista, l'eccezione si profila come un elemento conformativo del contenuto e dei limiti sostanziali di queste situazioni (ai sensi dell'art. 14 I S. 2 GG), ma, d'altro canto, essa non può comportare un sacrificio unilaterale e ingiustificato delle medesime, impegnando piuttosto il legislatore a una valutazione comparativa preliminare che stabilisca la soglia oltre la quale la *Einrede* non appare più ragionevole nel quadro di un'equilibrata ponderazione delle posizioni delle parti⁷⁷.

Il punto di caduta di tale valutazione viene fissato al terzo comma del § 1, il quale stabilisce che, nei contratti del consumatore, l'eccezione non opera quando la mancata esecuzione della prestazione metterebbe a rischio i fondamenti economici dell'attività del professionista; mentre, nei contratti della microimpresa, l'eccezione non può del pari essere fatta valere quando il differimento della prestazione metterebbe in pericolo l'adeguato sostentamento del creditore o dei familiari che da lui dipendono o, ancora, i fondamenti economici della sua attività⁷⁸.

Nel primo caso, la norma, richiamandosi alla salvaguardia dei «wirtschaftliche

⁷³ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 46.

⁷⁴ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 47.

⁷⁵ BT-Drs 19/18110, 35.

⁷⁶ BVerfG 7 dicembre 2004, in *NJW*, 2005, 879.

⁷⁷ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 50.

⁷⁸ È onere del creditore eccepire, a sua volta, tali circostanze al debitore.



Grundlage», risponde alla medesima esigenza sottesa al requisito previsto (nei rapporti tra imprese) al Nr. 2 del secondo comma, ovvero quella di evitare che contingenti problemi di liquidità possano compromettere irreparabilmente la prosecuzione di un'attività economica. Tale esigenza, però, viene adesso in considerazione non al fine di ammettere l'eccezione, quanto, invece, di escludere che questa possa essere avanzata dal consumatore. Il legislatore paventa qui le implicazioni che avrebbe, per il creditore, un ricorso in massa all'eccezione in uno spazio di tempo ridotto; tuttavia, simili preoccupazioni sembrano destinate a ridimensionarsi, quantomeno innanzi a talune classi di imprenditori, come le grandi compagnie che distribuiscono energia elettrica o servizi di telecomunicazione, le quali, per dimensioni e struttura, dovrebbero essere in grado di assorbire anche un esercizio su larga scala del *Leistungsverweigerungsrecht*.

Quanto, poi, alle ipotesi di immunità verso l'eccezione sollevata dalla microimpresa, si contempla, in primo luogo, il caso in cui l'eccezione metta a rischio l'adeguato sostentamento del creditore o dei familiari che da lui dipendono, evocandosi così lo stesso requisito previsto dal § 1 I, ma stavolta, anche qui, non in chiave costitutiva bensì preclusiva degli effetti della *Einrede*. La prestazione la cui esecuzione si impedisce al debitore di rifiutare è quella avente ad oggetto il pagamento in denaro di un corrispettivo, posto che solo l'inadempimento di un debito pecuniario è idoneo a compromettere direttamente il mantenimento del creditore o dei suoi familiari. Non è invece necessario che il pagamento debba essere eseguito nei confronti di una persona fisica: è sufficiente che questa tragga il proprio reddito dall'attività economica in favore della quale la prestazione deve essere resa. In secondo luogo, l'eccezione può altresì essere bloccata pure là dove il ritardo della prestazione metta a rischio i fondamenti economici dell'attività del creditore; in tal caso, l'obbligazione può avere ad oggetto non solo una somma di denaro, ma, ove il creditore sia un imprenditore, anche una prestazione in natura o un servizio indispensabili alla prosecuzione stessa dell'attività della controparte della microimpresa⁷⁹.

Quando l'eccezione venga neutralizzata dalla clausola di ragionevolezza, il debitore ha facoltà di disdire il contratto di durata (§ 1 III S. 3). Si tratta di una disdetta per giusta causa, che, in mancanza di regole specifiche, soggiace alla disciplina del § 314 BGB. Normalmente, lo scioglimento del contratto non farebbe cadere la legittimazione a chiedere il risarcimento del danno (§ 314 IV BGB), ma, in questo caso, una pretesa risarcitoria non è concepibile, non essendo la ragione della disdetta imputabile alla controparte⁸⁰.

⁷⁹ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 52.

⁸⁰ R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 53.



8. – I §§ 2 ss. dell'art. 240 EGBGB sono dedicati a specifici contratti.

Il § 2 concerne i contratti di locazione e affitto di fondi o vani immobiliari. La norma – inderogabile a svantaggio del conduttore e dell'affittuario – stabilisce che il locatore non può sciogliere mediante disdetta un rapporto di locazione o affitto per il solo fatto che il locatario o l'affittuario non abbia pagato regolarmente i canoni scaduti nel periodo compreso tra il primo aprile e il trenta giugno 2020⁸¹, allorquando tale inadempimento sia dovuto alle ripercussioni della pandemia Covid-19. Il nesso tra il mancato pagamento del canone e l'emergenza sanitaria, prosegue la disposizione, deve essere adeguatamente dimostrato, mentre restano impregiudicate le eventuali altre ragioni che potrebbero legittimare una disdetta del locatore. La tacitazione del diritto di disdetta, infine, vale fino al 30 giugno 2022⁸²: se dopo tale data il conduttore seguitasse ancora a non corrispondere i canoni arretrati, l'inadempimento diverrebbe a quel punto idoneo a giustificare lo scioglimento del contratto senza preavviso⁸³.

A differenza della disciplina della moratoria (§ 1) e di quella sui contratti di mutuo (§ 3), la tutela del conduttore e dell'affittuario non dipende dalla data in cui il contratto è stato concluso, cosicché essa spetta anche al contraente che abbia stipulato il negozio in un momento in cui era già consapevole delle ricadute che la pandemia avrebbe potuto avere sulla sua sfera patrimoniale⁸⁴.

L'esclusione della disdetta, come accennato, riguarda solo l'inadempimento dell'obbligo di corresponsione del canone. Pertanto, la disdetta non potrà essere impedita, tra

⁸¹ Benché il dato testuale non sia del tutto chiaro, l'esegesi più coerente con la natura emergenziale della disposizione ha indotto a ritenere che la limitazione del diritto di disdetta debba valere solo per i canoni scaduti durante il periodo tra il primo aprile e il trenta giugno 2020, e non anche per quelli che siano già scaduti in precedenza e risultino poi semplicemente ancora dovuti; M. HÄUBLEIN, *Art. 240 § 2 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 12.

⁸² Può sembrare singolare che la cessazione degli effetti dei primi tre commi del § 2 sia stata fissata dal quarto comma tre mesi prima che cessino gli effetti dell'intero art. 240 EGBGB (art. 6 VI legge di mitigazione). La discrasia si spiega col fatto che, in una prima versione, la sospensione del diritto di disdetta avrebbe dovuto riguardare i canoni scaduti fino al 30 settembre 2020, mentre la perdita di efficacia del § 2 era stata fissata al 30 settembre 2022; in seguito, però, per le pressioni della CDU/CSU, il primo periodo è stato ridotto di tre mesi, e, coerentemente, è stato diminuito anche il secondo, creandosi così uno iato rispetto al termine finale di efficacia dell'art. 240 EGBGB; M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 2.

⁸³ M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 34.

⁸⁴ Il diverso trattamento di questa ipotesi, rispetto alle altre due ricordate nel testo, è stato spiegato con la minore invasività che qui presenta l'intervento legislativo. Ciò detto, si è però osservato come sull'aspirante conduttore, che già al tempo della conclusione del contratto conosca le difficoltà di pagamento in cui potrebbe incorrere, gravi un dovere precontrattuale di informazione, il cui mancato assolvimento potrebbe portare all'annullamento del negozio (123 BGB) o alla disdetta straordinaria per giusta causa (§ 543 I BGB); M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 8.



l'altro, quando sia motivata dall'esigenza del locatore di adibire l'immobile ad abitazione propria o dei suoi familiari (§ 573 II Nr. 2 BGB); quando il mancato pagamento del canone discenda non dalla pandemia, ma magari dalla volontà del debitore o da una situazione di insolvenza non imputabile alla crisi sanitaria; quando, ancora, il conduttore si renda inadempiente rispetto al pagamento di somme che non appartengono tecnicamente al canone (ma integrano, per esempio, cauzioni o spese di gestione dell'immobile), oppure ad obblighi contrattuali di altro genere (§§ 543 I, 573 II Nr. 1 BGB)⁸⁵.

Quanto al nesso tra l'inadempimento e la pandemia, è sufficiente un collegamento anche solo indiretto, come quello riconducibile ai provvedimenti pubblicistici di contenimento dei contagi o ai cambiamenti che l'emergenza sanitaria ha indotto nei comportamenti delle persone. L'incapacità del conduttore o dell'affittuario di far fronte all'obbligazione di pagare il canone potrà così dipendere, per esempio: nelle locazioni commerciali, dalla temporanea chiusura dell'attività economica, dall'infezione contratta dal conduttore o dai suoi dipendenti, dalla diminuzione del numero dei clienti o dal mancato ricevimento delle merci; e, nelle locazioni abitative, dalla perdita del posto di lavoro, dalla collocazione del conduttore in *Kurzarbeit*⁸⁶, dalla riduzione (per i lavoratori autonomi) delle occasioni professionali, o da spese impreviste sempre legate alla pandemia⁸⁷.

Sul piano applicativo, si pone il problema del sacrificio esigibile dal conduttore o dall'affittuario prima di beneficiare della limitazione del diritto di disdetta. Ci si è chiesti, infatti, se questa misura valga solo a vantaggio del conduttore che si ritrovi improvvisamente in una situazione di incapienza, o se, diversamente, essa operi pure quando il debitore disponga comunque di un patrimonio attuale, ma ritenga di non essere nelle condizioni di provvedere al versamento del canone. Alla luce della funzione della norma, è sembrata preferibile la seconda interpretazione: il conduttore o l'affittuario, quindi, non sarà tenuto a impiegare indiscriminatamente i suoi beni onde compensare le mancate entrate e saldare il debito con il locatore, dovendo piuttosto rispondere verso quest'ultimo con il patrimonio liquido di cui dispone, ancorché in misura non superiore a quella oltre cui risulterebbero compromessi il proprio adeguato mantenimento o quello delle persone che da lui dipendono o, ancora, la conduzione della sua impresa⁸⁸.

⁸⁵ M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 29.

⁸⁶ Si tratta di un istituto che consente a un'impresa in difficoltà economica di evitare i licenziamenti attraverso una diminuzione della prestazione lavorativa dei suoi dipendenti a fronte di una riduzione dello stipendio, che viene parzialmente integrato dallo Stato.

⁸⁷ M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 16-18.

⁸⁸ M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 19 s.



Infine, è da segnalare come la restrizione temporanea del diritto di disdetta del locatore non faccia venire meno le ordinarie possibilità che la legge offre al conduttore di sanare l'inadempimento e di impedire o rendere inefficace la disdetta (§§ 543 II S. 2 e 3, 569 III Nr. 2 BGB): le nuove disposizioni, infatti, si affiancano a quelle già previste dal codice civile a favore del conduttore senza tuttavia sostituirvisi⁸⁹.

9. – Come già le disposizioni in precedenza esaminate, pure il § 3 dell'art. 240 EGBGB, dedicato ai contratti di mutuo conclusi dai consumatori⁹⁰, mira a scongiurare quell'“effetto domino” che la pandemia potrebbe avviare nelle sfere patrimoniali dei privati. La norma persegue un obiettivo di stabilizzazione del sistema economico che riflette un impiego funzionalizzante del diritto privato in vista della realizzazione di un interesse pubblico⁹¹. Storicamente, essa si inserisce nel solco di quelle ipotesi di *Vertragshilfe*, apparse dopo la seconda guerra mondiale, che ammettevano una dilazione, e talora perfino una riduzione, degli obblighi del debitore; con la differenza, però, che in quei casi tali esiti non si verificavano *ex lege*, ma in virtù di un pronunciamento del giudice⁹².

Di base, la disciplina stabilisce, per i contratti di mutuo conclusi dai consumatori prima del 15 marzo 2020, che, a certe condizioni, le obbligazioni restitutorie del mutuatario, previste nel periodo intercorrente tra il primo aprile e il trenta giugno 2020, siano di diritto differite di tre mesi dal giorno della loro scadenza. Inoltre, si dispone una limitazione dell'ordinario diritto del mutuante di sciogliere il contratto mediante disdetta.

Il diverso *Stichtag*, rispetto a quello del § 1, si spiega col fatto che normalmente la stipulazione di un mutuo richiede una più lunga fase precontrattuale e che, di solito, nel credito immobiliare, il contratto di vendita precede quello di finanziamento⁹³.

Il § 3 si applica ai negozi che, ai sensi del § 491 BGB, rappresentano un contratto di mutuo ai consumatori, restando invece indifferente che si tratti di *Allgemein* – o *Immobilienverbraucherdarlehensverträge*, secondo la distinzione compiuta al § 491 II e III

⁸⁹ M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 37.

⁹⁰ L'ottavo comma del § 3 autorizzava altresì il governo federale a estendere, con decreto richiedente l'approvazione del Bundestag ma non quella del Bundesrat, la disciplina in parola anche ad altri soggetti, tra cui, in particolare, le microimprese.

⁹¹ CH. A. WEBER, *Art. 240 § 3 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn 2.

⁹² CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn 3., che rammenta, tra l'altro, il § 1 del *Gesetz über die richterliche Vertragshilfe* del 26 marzo 1952.

⁹³ BT-Drs 19/18110, 38; T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1321.



BGB. Vengono così in gioco tutti i contratti di mutuo onerosi che non rientrino nelle eccezioni annoverate al § 491 II S. 2, III S. 2 e 4 BGB⁹⁴.

Perché operi il differimento delle obbligazioni del mutuatario occorrono due requisiti: che il consumatore abbia sofferto una perdita di entrate riconducibile a circostanze straordinarie causate dalla pandemia Covid-19; e che, alla luce di tali perdite, la pretesa del mutuante al pagamento di quanto dovuto appaia inesigibile.

Il primo requisito postula un collegamento tra la diminuzione delle entrate e la crisi sanitaria da intendersi, anche qui, in senso ampio, ossia in via diretta e indiretta. Così, tale nesso vi sarà non solo quando la situazione economica del mutuatario si sia deteriorata avendo egli contratto l'infezione, o avendo la sua attività subito un arresto a causa dei provvedimenti pubblicistici di contrasto del virus, ma pure quando egli abbia dovuto sospendere o ridurre la propria occupazione per accudire i figli a seguito della chiusura di scuole e asili. Questa interpretazione risulta coerente col dato testuale del § 3 I S. 1, il quale non si riferisce strettamente alla pandemia Covid-19, bensì agli «außergewöhnlichen Verhältnisse» cagionati dalla propagazione della medesima⁹⁵.

Il secondo requisito, invece, ricorre, in particolare, quando l'esecuzione della prestazione metta in pericolo l'adeguato livello di sostentamento del mutuatario o delle persone al cui mantenimento è obbligato⁹⁶ (§ 3 I S. 2). In linea di massima, ed entro detto limite, i pagamenti che il mutuatario può compiere attingendo a risorse liquide (come i depositi bancari) sono da ritenersi esigibili allorquando non risulti in concreto prevedibile che tali risorse abbiano un'altra destinazione; viceversa, il mutuatario non è tenuto a vendere immediatamente un immobile o a prendere in locazione un appartamento meno costoso, né, in generale, a “svendere” i beni che gli appartengono⁹⁷.

⁹⁴ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 8.

⁹⁵ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 12 s. La norma include le perdite di entrate di ogni genere. Non solo, quindi, quelle del lavoratore dipendente che resti senza occupazione o sia posto in *Kurzarbeit*, ma anche quelle che sconta il lavoratore autonomo o l'imprenditore a causa di una diminuzione del volume di affari e degli utili.

⁹⁶ Vengono qui in gioco tutte le tipologie di obblighi legali di mantenimento, quali quelle di cui ai §§ 1360 ss., 1570 ss., 1601 ss., 16151 ss. BGB.

⁹⁷ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 16, che profila tuttavia una diversa soluzione per quanto concerne le azioni e gli investimenti caratterizzati da un rischio speculativo.

Si discute inoltre se, ai fini della valutazione di esigibilità della prestazione, debba tenersi conto della facoltà del mutuatario, che abbia anche altri debiti e non sia in grado di adempierli contestualmente a quello verso il mutuante, di rifiutare l'adempimento delle altre obbligazioni avvalendosi dell'eccezione prevista al § 1. In altri termini, ci si è chiesti se il mutuatario, in una situazione del genere, sia o meno tenuto a esercitare anzitutto il *Leistungsverweigerungsrecht* onde destinare le risorse così risparmiate al pagamento del debito col mutuante. Parte della dottrina è di questo avviso, sottolineando come la moratoria di cui al § 1 sia



Quando sono presenti tutti gli elementi costitutivi della *Stundung*, gli obblighi del mutuatario al rimborso del capitale e degli interessi che scadrebbero tra il primo aprile e il trenta giugno 2020 vengono di diritto rinviati di tre mesi rispetto alla loro scadenza. Resta comunque ferma la facoltà del consumatore di adempiere regolarmente le sue obbligazioni, secondo i termini originariamente pattuiti, posto che la norma incide sulla esigibilità, e non sulla eseguibilità, della prestazione: in tal caso, la dilazione si considererà non avvenuta (§ 3 I S. 3 e 4), inibendosi altresì ogni successiva pretesa restitutoria, a prescindere dalla consapevolezza o meno del mutuatario circa il differimento dei suoi obblighi⁹⁸.

Benché non sia espressamente stabilito, l'opinione preferibile ritiene che la dilazione debba essere gratuita, e dunque che non si producano interessi durante la medesima. Tale conclusione (pur non condivisa da tutta la dottrina) appare maggiormente in linea con la gratuità che caratterizza l'eventuale adeguamento legale del contratto ai sensi del quinto comma del § 3⁹⁹, nonché con l'obiettivo del provvedimento di "dare respiro al consumatore"¹⁰⁰, posto che non vi è dubbio che una dilazione gratuita offra al debitore più ossigeno di una onerosa¹⁰¹.

La disciplina prevista al § 3 I non è imperativa: essa, infatti, può essere convenzionalmente derogata dalle parti, soprattutto al fine di stabilire pagamenti parziali, di regolare la restituzione del capitale o degli interessi e di ristrutturare il debito (§ 3 II). Tali deroghe saranno tuttavia soggette alla *Inhaltskontrolle* del § 307 I BGB là dove vengano apportate mediante condizioni generali di contratto oppure attraverso una clausola destinata a essere utilizzata una volta soltanto e sul cui contenuto il consumatore non abbia potuto influire (§ 310 III Nr. 2 BGB). Peraltro, essendo qui esplicitamente incoraggiata dal legislatore la rinegoziazione del contratto, come a breve vedremo, si ritiene che il

un mezzo di preservazione della liquidità del debitore (CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 154). Altra parte, invece, più condivisibilmente, nega che la sistematica dell'art. 240 EGBGB imponga un simile ordine di priorità, segnalando come il § 3, ai commi quarto e quinto, punti a una soluzione sostenibile di più lungo periodo di quella delineata al § 1: ma tale ambizione sarebbe tuttavia vanificata qualora il debitore dovesse invece avvalersi prioritariamente della moratoria (CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 17. Peraltro, poiché, a differenza della moratoria, il rinvio delle obbligazioni del mutuatario opera *ex lege*, è stato altresì osservato come si debba piuttosto considerare se non siano proprio gli effetti di tale differimento a confutare il presupposto dell'eccezione di cui al § 1 basato sulla circostanza che l'adempimento del rapporto di durata metta a rischio, nel caso concreto, l'adeguato sostentamento del debitore: R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 23).

⁹⁸ CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 158.

⁹⁹ BT-Drs 19/18110, 40.

¹⁰⁰ BT-Drs 19/18110, 37.

¹⁰¹ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 24 s.



sindacato sulle pattuizioni in deroga debba seguire un criterio più discreto di quello consueto¹⁰².

Durante la dilazione, il mutuante non può esercitare il diritto di disdetta che normalmente gli spetterebbe in caso di mora del consumatore (§ 498 BGB) e di significativo peggioramento delle condizioni economiche del mutuatario o del valore di una garanzia prestata per il mutuo (§ 490 I BGB; Nr. 19 III Alt. 2 AGB-Banken) (§ 3 III): eventuali dichiarazioni di disdetta che pervenissero al mutuatario in tale arco di tempo sarebbero quindi inefficaci. Siffatta franchigia, tuttavia, non vale qualora risulti irragionevole per il mutuante ai sensi del sesto comma. Restano, invece, sempre ferme le altre cause di disdetta ammesse dalla legge (come quella al § 488 III BGB)¹⁰³.

Il § 3 IV stabilisce che il mutuante è tenuto a offrire al consumatore un'occasione di dialogo (anche attraverso mezzi di comunicazione a distanza) al fine di verificare l'adattabilità di regole convenzionali e di particolari misure di supporto del debitore. La norma ha un duplice scopo: da un lato, promuove la ricerca di soluzioni condivise che siano il più possibile aderenti alle specificità del singolo caso; da un altro lato, esorta altresì le parti a trovare un accordo onde gestire il rapporto nel periodo successivo alla dilazione¹⁰⁴. All'eventuale mancanza di intesa supplirà la regola integrativa prevista al § 3 V, la quale sancisce il prolungamento di tre mesi dell'intero rapporto contrattuale e la conseguente posticipazione delle rate del mutuo: in questo modo, si evita al mutuatario, al termine dei tre mesi di dilazione, di dover sostenere, per il trimestre successivo, un gravoso rimborso "doppio", composto cioè, oltre che dalle rate che erano state sospese, da quelle che sono poi ulteriormente scadute¹⁰⁵.

Là dove il consumatore beneficia della *Stundung*, sul mutuante grava un vero e proprio obbligo di avviare l'anzidetta fase interlocutoria, salvo quando la stessa si riveli in radice manifestamente inutile (come sarebbe qualora il mutuatario dichiarasse spontaneamente di non volerla intraprendere)¹⁰⁶ o quando il rinnovo delle trattative non appaia in concreto esigibile dal mutuante (là dove, per esempio, il mutuatario si fosse in precedenza mo-

¹⁰² CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 29.

¹⁰³ Le disposizioni di cui al terzo comma sono inderogabili a svantaggio del consumatore.

¹⁰⁴ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 35.

¹⁰⁵ T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1323. Tale prolungamento, però, si giustifica solo in quanto concretamente necessario a impedire il doppio aggravio del mutuatario: sicché, se egli avesse comunque pagato una rata, e avesse beneficiato della dilazione solo per le altre due, il prolungamento del rapporto sarebbe allora di due mesi soltanto.

¹⁰⁶ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 36.



strato notevolmente inaffidabile)¹⁰⁷. In tutti gli altri casi, se il mutuante non si attiene a questa direttiva può essere chiamato a risarcire il danno, ove un danno sussista e siano altresì integrati i requisiti della responsabilità per violazione di un obbligo previsti dal § 280 I BGB¹⁰⁸.

Come già nella fattispecie di cui al § 1, anche qui il beneficio accordato al consumatore non opera indiscriminatamente. Se, infatti, il diritto del mutuante è suscettibile di subire una restrizione, in vista di un prevalente obiettivo d'ordine sociale, ciò, tuttavia, non esonera il legislatore dal compiere quel bilanciamento di interessi che non può mai risolversi nell'ingiustificata soccombenza di una situazione giuridica (quella appunto del creditore) che gode pur sempre di una copertura costituzionale, discendente dalla garanzia che ricevono dall'art. 2 I GG la libertà contrattuale e il diritto alla conduzione di un'attività economica¹⁰⁹ e, soprattutto, dall'art. 14 I GG i diritti di credito in quanto tali¹¹⁰.

Il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi è fissato dal sesto comma del § 3, il quale stabilisce che i commi dal primo al quinto non si applichino là dove appaia irragionevole infliggere al mutuante il differimento delle pretese restitutorie e la sospensione del diritto di disdetta, secondo un giudizio che deve essere svolto sulla base di tutte le circostanze rilevanti del singolo caso, inclusi i cambiamenti delle condizioni generali di vita riconducibili all'emergenza sanitaria. Al riguardo, i lavori preparatori evocano ipotesi di gravi o prolungate violazioni degli obblighi contrattuali da parte del consumatore, come, per esempio, l'aver millantato fraudolentemente l'esistenza di una garanzia o l'aver alienato la medesima prima o durante la situazione eccezionale determinata dalla pandemia, posto che siffatti comportamenti arrecano un serio pregiudizio alla posizione creditoria¹¹¹. In realtà, però, tali esemplificazioni non sembrano molto significative, poiché simili condotte, non rientrando tra le ipotesi escluse dal terzo comma, legittimerebbero comunque il diritto di disdetta del mutuante (ai sensi dei §§ 490 III, 314 BGB, e del Nr. 19 III AGB-Banken); cosicché, da questo punto di vista, la previsione in parola non avrebbe una grande utilità. Al fine di attribuire un qualche rilievo alla norma, la si è allora letta nel senso di ravvisarvi un'immunità analoga a quella contemplata al § 1 III S. 1

¹⁰⁷ CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 172.

¹⁰⁸ CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 36; CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 174. Diversamente, T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1323, secondo cui sul mutuante non graverebbe un vero e proprio obbligo di comunicare col mutuatario.

¹⁰⁹ BT-Drs 19/18110, 38.

¹¹⁰ T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1325.

¹¹¹ BT-Drs 19/18110, 40.



a proposito della moratoria generale: pertanto, in quest'ottica, il mutuante non sarebbe tenuto a sopportare la dilazione e la privazione temporanea del diritto di disdetta là dove le ricadute patrimoniali di tali opzioni rischiassero di metterne a repentaglio la tenuta economica, come potrebbe accadere qualora la clientela si avvallesse largamente e contestualmente del differimento dei pagamenti¹¹².

10. – Con leggi successive a quella del 27 marzo 2020 sono stati inseriti due ulteriori paragrafi all'art. 240 EGBGB, al fine di definire le sorti di determinati rapporti negoziali la cui attuazione è stata pregiudicata in modo significativo dalla pandemia. In particolare, con il § 5 sono state disciplinate le conseguenze derivanti dalla cancellazione di eventi dal vivo o dalla chiusura di attività che erogano servizi che comportano di solito la compresenza di una pluralità di fruitori, mentre con il § 6 sono state regolate le ripercussioni che l'emergenza sanitaria ha avuto sui contratti di acquisto di pacchetti turistici.

Tali discipline sono accomunate dalla facoltà, riconosciuta al debitore della prestazione guastata dalla situazione emergenziale, di corrispondere al creditore un buono anziché la somma di denaro che aveva ricevuto¹¹³. La soluzione così predisposta, ribattezzata *Gutscheinlösung*, mira a garantire al debitore, impossibilitato a rendere la prestazione, ma che magari aveva già sostenuto considerevoli spese in vista della medesima, un risparmio di liquidità che può rivelarsi decisivo per la sopravvivenza della sua impresa, nonché, su scala macroeconomica, dell'intero comparto interessato¹¹⁴. Tra le due normative vi è però un'importante differenza, poiché, mentre il § 6 consente al creditore di rifiutare il buono e di esigere subito la restituzione di quanto pagato, il § 5, diversamente, subordina detta pretesa alla sussistenza di alcuni presupposti. Tale limitazione, come vedremo, ha però suscitato perplessità, giacché non è del tutto chiaro fino a che punto il suo costo possa essere lasciato a carico dei creditori, i quali, avendo eseguito anticipata-

¹¹² CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 41 s., che prospetta altresì la possibilità di considerare il differimento anche solo parzialmente irragionevole, ossia suscettibile di essere comunque sopportato dal mutuante ma a condizioni diverse da quelle in generale previste dalla legge, e cioè, per esempio, per un periodo più breve rispetto a quello trimestrale o escludendone la gratuità.

¹¹³ La tecnica del «voucher» è stata prevista, e variamente disciplinata, anche nel nostro ordinamento, con riguardo al rimborso di «titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura» e di «titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici» (artt. 88 e 88-bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18); sul punto, v. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, 508 ss. (il saggio è precedente alle modifiche apportate dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. mod. l. 17 luglio 2020, n. 77).

¹¹⁴ BT-Drs 19/18697, 5.



mente la loro prestazione, si ritrovano, di fatto, in una posizione assimilabile a quella di un finanziatore¹¹⁵.

Il § 5 I S. 1¹¹⁶ prevede che se un evento musicale, culturale, sportivo o comunque attinente al tempo libero non si sia potuto tenere a causa della pandemia, l'organizzatore sia legittimato a corrispondere, ai titolari di biglietti acquistati prima dell'otto marzo 2020, un buono in luogo del rimborso del prezzo del biglietto (rimborso che spetterebbe all'acquirente ai sensi dei §§ 326 I S. 1 Hs. 1 e IV e 346 I BGB¹¹⁷). L'ambito applicativo della disposizione è molto ampio, includendo tutte le manifestazioni – come spettacoli teatrali, competizioni sportive, proiezioni cinematografiche, rassegne, concerti... – che non si siano svolte per lo scoppio della crisi sanitaria. La norma postula che la cancellazione dell'evento sia riconducibile a un divieto o a un atto di natura pubblicistica, i quali, però, potrebbero anche essere rivolti a soggetti diversi dall'organizzatore ma necessari allo svolgimento della manifestazione (è il caso di un divieto di circolazione che impedisca ai musicisti di raggiungere la sede del concerto)¹¹⁸. Il § 5 I S. 2 prende inoltre in esame l'eventualità che queste manifestazioni o attività siano frazionate in più giorni, benché il titolo di ingresso sia unitario (si pensi all'abbonamento a una stagione lirica o concertistica, o a un corso di lingua o di musica¹¹⁹): in tale ipotesi, l'importo del buono sarà commisurato al valore delle parti che non si siano tenute.

Una regola analoga a quella del primo comma (S. 1) è poi stabilita (§ 5 II) con riguardo alla chiusura di strutture in cui si svolgano del pari attività musicali, culturali, sportive o inerenti al tempo libero, allorquando il fruitore abbia acquistato il titolo di ingresso prima dell'otto marzo 2020 (si pensi a una carta semestrale per l'accesso a un museo, o all'abbonamento annuale alla palestra o alla piscina¹²⁰). La previsione richiede che la chiusura della struttura sia stata imposta da una norma di diritto pubblico, cosicché non

¹¹⁵ J. BUSCHE, *Art. 240 § 5 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 3.

¹¹⁶ Il § 5 è stato introdotto dal *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE)* del 15 maggio 2020.

¹¹⁷ Il § 326 BGB, in particolare, stabilisce che se il debitore non è tenuto ad adempiere in base al § 275 I-III BGB, la pretesa alla controprestazione venga meno (I S. 1 HS 1), e che qualora il debitore abbia nondimeno eseguito la prestazione non dovuta, quanto è stato prestato possa essere ripetuto in base ai §§ 346-348 BGB (IV).

¹¹⁸ W. VOIT, *Art. 240 § 5 EGBGB*, in W. HAU-R. POSECK (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 56. Aufl., München, 2020, Rn. 9.

¹¹⁹ W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 5.

¹²⁰ J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 19.



rientrano nel suo alveo le interruzioni volontariamente decise dalla struttura stessa o motivate con la non convenienza economica dell'apertura in costanza dell'emergenza¹²¹.

L'emissione e l'invio del buono sono sempre gratuiti, e il suo ammontare equivale al prezzo pagato dall'acquirente, comprensivo dell'eventuale diritto di prevendita (§ 5 III). Se rilasciato da un organizzatore di eventi, il buono permette di acquistare un altro evento programmato dall'organizzatore, ma non è, di per sé, un titolo d'ingresso: pertanto, se il nuovo evento avesse un prezzo maggiore rispetto al valore del buono, il titolare dovrà integrare a sue spese l'eccedenza. Anche quando sia poi rilasciato da una delle strutture di cui al secondo comma, il buono dovrà ugualmente esprimere un valore in denaro (e non, invece, il lasso di tempo corrispondente al periodo di chiusura della struttura)¹²².

Il titolare riacquista il diritto al rimborso del prezzo originariamente versato quando, per le sue personali condizioni di vita, l'attribuzione del buono appaia irragionevole, oppure quando non lo abbia riscattato entro il trentuno dicembre 2021 (§ 5 V).

Il richiamo alle condizioni di vita dell'avente diritto comprende sia la sfera patrimoniale, sia quella personale: nel primo senso, si annoverano le ipotesi in cui il creditore, in assenza del rimborso, non riesca a far fronte a spese essenziali (come il canone di locazione o le bollette per la fornitura di energia elettrica), oppure corra il rischio di non essere in grado di provvedere autonomamente e in misura adeguata al mantenimento proprio o dei familiari che da lui dipendono; nel secondo senso, invece, potrebbe accadere, per esempio, che il creditore si trasferisse in un'altra città, rispetto a quella in cui l'evento o l'attività erano pianificati, divenendogli così estremamente disagiata sfruttare in seguito il buono, oppure che per tutta la durata dello stesso non possa giovare a causa di un serio problema di salute – mentre non varrebbe addurre la mera perdita di interesse alla prestazione¹²³. Là dove, infine, il creditore abbia lasciato inutilmente trascorrere il termine del trentuno dicembre 2021, potrà comunque chiedere il pagamento in denaro del buono senza dover all'uopo fornire alcuna giustificazione¹²⁴.

¹²¹ J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 27.

¹²² W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 11 ss.; J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 30, che segnalano altresì come il buono, quale titolo di legittimazione (§ 807 BGB), sia suscettibile di essere ceduto a terzi, dietro corrispettivo, secondo le modalità previste per il trasferimento dei beni mobili (§§ 929 ss. BGB), cosicché in tal modo il titolare possa immediatamente realizzare il controvalore pecuniario dello stesso.

¹²³ J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 38 ss.; W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 16. In linea di massima, non si potrà pretendere che il creditore, per avvalersi del buono, sopporti spese supplementari sproporzionate rispetto a quelle programmate inizialmente (qualora, per esempio, avesse acquistato il biglietto per un evento che si sarebbe dovuto tenere in concomitanza con una vacanza programmata nello stesso luogo).

¹²⁴ J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 41.



Come anticipato, la subordinazione del rimborso a queste condizioni è stata piuttosto discussa in dottrina¹²⁵, dove si è addirittura dubitato della legittimità, o almeno della proporzionalità, di una simile ingerenza nell'autonomia privata, alla luce della protezione costituzionale di cui godono i diritti patrimoniali e la libertà contrattuale (artt. 14 I e 2 I GG). Si è infatti sottolineato come questa regolamentazione interferisca retroattivamente su relazioni contrattuali già in essere, differendo la scadenza dell'obbligazione restitutoria senza prevedere al contempo la corresponsione di alcun interesse, e anzi spostando sul creditore – spesso un consumatore – il rischio della futura insolvenza del debitore. D'altro canto, la validità della disciplina è stata invece sostenuta sia adducendo l'equivalenza del valore del buono rispetto al prezzo pagato inizialmente dal creditore, sia (soprattutto) in considerazione della difficile realizzabilità, nell'immediato, di una molteplicità di pretese restitutorie, attese le difficoltà economiche a cui sono andati incontro gli operatori ai quali la normativa si indirizza¹²⁶.

Assai meno problematico del § 5, invece, è il § 6 dell'art. 240 EGBGB¹²⁷, con il quale il legislatore ha voluto regolamentare le ricadute che sul mercato dei servizi turistici ha avuto la crisi sanitaria mondiale. In tale contesto, infatti, non si pongono le obiezioni di legittimità testé ricordate, essendo state adottate soluzioni più elastiche, probabilmente in ragione della maggior onerosità dei contratti di viaggio e degli strascichi di una recente vicenda a cui accenneremo.

La disciplina del § 6 si interseca con quella, di matrice europea, del *Pauschalreisevertrag*, e presuppone (al primo comma) che il viaggiatore o l'organizzatore, per ragioni connesse alla pandemia, abbiano esercitato, ai sensi del § 651h I, III e IV S. 1 Nr. 2 BGB, il recesso da un contratto di viaggio concluso prima dell'otto marzo 2020¹²⁸. Tali

¹²⁵ W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 2; J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 3, 37.

¹²⁶ BT-Drs 19/18697, 8. Per la legittimità costituzionale della misura, A. BÖMER-PH. NEDELCO, *Die Rückwirkung der Gutscheinelösung im Lichte des Verfassungs- und Intertemporalen Privatrechts*, in *NJOZ*, 2020, 1220 ss.; A.-M. KAULBACH-B. SCHOLL, *op. cit.*, 141, che sottolineano come siano proprio le due eccezioni previste al quinto comma a garantire la costituzionalità della norma. D'altro avviso, H. EIBENSTEIN, *Verfassungswidrigkeit der "Gutscheinelösung" im Veranstaltungsvertragsrecht. Zum unzulässigen Eingriff in die Eigentumsfreiheit und dem Verbot rückwirkender Gesetze*, in *COVuR*, 2020, 250 ss.

¹²⁷ Che discende dall'art. 1 del *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht und zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kammern im Bereich der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesnotarordnung, der Wirtschaftsprüferordnung und des Steuerberatungsgesetzes während der COVID-19-Pandemie* del 10 luglio 2020.

¹²⁸ Il senso dello *Stichtag* è chiaro: oltre quella data, l'organizzatore doveva raffigurarsi il rischio che la crisi sanitaria potesse pregiudicare l'esecuzione del contratto, cosicché, se egli ha scelto di concluderlo ugualmente, ha consapevolmente accettato tale rischio, divenendo pertanto ingiustificata la facoltà accordata dal § 6 (K. TONNER, *Art. 240 § 6 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 18).



disposizioni, che appartengono al regime ordinario del contratto di viaggio “tutto compreso”, prevedono: il diritto di recesso del viaggiatore prima dell’inizio del viaggio, con conseguente perdita del diritto dell’organizzatore al pagamento del prezzo ma acquisto del diritto a un adeguato indennizzo¹²⁹ (§ 651h I BGB); l’esonero del viaggiatore dall’obbligo di corrispondere detto indennizzo, quando nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze si verificano circostanze inevitabili e straordinarie che compromettono notevolmente l’esecuzione del pacchetto turistico o il trasporto dei viaggiatori verso il luogo di destinazione (si intendono per tali le circostanze che non rientrano nel controllo della parte che ad esse si richiama e le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nemmeno qualora fossero state prese tutte le misure ragionevolmente esigibili)¹³⁰ (§ 651h III BGB); il diritto di recesso dell’organizzatore là dove questi, a causa di circostanze inevitabili e straordinarie, non sia in grado di eseguire il contratto (§ 651h IV S. 1 Nr. 2 BGB).

Orbene, quando ricorrano tali ipotesi di recesso (§ 651h I e III; § 651 IV S. 1 Nr. 2 BGB)¹³¹, l’organizzatore è tenuto di regola all’immediata restituzione al viaggiatore del

¹²⁹ Il secondo comma stabilisce che l’ammontare dell’indennizzo può anche essere convenuto in via forfettaria nel contratto sulla base di taluni indici (quali il tempo che intercorre tra il recesso e l’inizio del viaggio, i risparmi di spesa e i guadagni che derivano all’organizzatore dalla riassegnazione delle prestazioni turistiche), mentre, in mancanza di una simile pattuizione, sarà determinato secondo il prezzo del pacchetto turistico meno i risparmi di spesa e i guadagni che derivano all’organizzatore dalla riassegnazione delle prestazioni turistiche.

¹³⁰ È sicuramente idonea a liberare il viaggiatore dall’obbligo di corrispondere l’indennizzo all’organizzatore la circostanza che, nella meta del viaggio, si registri un rischio sanitario connesso al virus Covid-19, così come anche la vigenza in quel luogo di misure che prevedano la quarantena di chi arrivi dall’estero o altre restrizioni della vita pubblica; e ancora, pure la sussistenza di un divieto di ingresso dei cittadini stranieri nel paese di destinazione renderebbe ugualmente gratuito il diritto di recesso, trattandosi di un vincolo che in alcun modo rientra nella disponibilità del viaggiatore; M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. cit.*, 1021.

¹³¹ Le quali, nel nostro caso, presuppongono che il viaggio, nel suo complesso, non possa svolgersi senza una notevole compromissione causata dall’emergenza sanitaria: sicché, il § 6 non si applicherà né quando il viaggio, tutto sommato, avrebbe potuto regolarmente svolgersi, né quando il recesso (ancorché gratuito) sia dipeso da un altro fattore, come una catastrofe naturale (K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 14 s.). Il § 6, inoltre, non si applicherà nemmeno quando a essere compromessa sia una singola prestazione di viaggio, come, per esempio, quella del vettore; tuttavia, anche qui, possono venire in gioco soluzioni simili a quelle ivi contemplate. Proprio a seguito delle molteplici cancellazioni di voli provocate dalla pandemia, infatti, molte compagnie hanno offerto ai passeggeri un rimborso in buoni anziché in denaro. Tuttavia, l’art. 5 reg. (CE) 261/2004, in realtà, prevede che, in conseguenza dell’annullamento del volo, al passeggero venga proposta una rosa di alternative comprensiva del rimborso in denaro del biglietto entro sette giorni (art. 8), mentre la possibilità di corrispondere buoni di viaggio e/o altri servizi è in effetti prevista solo in luogo dell’eventuale compensazione pecuniaria (art. 5, commi 1, lett. c, e 3), e comunque rimessa all’assenso del viaggiatore (art. 7, comma 3). Sicché, la Commissione, con raccomandazione del 13 maggio 2020 [C(2020)



prezzo del pacchetto, da compiersi, al più tardi, non oltre quattordici giorni dallo scioglimento del contratto (§ 651h V BGB). Con il § 6 si è dunque cercato di temperare l'esito che un esercizio in massa del diritto di recesso avrebbe potuto rappresentare per gli imprenditori del settore, i quali rischiavano altrimenti di andare incontro a una perdita tale di liquidità che avrebbe potuto anche compromettere la prosecuzione stessa dell'attività economica¹³².

Tale obiettivo è stato perseguito permettendo all'organizzatore di corrispondere al viaggiatore un buono anziché il rimborso del prezzo pagato (§ 6 I); ma, diversamente da quanto stabilito al § 5, questa opzione si configura adesso solo come un'eventualità, posto che spetta al viaggiatore scegliere se accettare il buono oppure chiedere subito la restituzione di quanto versato (§ 6 I S. 3), secondo un'alternativa sulla quale l'organizzatore è peraltro tenuto a richiamare l'attenzione del viaggiatore (§ 6 I S. 4). Il buono è rilasciato per un importo pari al prezzo (o al solo acconto) corrisposto¹³³ e la sua scadenza è fissata al 31 dicembre 2021 (§ 6 IV): se non venisse adoperato entro tale data, il viaggiatore potrebbe esercitare l'ordinario diritto al rimborso previsto dal § 651h V BGB.

Rispetto al § 5, e al di là della comunanza di intenti, vi sono nondimeno due fondamentali differenze: la prima, per l'appunto, è che il creditore di un *Veranstalter* o di un *Betreiber* può trovarsi tenuto, almeno per un primo (non breve) momento, ad accettare il buono, laddove il viaggiatore, viceversa, è fin da subito libero di rifiutarlo. La seconda, poi, è data dal fatto che mentre il creditore della prestazione ricreativa è lasciato esposto al rischio del dissesto finanziario della controparte, l'acquirente del pacchetto turistico, invece, è tutelato contro questa evenienza dal § 6 VI, il quale estende la protezione assicurativa contro l'insolvenza dell'organizzatore (§ 651r BGB) anche al valore del buono,

3125 final], ha ritenuto opportuno indicare una serie di caratteristiche che i buoni offerti in seguito all'annullamento di pacchetti turistici o di servizi di trasporto dovrebbero presentare – tra cui la rimborsabilità e la cedibilità senza costi ulteriori –, sottolineando, però, come la loro accettazione, in alternativa al rimborso, debba sempre essere volontaria. In tema, v. anche la comunicazione della Commissione del 18 marzo 2020 [C(2020) 1830 final].

¹³² BT-Drs 19/19851, 9.

¹³³ In teoria, l'organizzatore potrebbe emettere il buono anche per un valore più alto, incorporandovi così una sorta di *bonus* per incentivare la scelta del viaggiatore. Senonché, tale possibilità è stata consapevolmente non contemplata dal legislatore, temendosi che un indiscriminato aumento del valore dei buoni conducesse più rapidamente al raggiungimento della soglia di 110.000.000 di euro a cui è possibile limitare la responsabilità dell'assicurazione (§ 651r III S. 3 BGB). Peraltro, è stato notato come anche l'organizzatore, a ben vedere, non dovrebbe avere interesse ad assegnare al buono un valore più alto del prezzo pagato dal viaggiatore, poiché essendo pure tale eccedenza coperta dall'assicurazione contro l'insolvenza dell'organizzatore, aumenterebbe allora anche il contributo di quest'ultimo per il finanziamento della garanzia pubblica integrativa (§ 6 VII); K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 24 s.



qualora, una volta decorsane la scadenza, il debitore non sia in condizione di adempiere l'obbligazione restitutoria¹³⁴.

Peraltro, il legislatore, memore della vicenda del tour operator “Thomas Cook”, il cui fallimento, nell'autunno del 2019, ha avuto conseguenze così ampie da rendere insufficiente perfino la garanzia codicistica, stante il limite di centodieci milioni di euro fissato al § 651r III S. 3 BGB¹³⁵, ha ora previsto, qualora i buoni, in caso di insolvenza dell'organizzatore, non siano interamente rimborsati dall'assicuratore o dall'istituto di credito, che il viaggiatore possa far valere nei confronti dello Stato tedesco il diritto alla restituzione della parte residua. In tal modo, i titolari di buoni rilasciati a causa dell'emergenza sanitaria beneficiano di una posizione privilegiata rispetto ai viaggiatori che vantano invece normali pretese restitutorie verso l'organizzatore, le quali non godono infatti della garanzia pubblica¹³⁶. Di tale disparità di trattamento, invero, il legislatore è apparso consapevole nei lavori preparatori, ma, in ragione della complessità che un intervento in materia presenta, ha preferito limitarsi intanto ad agire sulla più stringente questione del regime dei buoni emessi nei frangenti della pandemia, rinviando a un'occasione meno concitata la riforma della *Insolvenzversicherung im Reiserecht*¹³⁷.

¹³⁴ K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 2 s.

¹³⁵ Pure in quella vicenda, essendo stato soddisfatto solo il 17,5% delle richieste restitutorie, il governo federale è intervenuto onde rimborsare ai viaggiatori quanto non avevano ricevuto dal *Kundengeldabsicherung*. Il soccorso pubblico non era qui imposto da una norma di legge, ma è stato volontariamente deciso dal governo onde scongiurare una possibile responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo (e, in particolare, della direttiva sui pacchetti turistici); K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 3 e 36.

¹³⁶ K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 39.

¹³⁷ BT-Drs 19/19851, 14.