

EMERGENCIA SANITARIA GLOBAL: SU IMPACTO EN LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza
Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra

C. Ashouripour - V. Bianco Hormaechea - A. M. Bousquet - A. N. Canosa - R. Cardilli - L. A. Caro Figueroa - J. Casabella Dávalos - R. Castro - M. Ciaccia - I. Colombo - J. C. Crivelli - R. Daher - B. Fernández Villa - B. Gambier - C. Gómez Rincón - R. G. Loutayf Ranea - C. Mirabelli - M. J. Miranda - I. P. Nohara - L. C. Palumbo - C. M. Posdeley - H. M. Pozo Gowland - R. Rabbi-Baldi Cabanillas - M. S. Serrano - G. Valdés Ortiz - E. I. Vidal.



Ediciones
rap

EMERGENCIA
SANITARIA GLOBAL:
SU IMPACTO EN LAS
INSTITUCIONES JURÍDICAS

Directores: Dres. Rodolfo C. Barra - Martín Plaza

Coordinador: Dr. José Gabriel Chibán

Prólogo a cargo del Dr. Rodolfo C. Barra

Ediciones
IRAP

Emergencia sanitaria global: su impacto en las instituciones jurídicas /
Rodolfo Carlos Barra ... [et. al]; compilado por Gabriel Chibán. - 1a ed.
compendiada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Rap, 2020.

Libro digital, DOC

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-694-024-5

I. Derecho. I. Barra, Rodolfo Carlos. II. Chibán, Gabriel, comp. III. Título.
CDD 344.043

© **Ediciones Rap** s. a.

Talcahuano 638, Piso 4, of. H (C1013AAN)

Ciudad de Buenos Aires - República Argentina

consulta@revistarap.com.ar

www.revistarap.com.ar

Queda hecho el depósito
que establece la Ley 11.723

ISBN: 978-987-694-024-5

Las colaboraciones firmadas no representan necesariamente
la opinión de la Dirección Editorial.

Prohibida la reproducción total o parcial, por medios electrónicos
o mecánicos, incluidos fotocopia, grabación magnetofónica
y cualquier sistema de almacenamiento de información
sin autorización escrita del Editor.

ÍNDICE

PRÓLOGO

<i>Rodolfo C. Barra</i>	7
-------------------------------	---

PARTE GENERAL

“Estado constitucional de Derecho, excepcionalidad y democracia” <i>Martín Plaza</i>	13
---	----

“Ley y emergencia. Principio y contingencia” <i>Rodolfo C. Barra</i>	39
---	----

“Peste, Estado y secuelas” <i>José Gabriel Chibán</i>	65
--	----

“Tutela dei diritti umani: diritto alla salute e globalizzazione” <i>Mario Ciaccia</i>	84
---	----

“Protección de los derechos humanos: derecho a la salud y globalización” <i>Mario Ciaccia</i>	94
--	----

“ <i>Coronavirus e ius</i> . La scienza giuridica del XXI secolo ai tempi della grande pandemia” <i>Riccardo Cardilli</i>	104
--	-----

“El COVID-19 o el rescate de la ‘persona’” <i>Renato Rabbi-Baldi Cabanillas</i>	122
--	-----

LAS EMERGENCIAS

“La emergencia económica y los contratos públicos. A propósito de la pandemia COVID-19” <i>Julio César Crivelli, Luis C. Palumbo</i>	137
“El equilibrio de la relación contractual frente a una pandemia” <i>Guadalupe Valdés Ortiz</i>	147
“Contratos administrativos, emergencia y pandemia: ¿factor externo e imprevisible? Alternativas para superar la crisis contractual” <i>Bárbara Fernández Villa, Andrés M. Bousquet, Claudio M. Posdeley, Marcos S. Serrano</i>	157
“Propuesta de modificaciones puntuales a la ley de concursos como consecuencia de la pandemia. El segundo concurso preventivo” <i>Carlos Gómez Rincón, Enrique I. Vidal, Rebeca Daher</i>	174
“La pandemia y el derecho concursal” <i>Carlos Gómez Rincón</i>	180
“El transporte en la emergencia sanitaria” <i>Armando N. Canosa</i>	193
“Investigación sobre emergencia social, económica y jurídica a partir del COVID-19. Régimen energético” <i>Héctor M. Pozo Gowland</i>	208
“Repercusiones penales del Régimen Sanitario Nacional para afrontar el COVID-19 en Argentina” <i>Juan Casabella Dávalos</i>	223
“La pandemia del COVID-19 y la salud mental” <i>María José Miranda</i>	239

CUESTIONES JURISDICCIONALES

“Notas sobre el constitucionalismo y los estados de emergencia. Las garantías constitucionales y el Poder Judicial” <i>Ignacio Colombo</i>	253
“Emergencias y control judicial” <i>Roberto G. Loutayf Ranea</i>	268
“La responsabilidad estatal: el día después del COVID-19” <i>Rosana M. Castro</i>	302
“La pandemia COVID-19 y la responsabilidad del Estado” <i>Beltrán Gambier</i>	311

LA PANDEMIA EN EL MUNDO

“Emergenza sanitaria e emergenza giuridica. Punti problematici per il diritto costituzionale in Italia” <i>Cesare Mirabelli</i>	322
“Emergência e combate à pandemia do COVID-19 no Brasil: omissões, crise institucional e conflitos interfederativos” <i>Irene Patrícia Nohara</i>	332
“The exercise of emergency powers in the United States” <i>Cameron Ashouripour</i>	340
“El ejercicio de las facultades excepcionales en los Estados Unidos” <i>Cameron Ashouripour</i>	347
“Los organismos internacionales en la gestión del coronavirus: ¿hacia un multilateralismo vinculante?” <i>Valentina Bianco Hormaechea</i>	355
“Pandemia y limitación de derechos fundamentales. Los principios de Siracusa” <i>Luis Alberto Caro Figueroa</i>	370

CORONAVIRUS E IUS.
LA SCIENZA GIURIDICA DEL XXI SECOLO
AI TEMPI DELLA GRANDE PANDEMIA

RICCARDO CARDILLI*

1. VIRUS PANDEMICI NELLA STORIA

Dalla comparsa del *coronavirus* (nella sua variante cd. COVID-19 o SARS-CoV-2), fra il dicembre del 2019 ed il gennaio del 2020 in Cina¹, la polmonite virale da esso provocata si è diffusa a mano a mano in tutto il mondo, colpendo dapprima i paesi dell'Asia dell'est, poi dell'Asia centrale e dell'Europa, ed infine dell'Africa e delle Americhe. La sua velocità di propagazione è stata direttamente proporzionale alla velocità dei collegamenti aerei del XXI secolo fra i vari continenti della terra. L'assenza di cure specifiche contro il *virus* e la sua aggressività, in termini di infezioni polmonari e cardiache gravi, hanno fatto del COVID-19 un vero flagello per l'umanità.

I significati delle parole, dalla loro comparsa nella storia umana, a volte si depositano sul fondo di una coltre di nuovi significati che sono ad esse nel tempo riconosciuti, sovrapponendosi ai primi. Storicamente, la cultura di una comunità umana può

* Profesor Catedrático de Derecho Romano y Fundamentos del Derecho Europeo en la Universidad de Roma Tor Vergata. Director del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la misma Universidad. Coordinador del Centro de Estudios Eurasiáticos CSEA de la misma Universidad. Miembro de la Junta Directiva de la Universidad de Roma Tor Vergata. Decano de la facultad de Ciencias Políticas del Departamento de Jurisprudencia en la misma Universidad.

¹ Sul problema della sua origine naturale o artificiale, si vd. la messa a punto di K. J. Andersen, A. Rambaut, W. Ian Lipkin, E. C. Holmes and R. F., Garry, *The proximal origin of SARS-CoV-2*, in *Nature Medicine*, 26, april 2020, 450-455. Sulle tensioni internazionali ingenerate dalle accuse tra i vari Paesi rispetto al problema del contenimento dell'epidemia si vd. C. Emmons, *International Human Rights Law and COVID-19 States of Emergency*, 2020 (in *Verfassungsblog* - online).

inconsapevolmente dimenticare questi strati di significato più profondi, ma come spesso accade per quei processi imprevedibili della storia delle idee, essi possono di nuovo essere resi attualissimi e scuotersi dal torpore linguistico nel quale erano caduti, per imporsi con forza alle menti dei contemporanei.

Una di queste parole è “epidemia” e il suo correlato “pandemia”. Esse hanno assunto nel linguaggio scientifico della medicina un significato specializzato con un elemento chiaro di distinzione sul piano dell’estensione dell’infezione:

“epidemia: *manifestazione collettiva d’una malattia (colera, tifo, vaiolo, influenza, ecc.), che rapidamente si diffonde fino a colpire un gran numero di persone in un territorio più o meno vasto*”;

“pandemia: *epidemia con tendenza a diffondersi ovunque, cioè a invadere rapidamente vastissimi territori e continenti. La pandemia può dirsi realizzata soltanto in presenza di queste tre condizioni: un organismo altamente virulento, mancanza di immunizzazione specifica nell’uomo e possibilità di trasmissione da uomo a uomo*”².

La relazione semantica è di natura sinonimica convenzionale, in rapporto di *genus-species*, caratterizzata dalla differenza specifica che la pandemia è un’epidemia che invade vastissimi territori. Questo non è, tuttavia, il significato originale. La parola *epidemia* in Ippocrate e Galeno esprime un *loimós* (in latino *pestis*) che infetta un’ampia comunità di uomini.

Nella parola “epidemia” e nel suo correlato “pandemia”, parole costruite per derivazione, ha in realtà un ruolo predominante la parola greca *demos* che significa popolo, da cui ad esempio “democrazia”, nel senso di governo/potere del popolo³. In epidemia e pandemia i prefissi *epi* (su/sopra) e *pan* (tutto) ne specificano il significato nel senso di ciò che ricade “sul” popolo, rafforzandosi in *pan* nel senso di tutto il popolo. Nel significato originario della parola greca, la dimensione spaziale, riflessa poi nelle lingue moderne per la differenza tra epidemia e pandemia, non è significativa, essendo invece predominante la dimensione relazionale connessa alla comunità umana coinvolta.

Nel linguaggio della scienza medica (fin dall’antichità), per metonimia, le parole surricordate hanno acquisito il significato specialistico di malattie virali o batteriche a propagazione estesa e incontrollata, nel senso di “peste pernicioso”⁴.

² *Dizionario della medicina*, Istituto Treccani (online).

³ Sulla decostruzione concettuale della parola moderna “democrazia” (intesa essenzialmente, nel costituzionalismo moderno, nella forma della cd. democrazia rappresentativa) per comprendere il significato originario di “democrazia” nel pensiero filosofico, politico e storiografico antico, vd. L. Canfora, *Democrazia. Storia di un’ideologia*, Roma-Bari, 2006. Sul complesso rapporto tra “democrazia” greca e concezione di *res publica* come *res populi*, si vd. P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1971; G. Lobrano, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Torino, 1990, pp. 111 y ss., esemplarmente espressa in Cicero *De re publica* I, 26, 39-41. Sul rapporto tra principio democratico e diritto pubblico romano, con posizioni non coincidenti, si vd. P. Catalano, *Il principio democratico a Roma*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris* 28, 1962, pp. 316 ss. e F. De Martino, *La costituzione della città-stato*, in A. Momigliano e A. Schiavone (a cura di), *Storia di Roma*, vol. I. *Roma in Italia*, Torino, 1988, pp. 345 ss.

⁴ Galenus, in *Hipp. comm.* 2.1 ss.

Nelle fonti latine ricorre con il significato del greco “epidemia” la parola *pestilentia* derivata da *pestis* per descrivere gli effetti di una malattia infettiva con un impatto ampio sulla popolazione⁵.

Le fonti greche e romane antiche ricordano, a fronte di numerosissime epidemie, più o meno estese territorialmente, quattro grandi pandemie scoppiate nell’antichità. La peste che investì Atene tra il 430 a.C. al 426 a.C. ricordata da Tucidide, la peste cd. Antonina che investì l’Impero Romano tra il 165 d.C. al 180 d.C.⁶, la peste cd. di Cipriano intorno al 250 d.C.⁷ ed infine la Peste giustiniana del 541 d.C.⁸.

Di queste, una più di tutte sembra aver avuto effetti devastanti, la cd. peste Antonina, che ha flagellato l’impero per più di dieci anni e ucciso, secondo alcuni storici antichi, anche gli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero.

Coerente ad un metodo determinista di interpretare i fatti storici, la storiografia antica si sforza di cogliere le cause prossime degli avvenimenti, per lo più con orientamenti aneddotici, non sempre in grado di cogliere quella che una scuola storiografica del XX secolo, quella degli *Annales*, indicherà come i fattori permanenti e di lungo periodo nella Storia.

Lo storico Ammiano Marcellino (ca.330-332 d.C.- ca.397-399 d.C.) nei suoi *rerum gestarum libri XXXI* tramanda una spiegazione aneddótica della causa prossima della grave epidemia avutasi sotto l’imperatore Marco Aurelio e Lucio Vero, conosciuta appunto come “peste Antonina”.

Amm. Marc. 23.6.24: “Una volta espugnata ‘la città di Seleucia’ dai generali di ‘Lucio’ Vero Cesare—come abbiamo narrato in precedenza—la statua di Apollo Comeo (= Cumeo) fu tolta dalla sua sede e portata a Roma e qui i sacerdoti la collocarono nel tempio di Apollo Palatino. Si racconta che dopo la razzia di questa statua, mentre la città era in fiamme, alcuni soldati, che rovistavano nel tempio, trovarono un foro angusto e, sperando di trovare qualcosa di prezioso, lo aprirono e da un recesso chiuso con sopra iscritte formule magiche dei Caldei balzo fuori una pestilenza primordiale che, prodotta dalla forza di insanabili malattie (*insanabilium vi concepta morborum*), contaminò con contagi e morti tutto l’impero dagli stessi confini della Persia fino alla Gallia e al Reno, all’epoca dello stesso Vero e di Marco ‘Aurelio’ Antonino”⁹.

⁵ Significativa la ricorrenza di *pestilentia* nella terza delle *notiones deorum*, quella che terrorizza gli uomini, in Cic. *de nat. deor.* 2. 13-14: “*Cleanthes quidem noster quattuor de causis dixit in animis hominum informatas deorum esse notiones, primam posuit eam, de qua modo dixi, quae orta esset ex praesensione rerum futurarum; alteram, quam ceperimus ex magnitudine commodorum, quae percipiuntur caeli temperatione, fecunditate terrarum aliarumque commoditatum complurium copia; [14] tertiam quae terreret animos fulminibus, tempestatibus, nimbis, nivibus, grandinibus, vastitate, pestilentia, terrae motibus et saepe fremitibus lapideisque imbribus et guttis imbrium quasi cruentis, tum labibus aut repentinis terrarum hiatibus [...]*”.

⁶ J. F. Gilliam, *The Plague under Marcus Aurelius*, in *The Americ. Journal of Philology* 82/3, 1961, pp. 225 ss.

⁷ K. Harper, *Pandemics and passages to late antiquity: Rethinking the Plague of 249-270 described by Cyprian*, in *Journal of Roman Archeology*, 28, 2015, pp. 223 ss.

⁸ Su quest’ultima si vd. il volume collettaneo L. K. Little (a cura di), *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541-750*, Cambridge, 2007.

⁹ *Qua per duces Veri Caesaris, ut ante rettulimus, expulsata, avulsum sedibus simulacrum Comei Apollinis perlatumque Romam in aede Apollinis Palatini deorum antistites collocarunt, fertur autem quod post direptum*

L'esercito di Marco Aurelio, sotto la guida di Lucio Vero, sconfisse i Parti a Seleucia al Tigri, nel 164 d.C. Il fatto come narrato da Ammiano, il cui metodo storico era caratterizzato da ricerche sul campo, in archivi e biblioteche, attraverso rapporti ufficiali, ma anche grazie al ricordo orale degli eventi storici da parte dei protagonisti¹⁰, è pervaso da una vena moraleggiante, tesa a stigmatizzare il comportamento dei soldati romani che, per la loro avidità, non soddisfatti dalla sottrazione della statua di Apollo, simbolo della città conquistata, aprono nel tempio uno scrigno con iscrizioni Caldee, finendo per scatenare la violenza della peste in tutto l'Impero. La vera causa dell'epidemia non sarebbe tanto la casualità, quanto la condotta sacrilega dell'esercito romano a Seleucia. La concatenazione, particolarmente efficace, degli eventi resa nella sequenza "*quod post direptum hoc idem figmentum/contagiis polluebat*" evidenzia come ad una lettura descrittiva, si colleghi in realtà uno strato più profondo, che denota il giudizio storico di Ammiano sulle cause della grave epidemia. La forza dell'immagine della *labes primordialis, quae insanabilium vi concepta morborum... contagiis polluebat*, rende plasticamente l'espansione irrefrenabile dell'epidemia nei territori dell'Impero Romano.

Nelle fonti latine si ha un'altra straordinaria testimonianza degli effetti sul "popolo" di un'epidemia, dal *de rerum natura* di Lucrezio Caro.

Lucretius *De rerum natura* VI. 1138-1153: "Un tempo, questo tipo di morbo e flusso mortifero sparse i campi di cadaveri nel regno di Cecrope [mitico re di Atene] devastò le strade e svuotò la città di abitanti. Infatti, nato dalle parti più interne dell'Egitto, dopo aver attraversato vaste regioni di cielo e fluttuanti distese marine si abbatté infine sopra tutto il popolo di Pandione [altro leggendario re di Atene] e allora a mucchi cadevano preda della malattia e della morte. All'inizio avevano il capo bruciante di un ardore infuocato ed ambedue gli occhi arrossati per un bagliore diffuso le fauci nere, inoltre, all'interno sudavano sangue ostruita di piaghe la via della voce si serrava, e la lingua, interprete dell'animo, gocce di sangue stillava, fiaccata dal male, impacciata nel movimento, ruvida al tatto. Poi, attraverso la gola invadeva i polmoni e affluiva nel cuore afflitto dei malati, allora davvero tutte le barriere della vita vacillavano"¹¹.

hoc idem figmentum incensa civitate milites fanum scrutantes invenere foramen angustum, quo reserato, ut pretiosum aliquid invenirent, ex adyto quodam concluso a Chaldaeorum arcanis labes primordialis exiit, quae insanabilium vi concepta morborum eiusdem Veri Marcique Antonini temporibus ab ipsis Persarum finibus ad usque Rhenum et Gallias cuncta contagiis polluebat et mortibus. Sulla testimonianza si vd. J. de Boeft, J. W. Drijvers, D. den Hengst, H. C. Teitler, *Philological and Historical Commentary on Ammianus Marcellinus XXIII*, Groningen, 1998, pp. 158 ss.

¹⁰ Sul metodo storico di Ammiano Marcellino si vd. G. Sabbah, *La méthode d'Ammien Marcellin. Recherches sur la construction du discours historique dans les res gestae*, Paris, 1978.

¹¹ *Haec ratio quondam morborum et mortifer aestus / finibus in Cecropis funestos reddidit agros / vastavitque vias, exhaustis civibus urbem. / Nam penitus veniens Aegypti finibus ortus, / aera permensus multum camposque natantis, / incubuit tandem populo Pandionis omni. / Inde catervatim morbo mortique dabantur. / Principio caput incensum fervore gerebant / et duplicis oculos suffusa luce rubentis. / Sudabant etiam fauces intrinsecus atrae / sanguine et ulceribus vocis via saepta coibat / atque animi interpretes manabat lingua cruore / debilitata malis, motu gravis, aspera tactu. / Inde ubi per fauces pectus completrat et ipsum / morbida vis in cor maestum confluxerat aegris, / omnia tum vero vitai claustra lababant.*

Il poeta e filosofo, seguace della corrente dell'epicureismo, disegna con particolare efficacia gli effetti dell'epidemia che colpì Atene tra il 430 a.C. e il 426 a.C. Nell'antichità la fonte più importante sulla grave *pestilentia* che aveva colpito Atene, la *polis* democratica per eccellenza, era stato Tucidide¹².

La grave epidemia è descritta da Lucrezio come *ratio morborum et mortifer aestus*, con una immagine efficacissima che denota la forza della malattia e la sua mortale diffusione. Di essa sono colti gli effetti sulla città (qualificata da Lucrezio come *urbs*)¹³: innanzitutto il suo impatto sulla produzione agricola dei campi, poi la devastazione delle strade e in fine lo svuotamento dell'*urbs* dai propri *cives* (*funestos reddidit agros / vastavitque vias, exhaust civibus urbem*).

Lo sguardo del poeta è sensibile al potente “duello tra forze della vita e quelle della morte”¹⁴, con una descrizione dettagliata degli effetti della malattia e del senso di assenza e di vuoto che propaga nella città, tesa a coglierne gli estesi effetti sul *populus*. In sostanza, in Lucrezio si ha una lettura per così dire “naturalistica” dell'avvenimento, ma anche una lettura politico-sociologica. Non sono soltanto le pesanti conseguenze in termini di morti e di malati ad essere evidenziate nella riflessione del poeta e filosofo romano, ma anche quelle relative alla tenuta “politica” della “città-stato”, le quali comportano il venir meno della componente convenzionale, elemento fondante della *polis* democratica, del rapporto tra cittadini e governanti.

Il piccolo spiraglio che si intravede nel testo di Lucrezio ha una sua matrice essenziale in Tucidide (ca. 460 a.C. - ca. 404-399 a.C.). Nelle sue *Storie*, infatti, vi è un passaggio fondamentale, nel quale, dopo aver fatto una descrizione dettagliata dell'origine dell'epidemia, del suo impatto sulla città di Atene e sui suoi cittadini, dei sintomi della stessa (Thuc. *hist.* 2.47.3-2.52), Tucidide dedica alcune righe alle ricadute politiche dell'epidemia proprio sulla tenuta della *polis*, in conseguenza della disperazione che aveva colto i suoi cittadini per il sovvertimento di ogni certezza economica e di aspettativa di vita (Thuc. *hist.* 2.53.1-3).

Tucidide, *Storie* 2.53.4: “Nessun freno ‘rappresentava’ il timore divino (*theôn phóbos*) o la legge degli uomini (*antrópon nómos*): rispetto e sacrilegio non si distinguevano, da parte di chi assisteva al quotidiano spettacolo di una morte che colpiva senza distinzione, ciecamente. Inoltre, nessuno concepiva il serio timore di arrivar vivo a rendere conto alla giustizia dei propri crimini. Avvertivano sospesa sul loro capo una condanna ben più pesante: e prima che s'abbattesse, era umano cercare di goder un po' della vita”¹⁵.

¹² Thucydides *historiae* 2.47.3-2.54.

¹³ Per la differenza sostanziale tra concetto romano di *Urbs*, il suo correlato di *civitas* e la *polis* greca, vd. M. Cacciari, *La città*, Rimini, 2009, pp. 7 ss.

¹⁴ I. Dionigi, *Lucrezio: Le cose e le parole*, Bologna, 1988, p. 90.

¹⁵ Thucydides *historiae* 2.53.4. Si vd. su Tucidide L. Canfora, *Tucidide. La menzogna, la colpa, l'esilio*, Roma-Bari, 2016.

Le conseguenze dell'epidemia passano dall'essere gravi dal punto di vista della sanità ad esserlo per l'economia ed in generale per la tenuta "politica" della *polis*. A questo riguardo è illuminante, per cogliere l'impatto della malattia sugli ateniesi, come i sopravvissuti reinterpretavano l'antico oracolo "verrà la guerra Dorica e la pestilenza (*loimós*) con essa", discutendo se in esso si fosse fatto riferimento in realtà a "fame" (*limós*), piuttosto che a "pestilenza" (Thucyd., *hist.* 2.54.2-3). *Loimós* e *limós* esprimono una polarità, non caratterizzata dal binomio vero-falso, ma da quello della realtà che la comunità cittadina stava vivendo.

D'altronde Tucidide ne è stato diretto testimone, come egli stesso si premura di dire ("La mia relazione si fonda su personali esperienze: ho sofferto la malattia e ne ho osservato in altri il decorso"; *hist.* 2.48 i.f.).

Proprio questa dualità di effetti, indicata espressamente in Tucidide, ma che echeggia anche nel passaggio del *de rerum natura* di Lucrezio, ha un valore illuminante sull'oggi, su quanto sta accadendo al tempo del COVID-19.

L'impressione lasciata dal dualismo (epidemia - fame) tucidideo è confermata e potrebbe esprimersi nella contrapposizione tra effetti del *virus* sul corpo fisico degli uomini ed effetti dello stesso sul corpo politico dei cittadini o, se vogliamo, nella tensione tra *virus* e *demos/populus*. Nella descrizione di Tucidide la bilancia sembra pendere inesorabilmente a favore del primo, data la disgregazione del *demos* non arginata dal *nomos*.

Ciò rappresenta, a mio avviso, una arricchente chiave storica di lettura del problema posto dalla pandemia da *coronavirus* nell'età contemporanea rispetto anche alle forme e ai contenuti giuridici con cui gli Stati moderni stanno fronteggiando la cosa.

2. PANDEMIA E STATO MODERNO: "SILENT ENIM LEGES INTER ARMA"

La pandemia in corso ha determinato, come già aveva intuito Tucidide rispetto ad Atene, una causa di forte crisi della tenuta della *polis* democratica. Nell'attuale situazione, si coglie analogamente la sua incidenza sulla capacità delle forme politiche statuali, nelle loro diverse declinazioni, di fornire una reazione efficace allo stato di necessità venutosi a creare, con strumenti giuridici adeguati allo scopo.

Il *nomos* e lo *ius* contemporanei si stanno dimostrando uno strumento adeguato ed a quale prezzo per la gestione della emergenza?

Un primo profilo che voglio evidenziare è l'emersione del "caos". Dalla comparsa del *virus* e dalla percezione dei suoi effetti devastanti sulla salute degli esseri umani, le risposte che mano a mano i singoli stati, nell'esercizio della loro sovranità sui territori colpiti, hanno elaborato non sono state univoche e hanno risentito fortemente della loro diversa organizzazione politica. Così è normale che un Paese che abbia una forte struttura centralizzata di gestione del territorio nazionale si sia orientato a fissare risposte univoche sul territorio nazionale, mentre quello caratterizzato da un modello federativo oppure decentralizzato con competenze di autonomia di più piccoli enti pubblici territoriali si sia orientato a diversificare le politiche in materia a seconda della diffusione territoriale del *virus*.

Si è sviluppata, quindi, nelle seconde forme costituzionali una alta conflittualità decisoria in connessione alle soluzioni che potevano sembrare sensate da una prospettiva nazionale oppure federale, ma non lo erano dal punto di vista regionale o dei singoli stati federati.

E qui già si evidenzia in una prospettiva giuridica il primo grave paradosso: quello della difficoltà degli stati *uti singuli* di fronteggiare efficacemente la diffusione del *virus*, in quanto quello del diritto e della sovranità nazionale, come condizionamento storico profondo della vita politica ed internazionale del contemporaneo giuridico, è elemento di forte resistenza ad una risposta celere ed efficace contro un *virus* pandemico. Detto in altro modo, il confinamento del diritto negli spazi territoriali dello stato moderno non può fronteggiare problemi di dimensione globale. Difficoltà non nuove, già ampiamente sondate sul piano dello sforzo di realizzazione di sfere di diritto comune in una dimensione ultra-statale e di efficace risposta a problemi sovranazionali (quali il terrorismo e le catastrofi naturali).

Al primo paradosso se ne aggiunge un altro: l'ossimoro della "democrazia in uno stato di eccezione"¹⁶. Di fronte ad una situazione eccezionale che si presume non possa essere fronteggiata con gli strumenti costituzionalmente previsti nel normale svolgimento della vita democratica di uno stato, il costituzionalismo moderno, di impronta normativa e formale, ha grandi difficoltà a trovare meccanismi adeguati ed efficaci di risposta sul piano normativo, senza inevitabilmente anche incidere sui fondamenti democratici della sua stessa esistenza. Il rischio per gli stati "democratici", da questo punto di vista, è quello di svelare il loro lato più ideologico, dimostrando di essere inidonei a costruire una risposta efficace per fronteggiare attraverso una forma giuridica che non neghi se stessa l'*Ausnahmezustand*.

Il pensiero giuridico del XX secolo aveva già posto al centro di questo tipo di problemi la questione della difficoltà dello stato, quantomeno nella sua rappresentazione costituzionale formale e normativa, di esprimere al suo interno efficaci strumenti di difesa da un rischio grave e irresistibile incombente.

La risposta che Carl Schmitt nel 1921 diede al problema, fu sorprendente, ma altresì anche molto lucida. Ripercorrendo, infatti, storicamente l'ideologia dell'istituto giuridico della dittatura, dal *dictator* romano, fino alla "dittatura" del proletariato di Lenin¹⁷, egli individuò due sue principali declinazioni: la dittatura commissaria e quella sovrana, le quali, pur fondandosi su contenuti diversi del rapporto tra potere e diritto, realizzerebbero entrambe il paradosso dello stato di eccezione. Esse, per poter difendere il bene maggiore, cioè la conservazione e la salvaguardia dello stato di fronte ad un grave rischio incombente, dovrebbero inevitabilmente aggredirlo. Nella sua essenza più intima, la dittatura, quindi, sembra essa stessa un'anomalia costituzionale, o meglio potrebbe dirsi l'anomalia per eccellenza. La dialettica tra proteggere ed allo stesso tempo aggredire, minare dalle fondamenta ciò che vuole tutelare. Dalla prospettiva schmittiana, è chiaro che la dittatura come necessaria

¹⁶ Sul problema vd. ora M. Lemke, *Demokratie im Ausnahmezustand. Wie Regierungen ihre Macht ausweiten*, Frankfurt/New York, 2017.

¹⁷ C. Schmitt, *Die Diktatur von den Anfängen des modernen Souveranitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München und Leipzig, 1921.

conseguenza dello stato di eccezione, ne assume tutti i limiti di configurazione rispetto al diritto. Come quest'ultimo è una fase di sospensione del diritto e delle libertà fondamentali, così la prima è essa stessa difficilmente inquadrabile nel giuridico, se non in termini di effettività.

Ciò svela una sovrastruttura concettuale del giuridico contemporaneo che tende a relegare quanto non sia ordine e norma, quanto non sia formalmente valido secondo i parametri costituzionali dati, nel mondo del fatto.

Antitetica a questa prospettiva è quella romana, nella quale il *ius* (e non solo la *lex*) è dotato di ampia pervasività. Nella complessa storia della *res Romana* (dal modello regio al repubblicano, da quest'ultimo al modello imperiale) emerge una concezione del *ius* in chiave non statica, ma dinamica, sostanziale e non formale, che si riflette inesorabilmente anche sulla capacità di includere nel *ius* la conflittualità e l'eccezionalità, tanto da farne elementi di stimolo e strumenti efficaci di sviluppo di quella che potremmo chiamare la "costituzione Romana". Un dato fondamentale è quello che la conflittualità e l'eccezionalità non sono percepite come espressioni esclusive del fatto e del "non diritto". A Roma si deve ad esempio usare con molta attenzione la categoria storica della "rivoluzione" –fondamentale, invece, per comprendere gli svolgimenti della storia europea e americana dei secoli dal XVII al XX– in quanto non è presente l'idea di sostituzione del fatto rivoluzionario sull'ordine costituito e l'imposizione effettiva di un nuovo ordine giuridico, come fondamento fattuale (cd. principio di effettività) della nascita di un nuovo ordinamento giuridico¹⁸. Il *ius* dei Romani è in sostanza strumento di inclusione della conflittualità che anche nella sua dinamica non è contrario al diritto, ma fattore giuridico di sviluppo, in una percezione del *continuum* giuridico che, pur nei profondi cambiamenti delle forme politico-giuridiche di sua realizzazione, può esprimersi nella categoria unitaria dell'*imperium Romanum*¹⁹.

Questo ha precise conseguenze sulla percezione romana di quello che Carl Schmitt chiamava l'*Ausnahmezustand*. Nella dittatura degli antichi²⁰, cioè, almeno fino alla sua forzata reinterpretazione in chiave di magistratura vitalizia con Cornelio Silla e la *lex de Sulla dictatore* dell'82 a.C., la dittatura non è percepita come stato di eccezione sospensivo del *ius* per gestire una situazione straordinaria, ma come una magistratura pienamente adeguata alla gestione di momenti eccezionali. Il principio inderogabile della sua configurazione pienamente giuridica è dato dalla natura temporanea (massimo sei mesi) e di scopo di questo tipo di magistratura. Non è quindi la dialettica tra diritto e fatto, ma quella della tenuta delle forme costituzionali ad una situazione eccezionale attraverso uno strumento giuridico riconosciuto come acconcio ad affrontarla.

¹⁸ Per una critica attraverso il diritto romano del rapporto tra fatto e diritto come pensato nella concezione moderna, si vd. per tutti P. Catalano, *Diritto e persone*, Torino, 1990, vii ss.

¹⁹ P. Catalano, *Impero: un concetto dimenticato del diritto pubblico*, in *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di L. Prosdocimi*, II, Roma, 2000, pp. 29 ss.

²⁰ Sulla contrapposizione tra dittatura degli antichi e dittatura dei moderni, importante il volume collettaneo G. Meloni (a cura di), *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, 1983.

La prospettiva moderna, invece, chiaramente incide su tutti i contenuti sensibili del giuridico che investono i moderni stati democratici, i quali sul piano della stabilità e del funzionamento, hanno difficoltà ad elaborare soluzioni adeguate senza negare se stessi. La negazione di se stessi, anche se strisciante od implicita, potrebbe essere seriamente foriera di una stagione futura anti-democratica.

La partita che si sta giocando, quindi, anche se spesso sembrerebbe in modo quasi inconsapevole, è quella dei valori repubblicani e democratici di molti paesi nel mondo, con una scienza giuridica che sembra restare immobile e staticamente ferma ai contenuti formali della costituzione, invece che dinamicamente orientata alla ricerca della difesa del nucleo sostanziale e fondamentale del giuridico nell'ambito delle diverse comunità coinvolte. In sostanza, è necessario reagire all'idea profonda e radicata nel nostro sentire giuridico che *silent enim leges inter arma*. Proprio sul piano del *ius* e del *nomos* si gioca la vera partita su come fronteggiare la pandemia senza negare i nostri valori fondamentali.

3. PANDEMIA E CONTRATTO. VIS MAIOR E REBUS SIC STANTIBUS

Un altro significativo ambito nel quale si coglie la verifica di tenuta del *ius* rispetto all'eccezionalità della situazione che stiamo vivendo è quello contrattuale. La conclusione del contratto cristallizza, infatti, una previsione di soddisfacimento degli interessi perseguiti dalle parti che può subire l'evoluzione della realtà. La distribuzione del rischio intrinseco a tale evoluzione, in rapporto al contratto, si dovrebbe effettuare, innanzitutto, attraverso regole proprie dello stesso, come ad es. la sua gestione in termini di attrazione dell'accadimento nel rischio contrattuale tipico ovvero convenzionale assunto dalla parte contraente. Sussidiariamente a queste regole di trattamento del rapporto tra contratto e "rischio della realtà"²¹, potrà affrontarsi la questione dello scioglimento del vincolo contrattuale o del suo riadeguamento alla nuova situazione. Questa potrebbe chiamarsi la "sopravvenienza" in senso stretto.

La mentalità giuridica del XIX secolo, condizionata da prospettive "volontaristiche" e "soggettivistiche", si è orientata a risolvere i problemi delle sopravvenienze in una prima fase in termini di condizione risolutiva "implicita" ed "inespressa" della volontà negoziale a che accada o non accada un evento specifico futuro (dato per presupposto, ma non espressamente manifestato come condizione nella dichiarazione di volontà) o più in generale a che la situazione esistente al momento di conclusione del contratto resti inalterata fino all'estinzione per adempimento delle obbligazioni assunte.

La piena maturazione pandettistica della teoria del negozio giuridico gioca un ruolo fondamentale nell'esclusiva ricostruzione della rilevanza della sopravvenienza come situazione limitante la volontà.

²¹ Così, efficacemente, W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1992, p. 497.

Quanto l'impostazione tipologica incida sulla prospettiva del modo di rappresentarsi il problema, è ben evidente nella teoria della *Voraussetzung* di Windscheid²². Il negozio giuridico, come dichiarazione di volontà che produce effetti giuridici con essa coerenti, si pone come prospettiva fondante il sistema giuridico entro il quale si elabora la teoria della presupposizione. Essa è una “condizione non isvolta (una limitazione di volontà che non si è svolta fino ad essere una condizione)”²³. Si ha un esame puntuale dei moventi che accompagnano la conclusione del contratto, alla ricerca di idonei criteri discretivi per rendere immune la stabilità del vincolo contrattuale dall'arbitrio delle parti, senza, però, escludere una rilevanza di interessi di esse non esplicitati in sede di conclusione del contratto stesso, né inerenti alla sua funzione, ma ugualmente meritevoli di tutela²⁴.

Vuoi l'impostazione tipologica (volontaristica), vuoi il metodo utilizzato (sistematico) hanno quindi influenzato la formulazione del concetto di presupposizione. Esso, peraltro, frutto di eccessiva astrazione, ha operato da filtro fuorviante del fenomeno esaminato, in quanto la sopravvenienza non può slegarsi da un'attenta analisi del contenuto del contratto²⁵.

La teoria della presupposizione fu oggetto di aspra critica dagli stessi contemporanei²⁶. Proprio l'angolatura del Windscheid, ed in particolare la scelta di risolvere i sostanziali mutamenti del rapporto contrattuale nella sua dinamica sulla base “di una concezione volontaristica inscindibile dalla volontà delle parti”, risulta inficiare l'idoneità della teoria sul piano della stabilità dei traffici commerciali²⁷, la quale non troverà spazio nella versione finale del BGB del 1900²⁸.

²² M. Bessone - A. D'Angelo, *Presupposizione*, in ED. XXXV, Milano, 1986, pp. 326 ss.

²³ B. Windscheid [- Th. Kipp], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1906, I, 507 [= *Diritto delle pandette*, I, trad. it. C. Fadda - P. E. Bensa, 394-395].

²⁴ La riflessione, che inizia con la monografia del 1850 si arricchisce e diviene il frutto di ponderata riconsiderazione, anche dopo le critiche del Lenel. Il diritto romano è costantemente tenuto presente dal Windscheid, in quanto, sebbene vi sia assente una nozione individuata di presupposizione, essa come concetto troverebbe tutela nel diritto romano nell'ambito delle *condictiones*, con un significato che in parte verrebbe coperto dal segno “causa”: “La presupposizione è chiamata causa (nelle fonti romane) in un doppio senso [...]; anzitutto perché in essa sta la ‘ragione determinante’ (*Bestimmungsgrund*) della dichiarazione di volontà, però non un semplice motivo (il quale a sua volta viene indicato come causa [...], ma proprio una ragione determinante elevata a limitazione di volontà: poi per questo che ciò che s'è presupposto non può mancare, senza che l'arricchimento provocato dalla dichiarazione di volontà, ed intanto la dichiarazione di volontà stessa, sia illegittimo, per modo che viceversa nell'esistenza di ciò che s'è presupposto sta la ‘ragione giustificativa’ (*Rechtfertigungsgrund*) dell'arricchimento provocato dalla dichiarazione stessa di volontà”; B. Windscheid [- Th. Kipp], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., II, 882, n. 8 [= *Diritto delle Pandette*, cit., II, 241, n. 8].

²⁵ A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 284.

²⁶ V. soprattutto la discussione avutasi con O. Lenel, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, in Arch. civ. Praxis, LXXIV, 1889, pp. 213 ss.; *Íd.*, *Nochmals über die Lehre von der Voraussetzung*, in Arch. civ. Praxis, LXXIX, 1892, pp. 49 ss. (v. a riguardo S. Di Salvo, *La polemica sulla ‘presupposizione’ tra riflessione storiografica e impostazioni dogmatiche*, in Index, XIX, 1991, pp. 215 ss.) e G. Segrè, *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione nei riguardi del diritto romano e del diritto moderno*, in Il Filangieri, XV, 1890, ora in *Scritti giuridici*, 1930, pp. 358 ss.

²⁷ Sul punto v. con ampi approfondimenti W. Simshäuser, *Windscheids Voraussetzungslehre rediviva*, in Arch. civ. Praxis CLXXII, 1972, pp. 19 ss.; *Íd.*, *Nota di lettura (in tedesco)*, al volume di Antiqua sopra citato. V. altresì A. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975 rist. inalt., pp. 60 ss.

²⁸ Sulla presenza nel primo progetto del § 742 v. *Motive zu dem Entwurf eines BGB*, I, Berlin, 1896, 249. Le vivaci critiche del Lenel (sopra, nt. 38) e del O. Gierke, *Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, 274, sortirono, però, l'effetto desiderato, e la norma cadde nel testo finale del codice.

D'altronde anche la teoria della cd. *Clausula rebus sic stantibus* di età medievale²⁹ è debitrice di un forte orientamento del problema in una prospettiva nella quale assume maggiore centralità il ruolo della *voluntas*³⁰. Questo “salto di qualità”, anche nel pensiero dei civilisti, deve farsi risalire—come ho avuto modo di sottolineare in altro contributo— a Baldo degli Ubaldi (1327-1400)³¹. Al grande giurista perugino si deve la prima vera generalizzazione, da parte dei civilisti, tesa a condizionare ogni promessa allo stato di fatto presente al momento di assunzione dell'impegno. Il Commento a D. 12,4,8³² precisa che la “parola potest è intesa rebus sic se habentibus [...] e così le promesse si intendono rebus sic se habentibus [...]” citando a conforto anche D. 19, 2, 54, 1³³, in materia di *stipulatio poenae* collegata ad un contratto di locazione, dove assume rilevanza nuovamente una *conventio tacita*. Baldo rimanda espressamente al diritto canonico. D'altro canto nei suoi *in decretalium volumen commentaria* (ed. Venetiis, 1595, f. 256), egli accentua la necessità di condizionare il vincolo sorto col giuramento alla stabilità delle circostanze che lo avevano indotto. La linea è tracciata.

²⁹ Le fonti romane su cui si è concentrata la teoria moderna della clausola rebus sic stantibus sono esigue. In realtà, sembra potersi cogliere una linea di pensiero che dal *ius canonicum*, sviluppando idee proprie del pensiero stoico classico riflesse in alcuni passaggi di Cicerone (*De off.* 3,25,95) e di Seneca (*De ben.* 4,35,4; 4,39,4), porta ad una generalizzazione, anche nei commentari dei civilisti, di affermazioni circostanziate presenti nei testi legali, decontestualizzandole, così da renderle idonee ad una regola applicabile a tutti i contratti.

³⁰ V. per tutti, G. Osti, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in RDC, 1912, pp. 1 ss.; Id., *Clausola rebus sic stantibus*, in NNDI 3, pp. 353 ss.; R. Feenstra, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, in *Daube noster*, Edinburgh-London, 1974, in particolare pp. 80 ss.; M. Beck-Mannagetta, *Geschäftsgrundlage, Voraussetzung und causa*, in *Index*, III, 1972, pp. 514 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Deventer-Boston, 1990, pp. 579 ss.; K. Luig, *Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der clausula rebus sic stantibus*, in R. Zimmermann (hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, pp. 171 ss.; R. Cardilli, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in AA. VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, pp. 1 ss. [=R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2014, pp. 205 ss.]; P. Pichonnaz, *From Clausula rebus sic stantibus to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role*, in *Fundamina: A Journal of Legal History*, Vol. 17, 2011, no. 1, pp. 125-143.

³¹ *Sopravvenienza e pericoli contrattuali cit.*, pp. 1 ss.

³² (Nerva l. 2 membr.) *Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est.*

³³ (Paulus l. 5 resp.) *Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis seius conductor de fundo invitatus repelleretur et, si pulsatus esset, poenam decem praestet titius locator Seio conductori: vel Seius conductor titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.*

Con Giason del Maino la clausola si ritiene implicita: *in dispositione legum, in ultima voluntate, in contractibus, in privilegiis, in iuramento, in statutis iuratis*³⁴.

Chiaramente una tale logica influisce sulla gestione della sopravvenienza in termini di “convenzione tacita” inerente al contratto. Che ciò abbia avuto un forte impulso nel pensiero dei canonisti è coerente con la centralità nel *ius canonicum* della *voluntas*, dell’efficacia del *nudum pactum* e con la concezione che vede nell’inadempimento dell’impegno assunto un *mendacium*. Non è un caso che sia proprio S. Tommaso (*Summa Theologiae* III,2,2, Q. 110 art. 3), nel valutare le ipotesi di *mendacium* in rapporto alla *promissio*, a sancire la *excusatio* legata al mutamento delle *conditiones personarum et negotiorum*.

Il giusnaturalismo laico, in particolare Grozio nel *De iure belli ac pacis libri tres*, coerente alla generale vincolatività della promessa, ne fa una questione di interpretazione della volontà del promittente, circoscrivendo la rilevanza della clausola in base alla imprevedibilità del mutamento ed alla necessaria coincidenza di una tale condizione tacita di stabilità con la ratio della promessa. Soltanto quando la *tacita conditio* “*si res maneant quo sunt loco*” sia la “ragione” fondante della promessa (§ 25,2), solo allora si potrà produrre una *restringens interpretatio* (§ 22) di quanto invece stabilito nella promessa. La rilevanza del mutamento sopravvenuto delle circostanze viene così circoscritta alla sola ipotesi di *rationis cessatio* (§ 22,4), qualora si dimostri che la stabilità nel tempo dello stato di fatto al momento della promessa fosse stata l’unica ragione che da sola abbia mosso il promittente a vincolarsi³⁵.

I primi codici c.d. giusnaturalistici subiscono, sebbene in modo diversificato, l’influsso delle dottrine dei secoli XVII-XVIII. Il *codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756) codifica la *clausula* (IV,15,12), ritenendola tacitamente inclusa in tutte le obbligazioni, sì da riconoscere la rilevanza del mutamento di circostanze, a condizione però che esso non sia dovuto a colpa del debitore o successivo alla sua mora, non sia facilmente prevedibile, ed infine che il debitore, secondo un comportamento di buona fede, non si sarebbe obbligato

³⁴ *In secundam partem Digesti veteris commentaria*, a D. 12,4,8, ed. Venetiis, 1589, f. 126.

³⁵ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, cito da ed. 1939 a cura di De Kanter – van Hettinga Tromp [= rist. Aalen 1993], liber II, cap. 25 ss., pp. 421 ss. A riguardo, per un superamento della ricostruzione tradizionale del pensiero di Grozio in materia, v. l’approfondito riesame di T. Reppen, *Grotius redivivus. Die Notwendigkeit einer neuen Übersetzung von De iure belli ac pacis, erläutert am Beispiel der Auswirkung von Willensmängeln und nachträglich veränderten Umständen auf die Verbindlichkeit*, in *Ius Commune*, XXVI, 1999, pp. 299 ss., in particolare 312 ss.; seguito ora da K. Luig, *Principi giuridici non codificati in un diritto codificato*, cit., 19 ss. Per l’impostazione tradizionale v. R. Feenstra, *Impossibilitas and cl. rebus sic stantibus*, cit., pp. 86 ss.; e più di recente, M. Rummel, *Die clausula rebus sic stantibus. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der Zeit von der Rezeption im 14. Jahrhundert bis zum jüngeren Usus modernus in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 1991, pp. 102 ss.; su cui K. Luig, *Dogmengeschichte des Privatrechts als rechtswissenschaftliche Grundlagerecherche*, in *Ius commune*, XX, 1993, pp. 192 ss., in particolare su Grotius, 196 ss.

se l'avesse saputo al momento di impegnarsi. Al giudice, peraltro, si rimette la scelta di una liberazione dall'obbligazione o di un suo ridimensionamento in proporzione del mutamento sopravvenuto³⁶.

Più restrittivo è l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794), codifica la sostanziale irrilevanza del mutamento delle circostanze (I, 5, §§ 377 ss.). La regola sancita nel § 377 è quella della irrilevanza della sopravvenienza salvo quando questa abbia determinato una "vera impossibilità". Al § 378 d'altronde si afferma: "È reso, però, impossibile per un mutamento imprevedibile delle circostanze lo scopo finale (Endzweck) di entrambe le parti espressamente dichiarato o desunto dalla natura del negozio, allora ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto non ancora adempiuto"³⁷. Qui l'influsso del pensiero giusnaturalista è evidente.

Anche il *Code civil* del 1804, con la più completa e assoluta affermazione del principio di intangibilità del contratto (art. 1134), non codifica l'istituto, che scompare pure nei codici da questo influenzati.

Nell'ABGB austriaco (1811), la cl. *rebus sic stantibus* ha una circoscritta rilevanza, solo rispetto al contratto preliminare, al fine di non imporre l'assunzione del vincolo contrattuale nel caso si siano alterate le circostanze esistenti al momento del preliminare (§ 936), mentre espressamente si sancisce che "Il contratto o lo scopo dell'accordo espressamente apposto per condizione si considera come ogni altra condizione. Senza di ciò simili dichiarazioni non influiscono sulla validità dei contratti a titolo oneroso" (§ 901).

Nel XIX secolo vennero elaborate sia la teoria della base negoziale, sia quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, le quali risentirono a loro volta dell'impianto interpretativo che si assume come dato. La prima ha infatti come presupposto la mancata codificazione di una regola di gestione della sopravvenienza nel BGB tedesco del 1900 (ed ora introdotta con la riforma del 2002 col § 313), mentre la seconda ha la disposizione in materia di risoluzione del contratto ex Art. 1467 del CcIt/1942. Le vie seguite per elaborare criteri funzionali di gestione del sopravvenuto mutamento delle circostanze dovrebbero

³⁶ "[...] Alle Verbindungen die Clausulam rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten, so werden solche auch durch die Veränderung der in Obligationem gebrachter Sache, jedoch anders gestaltet, als unter folgenden drei Requisitis aufgehoben, wenn nämlich erstens die Veränderung weder Mora noch Culpa aut Facto debitoris veranlasst worden, selbe auch zweitens nicht leicht voraus zu sehen gewesen, und endlich drittens von solcher Beschaffenheit ist, dass, wenn Debitor solche voraus gewusst hätte, er sich nach unpartheiisch- und redlichen Gutachten verständiger Leuten nimmermehr hierauf eingelassen haben würde, in welchen Umständen gleichwohl noch zu richterlicher Ermässigung steht, ob die Obligation völlig aufgehoben, oder nur nach Proportion der Veränderung gemässigt werden sollte".

³⁷ "Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung bei Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beider Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Vertrage wieder abgeben". Accentua l'importanza della correlazione tra la codificazione del concetto di impossibilità e quello della clausola *rebus sic stantibus*, K. Luig, *Das Privatrecht im ALR von 1794*, in Arch. civ. Praxis, CXCV, 1994, pp. 532-533.

allora essere indipendenti ed autonome. Ed in effetti, vi sono delle differenze, ma non c'è dubbio che si è nuovamente di fronte ad un esempio del ruolo della dottrina come strumento di unificazione del sistema. Io personalmente vi vedo un influsso della dogmatica fondata dal diritto romano che continua a condizionare, suo malgrado, il giurista che si accinga a ricostruire il sistema non soltanto attraverso il diritto scritto codificato. In questo caso mi sembra abbastanza evidente l'assunto, data la distinta base normativa interpretata nei due ordinamenti.

La teoria della base negoziale, ed in particolare della possibilità di rinegoziare o sciogliere il vincolo giuridico sorto col contratto ogniqualvolta, per circostanze sopravvenute, sia venuta meno la base negoziale sulla quale le parti si erano accordate, è frutto di una nozione di contratto che accentua il momento contenutistico dello stesso.

Fondamentale per capire se la realtà abbia frustrato irrimediabilmente l'assetto d'interessi con esso cristallizzatosi, diviene l'interpretazione dello stesso. Così si parla di base negoziale soggettiva ed oggettiva, in relazione anche all'integrazione eteronoma del programma contrattuale.

In Germania, la teoria della "base negoziale" muove i suoi primi passi, sviluppando la teoria della presupposizione, nella direzione della rilevanza di circostanze sopravvenute che modificano sostanzialmente le comuni previsioni delle parti, determinanti la conclusione del contratto³⁸. L'incapacità, però, nella gestione della sopravvenienza, di dominare l'ampiezza del fenomeno, se legati semplicemente alle previsioni comuni calate nel contenuto contrattuale, spinge la dottrina tedesca ad individuare dei criteri autonomi dal "previsto" o dal "prevedibile", colti nella rilevanza della base negoziale oggettiva³⁹. In essa la gestione dell'imprevisto assume rilevanza nel limite dell'alterazione dell'equivalenza delle prestazioni (Aequivalenzstörung) e della frustrazione dello scopo negoziale (oggettivo e comune) (Zweckvereitelung)⁴⁰. La rilevanza del mutamento sopravvenuto della base negoziale è comunque riconosciuta, come la miglior dottrina in Germania ha ben evidenziato, soltanto una volta superato il limite dei pericoli tipici o convenzionali accollati alle parti in base al contratto concluso⁴¹.

³⁸ P. Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921.

³⁹ V. per tutti, K. Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung 'veränderter Umstände' im Zivilrecht*, München-Berlin, 1963.

⁴⁰ V. sulla teoria della base negoziale e sulla sua rilevanza, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, B.I, München, 1987, pp. 320 ss. Sul significato del riconoscimento giurisprudenziale della rilevanza della frustrazione della base negoziale in base al § 242 in materia di Treu und Glauben, v. V. Stötter, *Versuch zur Präzisierung des Begriffs der mangelhaften Geschäftsgrundlage*, in Arch. civ. Praxis, CLXVI, 1966, pp. 149 ss. e, all'interno di una impostazione eminentemente romanistica, le belle pagine di F. Wieacker, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, in Recht und Staat, 193/194, 1956, pp. 36 ss.

⁴¹ V. le precisazioni di K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., pp. 324 ss. Non è un caso, a mio avviso, che la più convincente impostazione del problema in questo senso sia stata proposta con vigore da un civilista-romanista del valore di W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, cit., pp. 495 ss., 507 ss. V. sul punto, altresì, W. Fikentscher, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München, 1971.

L'elaborazione in Italia della teoria dell'eccessiva onerosità sopravvenuta trova impulso nell'esame critico a cui l'Osti sottopone sia l'antica teoria della cl. *rebus sic stantibus*, sia la teoria della presupposizione⁴².

L'Osti nel realizzare un fine recupero della teoria della *clausola rebus sic stantibus*, precisandola grazie a raffinatissime distinzioni sulle sfumature volontaristiche del contratto, propone il criterio discretivo della "volontà marginale". Ciò peraltro determina un netto cambiamento di rotta rispetto al modello francese, ancora fortemente sentito nel codice civile italiano del 1865, sino a giungere alla codificazione dell'Articolo 1467 del CcIt/1942, dove si dispone la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Certamente, la crisi economica d'inizio secolo⁴³ e gli effetti della I guerra mondiale sui prezzi e sulle difficoltà di approvvigionamento contribuirono in quegli anni ad un recupero giurisprudenziale della teoria della *clausola rebus sic stantibus*. Dal punto di vista normativo, è in questo torno di tempo che viene emanato un Decreto legislativo luogotenenziale (D.Lgs.Lgt. 20 giugno 1915, N° 890) col quale si riconosce la rilevanza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di guerra⁴⁴. Già nel 1920 esso viene, però, abrogato.

La riflessione non sembra peraltro maturare una *communis opinio* in materia, così da far prevalere a seconda delle teorie predominanti nelle commissioni redigenti, profili diversi della rilevanza della sopravvenienza. Nel *Progetto italo-francese delle obbligazioni* (1927) viene data rilevanza alla sproporzione sopravvenuta fra le prestazioni in termini di annullamento del contratto (Art. 22). L'Articolo 516 del progetto Vivante del nuovo codice di commercio regola l'eccessiva onerosità nel contratto di appalto.

Certo è che il legislatore, nel motivare l'attuale tenore dell'Articolo 1467 del CcIt/1942, non esita a richiamare "il principio della implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla *clausula rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana"⁴⁵.

L'articolo in esame, però, codificando la rilevanza della eccessiva onerosità sopravvenuta "per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili" e sempre che essa non rientri "nell'alea normale del contratto", si pone in netto contrasto con la teoria suddetta.

⁴² G. Osti, *La clausola rebus sic stantibus*, cit.; *Id.*, *Appunti per una teoria della "sopravvenienza". La cd. clausula rebus sic stantibus nel diritto contrattuale odierno*, in Riv. dir. civ., 1913, pp. 471 ss. e 647 ss. Per la discussione successiva, prima del '42, v. a titolo di esempi, A. Giovene, *Sul fondamento specifico della sopravvenienza*, in Riv. dir. comm., 1921, I, pp. 155 ss.; Gius. Pugliese, *Laesio superveniens*, in Riv. dir. comm., 1925, I, pp. 1 ss.; M. Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in Riv. dir. civ., 1938, pp. 309 ss.

⁴³ V. ad es. Cass. Torino 19 novembre 1898, in Foro it., 1899, I, 22; Cass. Torino 16 agosto 1900, in Foro it., 1901, I, 736.

⁴⁴ Art. 1°: "A tutti gli effetti dell'Art. 1226 c. c. la guerra è considerata caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione".

⁴⁵ Rel.al Re, n. 665.

Come la più attenta dottrina ha ben precisato, la regola fissata nell'Articolo 1467 subordina la rilevanza della eccessiva onerosità a due condizioni. La prima che essa non sia legata a circostanze consuete e prevedibili dalle parti. Ciò, infatti, esulerebbe dal problema di gestione della sopravvenienza in senso stretto, e ricadrebbe nell'ambito della regola sulla responsabilità contrattuale e dell'ampiezza del dovere di diligenza del debitore.

La seconda, ogniquale volta l'eccessiva onerosità sia dovuta a circostanza inconsueta e imprevedibile (cioè per definizione un caso fortuito), che essa non rientri ugualmente nell'alea normale del contratto.

Nel diritto romano, invece, la gestione della sopravvenienza in senso stretto è logicamente subordinata alla preliminare verifica dell'impossibilità di risolvere il problema in termini di: 1) indagine della condotta delle parti contraenti e suo vaglio attraverso i criteri d'imputazione dell'inadempimento e la responsabilità conseguente; 2) ripartizione tra i contraenti dei pericoli contrattuali (assunzione convenzionale del pericolo; pericolo contrattuale tipico, accollo eventuale del pericolo in base a criteri esterni come quello proprietario e quello della iniziativa negoziale)⁴⁶. Soltanto una volta percorse queste due vie tese a risolvere il problema, si pone la questione se la circostanza sopravvenuta possa essere ugualmente rilevante. La via che i giuristi romani indicano è quella di una gestione dei pericoli sopravvenuti, non inclusi nell'ambito dei pericoli consueti che la parte si accolla con la conclusione del contratto prescelto, rimessa ad una prudente valutazione e pesatura dell'equilibrio delle prestazioni, di cui il contratto è stato punto di costruzione e di cui la *fides bona* impone una tutela nella dinamica del rapporto⁴⁷.

Al di là del criterio prescelto, rispetto al contratto la tendenza è quella di impedire un suo scioglimento e di individuare, invece, o il soggetto tra i contraenti sul quale ricada il pericolo sopravvenuto, esorbitante l'alea normale del contratto, oppure di riequilibrare in base alla *fides bona* l'eguaglianza di proporzione voluta dalle parti al momento di conclusione del contratto.

⁴⁶ In questa prospettiva, nell'ambito dei criteri esterni, il criterio proprietario può riassumersi nella regola del *casum sentit dominus*, la quale in un primo momento (età di Servio Sulpicio Rufo) interagisce ancora in alcuni tipi contrattuali con le ampie possibilità di riconoscere un *praestare* del debitore, e successivamente diviene sussidiaria, ma connessa all'altra regola, sorta in relazione all'inadempimento dell'obbligazione di buona fede, che il *casus a nullo praestatur*. Il proprietario del bene perito per causa non imputabile all'altro contraente e per circostanze di cui quest'ultimo non deve accollarsi il pericolo in base al tipo di contratto concluso, non può spostare patrimonialmente il sacrificio patito ed è tenuto a subirlo. Il criterio dell'iniziativa economica implica, invece, che chi decida di intraprendere nel suo esclusivo interesse un affare che non rientri nei tipi contrattuali esistenti (e che quindi non ricorra a regole tipizzate di gestione dei pericoli sopravvenuti) e che, però, implichi il coinvolgimento di singoli beni o del patrimonio altrui, deve assumersi tutte le conseguenze negative che su di essi potranno ricadere.

⁴⁷ Su questo ruolo della *bona fides* v. quanto dico in *La "buona fede" come principio di diritto dei contratti*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. I, Padova, 2003, pp. 283 ss. [= R. Cardilli, *Bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2014, pp. 29 ss.].

Nel diritto privato romano, coerentemente al suo sistema contrattuale, manca, una rilevanza in termini generali di una regola di gestione uniforme della sopravvenienza in senso stretto. Ad uno sguardo attento ai movimenti nel tempo degli istituti giuridici, però, tale rilevanza generale, comportante o il riadeguamento dei termini contrattuali al mutamento della realtà, o la risoluzione del contratto, mi sembra coerente, in parte, con un corretto sviluppo di spunti incontrati nelle fonti romane, imposti da una valutazione del rapporto nella sua dinamica in termini di *fides bona*.

Il modello romano rievoca un ruolo centrale dei giuristi e del principio di *fides bona*, che impone la salvaguardia nel tempo dell'eguaglianza di proporzione tra le prestazioni fissate dalle parti nel contratto, che verrebbe in ogni caso conservato, e così facendo presuppone una adeguata gestione di tale riequilibrio in sede giudiziale attraverso un forte controllo della *iurisprudencia* sui *iudices*.

È quanto, in fondo, impone alla scienza giuridica europea il Progetto di unificazione del diritto dei contratti in Europa. Così, i *Principles of European Contract Law* sotto la direzione di Ole Lando, all'Articolo 6.111, sanciscono la rilevanza del mutamento di circostanze imprevedibili che abbia determinato una eccessiva onerosità, a condizione che “*the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear*”⁴⁸. Tra le conseguenze del mutamento di circostanze rilevante in base alle condizioni fissate, il giudice può, qualora le parti non riescano a raggiungere un accordo entro un tempo ragionevole, “[...] b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite ed i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze”. In sostanza si impone alle parti la rinegoziazione dei termini contrattuali, pena la modificazione giudiziale del contenuto del contratto. Una tale delicatissima operazione rimessa al giudice può avere un impatto adeguato nella gestione della sopravvenienza soltanto se, su scala sovranazionale, la scienza giuridica sarà in grado di esprimere adeguati modelli di controllo e filtro della casistica che ne risulterà, al fine di guidare la gestione del mutamento delle circostanze secondo il principio di buona fede.

4. IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO AL TEMPO DELLA PANDEMIA

La crisi economica mondiale innestata dal *coronavirus* determinerà una fase difficile, che non inciderà più o meno profondamente solo sul futuro della forma giuridica dello stato democratico moderno, ma avrà conseguenza gravi per le economie e quindi sulla concreta vita delle persone, innestando ulteriori possibili scenari di instabilità politica. Ciò sta già avvenendo.

⁴⁸ Sul commento all'articolo, inizialmente 2.117, v. O. Lando-H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht-Boston-London, 1995, pp. 112 ss. V., in italiano, C. Castronovo (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, pp. 361 ss.

È quindi un imperativo morale del nostro tempo, in qualità di giuristi, di riaffermare la centralità del diritto e la sua capacità di gestire la conflittualità (economica, politica, sociale) in chiave di pacificazione. Per fare ciò, è necessario proporre strumenti idonei di investimento che permettano di resistere e poi superare questa grave fase storica.

Uno di questi, è a mio avviso il potenziamento del partenariato pubblico privato in una dimensione internazionale, al fine di riuscire a costruire un equilibrio tra interesse pubblico e privato funzionale alla ripresa economica⁴⁹.

La nuova Legge argentina declina tale partenariato in modo privilegiato nel contratto di partenariato del quale disegna, come altrove ho notato, i contenuti essenziali ed inderogabili dello stesso e i contenuti adeguabili alle esigenze concrete che permettano al meglio la realizzazione di una grande infrastruttura⁵⁰.

Una tale delicata operazione, di individuazione dei contenuti tipici del contratto di partenariato pubblico privato in una prospettiva internazionale, non può che essere guidata dai giuristi che, pur sensibili alle istanze della prassi economica e negoziale, fissino i valori di contenuto inderogabili per una struttura giuridica caratterizzata dal giusto equilibrio dei sacrifici e dei vantaggi tra le parti.

Ciò valga *in primis* sul piano delle infrastrutture sanitarie, di cui nel corso della crisi in atto si sono evidenziate, oltre che impegno e dedizione del personale sanitario (ai limiti dell'eroismo), criticità e limiti. Ciò valga per le infrastrutture digitali che hanno dimostrato, pur se inadeguate, la loro altissima utilità per perseguire obiettivi di lavoro pur in condizione di isolamento sociale del lavoratore. Ciò valga, infine, per la necessaria eliminazione di ambienti normativi e regolamentari caratterizzati da alta vischiosità burocratica, non in linea con una società trasparente e aperta.

La sfida che ci attende è particolarmente ardua, ma come dice il dottore Bernard Rieux nella *Peste* di Albert Camus “*In mezzo ai flagelli s’impara che negli uomini ci sono più cose da ammirare che da disprezzare*”.

⁴⁹ Vd. al riguardo si vedano i contributi ora nei due volumi R. Cardilli, M. Ciaccia e C. Mirabelli (a cura di), *Cooperazione pubblico-privato e infrastrutture*, Milano, 2018 e R. Barra, R. Cardilli, M. Ciaccia e C. Mirabelli (a cura di), *Regole comuni su investimenti e partenariato pubblico privato per le infrastrutture. Europa e America Latina*, Milano, 2019.

⁵⁰ *I contratti di partenariato pubblico privato per le infrastrutture e l'importanza del giurista nella costruzione del tipo contrattuale*, in *Regole comuni su investimenti e partenariato pubblico privato cit.*, pp. 71 ss.