

BREVI RIFLESSIONI SUGLI INADEMPIMENTI CONTRATTUALI AI TEMPI DEL COVID-19

di

MARCO GREGGIO

Sommario: I. Il problema. – II. Le norme di riferimento. – III. L'eccessiva onerosità e la forza maggiore. – IV. Il Factum principis. – V. Le possibili soluzioni per i soggetti inadempienti.

I. IL PROBLEMA.

La situazione di emergenza creata dalla rapida diffusione del coronavirus sta causando effetti di considerevole impatto non soltanto sui singoli individui e sulle loro libertà, ma anche sulle aziende che potrebbero trovarsi nella concreta difficoltà e, talvolta, nell'impossibilità di adempiere correttamente alle obbligazioni contrattuali assunte.¹

Infatti, al fine di arginare il contagio del virus, dichiarato “pandemia” dall’Organizzazione Mondiale della Sanità in data 11.3.2020, il Governo ha adottato misure drastiche, quali da un lato la limitazione degli spostamenti delle persone fisiche per i soli motivi di lavoro, di necessità e di salute e, dall’altro, la sospensione (*rectius*: chiusura) delle attività commerciali al dettaglio, fatta eccezione per quelle concernenti la vendita di generi alimentari e di prima necessità, specificamente individuate nell’allegato 1 del medesimo decreto.²

¹ Si veda a mero titolo esemplificativo quanto riportato negli articoli titolati “*Scattano le clausole di forza maggiore*”, in *Il sole 24 ore* del 5.3.2020 e “*La forza maggiore da effetto infezione: è rebus contenzioso*”, in *Guida al diritto* del 14.3.2020.

² Ci si riferisce ai DPCM 8.3.2020 e DPCM 9.3.2020, nonché al recente DPCM 11.3.2020 (“*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di*

Di talché ci si domanda se la diffusione del virus ed i provvedimenti adottati dall'Esecutivo possano esimere – e in che misura - l'obbligato dall'adempiere alle proprie obbligazioni (con buona pace del principio fondamentale del diritto civile ed internazionale *pacta sunt servanda*).

II. LE NORME DI RIFERIMENTO.

Per rispondere al quesito appare anzitutto doveroso un rapido *excursus* delle norme che potrebbero rilevare nel caso di specie.

In primo luogo, è opportuno fare riferimento alla norma generale che disciplina l'inadempimento delle obbligazioni: l'art. 1218 c.c., la quale prevede che nel caso in cui il debitore non adempia regolarmente alle proprie obbligazioni dovrà rispondere del danno cagionato, fatta salva l'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta *impossibile* per una causa a lui non imputabile³.

Il concetto di impossibilità della prestazione è ripreso dall'art. 1256 c.c., in forza del quale l'obbligazione si estingue nel caso in cui, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventi - appunto - impossibile⁴.

L'impossibilità può essere temporanea o definitiva. *Temporanea* significa che dipende da una causa prevedibilmente transitoria: in tal caso il rapporto entra in una situazione di

contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”). Attualmente la sospensione è sino al 25.3.2020

³ Si veda in merito Trib. Reggio Calabria 27.11.2019, n. 1584, in www.ilcaso.it, secondo il quale l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore è da intendersi come assoluta ed obbiettiva, consistendo nella non eseguibilità tecnica della prestazione (e non nella mera maggiore onerosità o difficoltà dell'esecuzione da parte del debitore): consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento. In dottrina al riguardo *ex plurimis* cfr. Viola (a cura di), *La responsabilità civile ed il danno*, ed. Halley, 2007; Quarantino, *La responsabilità per inadempimento*, in *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, Fava (a cura di), Milano, 2008.

⁴ Per approfondimenti si veda DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Artt. 1256-1259, Milano, 2011; MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta. Nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008.

sospensione (il debitore quindi è esonerato dalla responsabilità per il ritardo), che può risolversi in due modi: (i) l'impossibilità temporanea viene meno e, allora, il persistere della mancata esecuzione della prestazione diviene imputabile al debitore e costituisce inadempimento (anche agli effetti della risoluzione e del risarcimento del danno); (ii) l'impossibilità diviene definitiva e determina lo scioglimento del contratto. Peraltro con riferimento all'impossibilità definitiva parte della dottrina ha ritenuto che l'obbligazione si estingue anche quando la prestazione non può più ritenersi doverosa per il debitore o utile per il creditore: l'assenza dell'uno o dell'altro di tali elementi (utilità per il creditore o doverosità per il debitore) pertanto integrerebbe un'autonoma causa di estinzione dell'obbligazione medesima⁵.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, l'*impossibilità totale* della prestazione comporta, ai sensi dell'art. 1463 c.c. il diritto di risolvere il vincolo contrattuale da parte dell'obbligato alla prestazione. L'impossibilità deve essere *sopravvenuta* alla conclusione del contratto e *non* deve essere *imputabile* al soggetto obbligato; inoltre deve essere *assoluta* e *definitiva* ed altresì riferibile esclusivamente a prestazioni infungibili. In tal modo, infatti, verrebbe meno la relazione di interdipendenza funzionale tra le prestazioni (c.d. sinallagma funzionale), verificandosi una irrealizzabilità della causa concreta del contratto. Viceversa, l'impossibilità parziale (ex art. 1464 c.c.) consistendo di regola nel deterioramento della cosa dovuta, o più generalmente nella riduzione materiale della prestazione, determina una corrispondente riduzione della controprestazione, ovvero rende legittimo l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente che non abbia un apprezzabile interesse al mantenimento del contratto, ove la prestazione residua venga a risultare incompatibile con la causa concreta del contratto⁶.

⁵ Cfr. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Rescigno*, 9, Torino, 1999, 447; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta nella prestazione*, in *ED*, XX, Milano, 1970, 435; L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza*, in *T*, 1946, 570.

⁶ Sul tema in generale cfr. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007.

III. L'ECESSIVA ONEROSITÀ E LA FORZA MAGGIORE.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica (c.d. contratti di durata) ovvero ad esecuzione differita, v'è un'altra possibilità di risolvere il contratto: l'eccessiva onerosità della prestazione.

L'art. 1467 c.c., prevede che nel caso in cui la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa in ragione di *avvenimenti straordinari ed imprevedibili* estranei al soggetto che risulta inadempiente, la parte che deve tale prestazione potrà domandare la *risoluzione* del contratto, fornendo la prova del fatto da cui scaturisce l'eccessiva onerosità e della genesi di quest'ultima dagli avvenimenti straordinari ed imprevedibili. Mentre il carattere della *straordinarietà* è di natura oggettiva, nel senso che deve trattarsi di un evento anomalo, misurabile e quantificabile sulla base di elementi quali la frequenza, le dimensioni e l'intensità (tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), il carattere della *imprevedibilità* ha fondamento soggettivo, in quanto fa riferimento alla fenomenologia della conoscenza: riguarda la capacità conoscitiva e la diligenza della parte contraente⁷.

Il concetto di eccessiva onerosità della prestazione, parimenti, non è definito dal legislatore. Si ritiene generalmente che essa debba essere valutata alla stregua di criteri rigorosamente *oggettivi*, con esclusione di ogni riferimento ai profili concernenti la rappresentazione delle parti e l'organizzazione del debitore. Peraltro l'istituto in parola, benché sia assimilabile da un punto di vista "economico" all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, si distingue da essa; invero, (i) mentre l'*impossibilità* è un concetto *qualitativo*, per cui, al di là della nozione che di essa si accolga, si può solamente stabilire se una prestazione sia possibile o meno, (ii) l'*onerosità* è un concetto *quantitativo*, nell'accezione

⁷ La valutazione di tale caratteristica deve avvenire, tuttavia, in modo obiettivo, prendendo a modello il comportamento di una persona media, che versi nelle stesse condizioni (cfr. Cass. n. 12235/2007). Al riguardo in giurisprudenza si vedano *ex multis* Cass. n. 13224/2014 e Cass. n. 22396/2006; Trib. Roma, 13.4.2017, n. 7407, in banca dati Pluris. In dottrina per una visione generale cfr. SACCO, *Il contratto*, 990; N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. Sist. Bigiavi*, I, Torino, 1980, 2230.

per cui è possibile effettuare un giudizio di gradazione dell'onerosità, affermando che una prestazione sia più o meno onerosa⁸.

In ambito civile, si suole ricondurre nell'alveo dell'art. 1467 c.c. il concetto di *forza maggiore*, richiamato nel nostro ordinamento dal codice penale quale causa di esclusione della colpevolezza, che comporta la non punibilità della persona che ha posto in essere la condotta (art. 45 c.p.).

Secondo la dottrina e giurisprudenza dominanti tale concetto è ravvisabile nel caso di eventi naturali ed umani (per esempio guerre, ribellioni, incendi, uragani, terremoti etc.) che, proprio per il loro carattere di *straordinarietà ed imprevedibilità*, risultano non dominabili dall'obbligato, essendo totalmente estranei alla sfera di controllo del soggetto inadempiente (*vis maior cui resisti non potest*).⁹ Un accadimento che con l'uso della normale diligenza e conoscenza media può essere previsto al momento della stipulazione del contratto non rientra nella categoria di forza maggiore.

A livello internazionale la definizione di forza maggiore è contemplata, oltre che nella Convenzione di Vienna del 1980 e nei principi Unidroit, altresì come specifica clausola standard dalla Camera di Commercio internazionale. In particolare nel 2003 la CCI ha predisposto un modello di clausola di forza maggiore (Force Majeure Clause): la parte che intenda avvalersi della causa di forza maggiore, soggiace all'onere di notificare all'altra parte il verificarsi dell'evento (che si sostanzia in forza maggiore), manifestando l'intenzione di avvalersi della clausola in questione, come pure di fornire le informazioni sul divenire della situazione, quindi finanche di manifestare la propria volontà di risolvere il contratto per l'intercorso verificarsi di detta causa. Per l'effetto, ove le parti abbiano

⁸ Sul punto si v. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in EG, XVI, Roma, 1991, 4.

⁹ Cfr. Cass. Pen. 28.2.1997, n. 965, per la quale appartiene alla categoria di forza maggiore solo quell'evento che non deve essere dipeso da azioni od omissioni dirette od indirette del debitore ed impedisca la regolare esecuzione del contratto, rendendo, inoltre, inefficace qualsiasi azione dell'obbligato diretta ad eliminarlo.

indicato tra gli eventi costituenti causa di forza maggiore l'epidemia/pandemia, opera la suddetta esimente da responsabilità della parte inadempiente.

IV. IL *FACTUM PRINCIPIS*.

Uno dei casi tipici dell'impossibilità della prestazione è allorquando sopraggiunge un ordine o un divieto dell'autorità amministrativa. Trattasi del c.d. *factum principis* (letteralmente: “*il fatto del principe*”), ovvero sia qualsiasi provvedimento legislativo o amministrativo dettato da interessi generali che rende impossibile oggettivamente la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato.

Il *factum principis* è stato ricompreso nell'ambito della forza maggiore¹⁰, anche se propriamente sono due concetti differenti. Ai fini dell'esonero dalla responsabilità per il *factum principis* è necessario che: (i) la situazione sia del tutto estranea alla volontà del soggetto obbligato e ad ogni suo dovere di diligenza; non vi deve essere alcuna colpa imputabile al debitore, che deve provare di essersi attivato in ogni modo, secondo l'ordinaria diligenza, per vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della P.A.; (ii) l'evento non deve essere conosciuto o conoscibile dal soggetto obbligato¹¹.

Nel caso in cui il debitore non abbia adempiuto la propria obbligazione nei termini contrattualmente stabiliti, si è così ritenuto non possa invocare l'impossibilità di prestare con riguardo ad un ordine o divieto sopravvenuto dell'autorità che fosse ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto della assunzione della obbligazione, ovvero rispetto al quale non abbia, sempre nei limiti segnati dal criterio della ordinaria diligenza, sperimentato ed esaurito tutte le possibilità che gli si offrivano per

¹⁰ Cfr. Cass. n. 119/1982.

¹¹ Al riguardo cfr. Cass. n. 14915/2018; Cass. n. 13142/2017; Cass. n. 6594/2012; Cass. n. 4016/2004; Cass. n. 12093/1998.

vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità, restando così inerte e ponendosi in condizione di soggiacervi senza rimedio.¹²

Tipico esempio di *factum principis* è l'embargo dichiarato dalle Nazioni Unite nei confronti dell'Iraq, che ha reso impossibile l'esecuzione delle obbligazioni contratte nei confronti dei soggetti aventi sede in tale Paese¹³. Viceversa, non esime da responsabilità il debitore: il sequestro penale della merce, poi avariata, a causa del mancato espletamento delle formalità doganali¹⁴; l'atto della pubblica autorità causato dalla violazione di norme urbanistiche¹⁵; la promessa in vendita di un locale commerciale munito di licenza di esercizio accompagnata dalla mancata osservanza delle prescrizioni necessarie per l'ottenimento della licenza stessa¹⁶; la mancata attivazione per ottenere la rimozione di preesistenti divieti all'esecuzione¹⁷.

V. LE POSSIBILI SOLUZIONI PER I SOGGETTI INADEMPIENTI.

Nell'attuale contesto di particolare emergenza, si potranno applicare gli istituti sopra analizzati, con una valutazione caso per caso.

A) Anzitutto, nell'ipotesi dell'obbligo di chiusura totale dell'attività per provvedimento dell'autorità si potrà configurare l'intervenuta *impossibilità temporanea* nell'esecuzione della prestazione, con sospensione della stessa per il periodo in cui perdura la predetta impossibilità.

¹² Cfr. Cass. n. 12093/1998; Trib. Imperia 28.2.2006; Trib. Roma 30.9.2010, n. 19352 (tutte in banca data Pluris).

¹³ Embargo reso esecutivo con il D.L. 4.8.1990, n. 216, convertito in L. 3.10.1990, n. 271 e con il D.L. 6.8.1990, n. 220, convertito in L. 5.10.1990, n. 278. In dottrina cfr. ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000, 239; *contra*, BIANCA, *Diritto civile*, V, 31.

¹⁴ Cfr. la risalente - ma attuale nel principio - Cass. n. 4696/1976.

¹⁵ Cfr. Cass. n. 16679/2002 e Cass. n. 15712/2002.

¹⁶ Si v. Cass. n. 2059/2000.

¹⁷ Cfr. Cass. n. 2595/1975.

In particolare con riferimento ai contratti di locazione commerciale aventi ad oggetto le attività *sospese* dai succitati DPCM (cinema, teatri, discoteche, palestre, scuole di ogni grado ed ordine, negozi e altre attività commerciali al dettaglio, bar, pub, ristoranti, gelaterie, pasticcerie, parrucchieri, barbieri, estetisti) il conduttore, pur restando nella disponibilità dell'immobile, in concreto non potrebbe esercitare alcuna attività che possa generargli dei flussi di cassa in entrata. Ne deriva che non potrebbe ritenersi responsabile del ritardo nell'adempimento: pertanto potrebbe ammettersi la sospensione del canone di locazione limitatamente al periodo previsto dal DPCM.

In tal caso è consigliabile inviare al più presto al locatore una lettera (pec o raccomandata con avviso di ricevimento) con la quale, considerato che i suddetti DPM configurano il c.d. *factum principis*, non potendo usufruire dell'immobile per l'uso convenuto per tutto il periodo di chiusura disposto dal Governo, il conduttore comunica la sospensione del pagamento del canone per un periodo di tempo pari ai giorni di interruzione dell'attività e richiede la conseguente rideterminazione del canone di locazione, tenendo conto della suddetta sopravvenuta impossibilità. E laddove fossero già stati effettuati dei pagamenti imputabili ai suddetti periodi di chiusura, andrà richiesto lo storno dei relativi importi non dovuti dalle prossime rate in scadenza.

Va precisato che il debitore deve essere in grado di dimostrare di aver tentato di percorrere tutte le soluzioni alternative astrattamente possibili che gli si offrivano per superare i limiti imposti dai provvedimenti, ovviamente nel pieno rispetto della legge. Dimostrazione che peraltro pare agevole per le attività sospese in forza dei DPCM emanati per arginare la pandemia da coronavirus.

Diverso è il caso di chiusura parziale dell'attività, per esempio per le attività di ristorazione che hanno posti a sedere (non usufruibili) ma che offrono anche il servizio per asporto: difficile invocare la sospensione temporanea dell'intero canone, atteso che v'è comunque una qualche continuazione dell'attività, seppur in misura ridotta. In tal caso si potrà tentare la strada della richiesta di riduzione del canone per il periodo di sospensione

dell'attività (principale), in virtù, appunto, della parziale inutilizzabilità dell'immobile. Sarà, quindi, un tema negoziale, prima di divenire, laddove non si avesse a raggiungere un accordo, una controversia giudiziale.

B) In secondo luogo, viene in rilievo – in linea con quanto dichiarato dall'O.M.S. e ripreso dal Governo – il concetto di *pandemia*, sulla base del quale in un contratto a prestazioni corrispettive la parte inadempiente potrebbe concretamente invocare l'esimente della causa di forza maggiore.

L'ipotesi più semplice si avrà laddove le parti abbiano apposto nel contratto la clausola specifica e indicato tra gli eventi costituenti la “forza maggiore” l'ipotesi dell'epidemia o della pandemia: in tal caso la parte inadempiente potrà invocare tale clausola per esimersi dalla responsabilità derivante dall'inadempimento. Tuttavia, laddove non vi fosse una clausola specifica nel contratto ovvero l'evento in esame non fosse menzionato tra le cause di forza maggiore, ciò non determinerebbe di per sé la non applicabilità della suddetta esimente. Invero, l'effetto del coronavirus sui contratti potrebbe comunque rientrare nel concetto di evento straordinario ed imprevedibile tale da far divenire la prestazione impossibile, quanto meno temporaneamente, ovvero eccessivamente onerosa. E laddove la sospensione delle attività per il coronavirus avesse a protrarsi per un tempo tale da rendere la prestazione definitivamente impossibile, potrà essere così invocata la risoluzione del contratto, con le precisazioni sopra indicate.

Va d'altronde evidenziato che la valutazione dell'onerosità (sopravvenuta rispetto al momento della stipula dell'accordo) come eccessiva spetta al giudice e, comunque, risulta irrilevante se chi la invoca è già in ritardo con il suo adempimento ed è quindi in mora. Peraltro, la parte contro la quale la risoluzione è domandata, può evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

C) Vi sono alcuni casi specifici di impossibilità di adempiere alla prestazione ex art. 1463 c.c. richiamati nei recenti provvedimenti emanati dal Governo a seguito dell'emergenza scaturita dalla diffusione del coronavirus. Per esempio in forza del richiamo effettuato

dall'art. 28 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (recante “*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*”), in relazione al rimborso di titoli di viaggio e pacchetti turistici – nei casi richiamati dalla norma “ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre”.

D) V'è anche un altro modo per riportare ad equilibrio il sinallagma contrattuale: evocare l'applicazione del principio - generale - della *buona fede*.

A mente dell'art. 1175 c.c. sia il creditore che il debitore per tutta la durata del rapporto obbligatorio devono comportarsi secondo correttezza¹⁸. Tale disposizione si collega – in materia contrattuale – all'art. 1375 c.c. (che prevede l'obbligo per il soggetto chiamato a dare esecuzione al rapporto contrattuale di comportarsi secondo buona fede), all'art. 1336 c.c. (in tema di interpretazione del contratto) ed all'art. 1337 c.c. quale comportamento che le parti devono tenere durante lo svolgimento delle trattative. Tali ultime disposizioni impongono a ciascuna parte di modellare il loro comportamento alle regole di lealtà, onesta e correttezza così da porre in essere una condotta che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, è idonea a preservare gli interessi dell'altra parte, facendo aderire il regolamento contrattuale alla reale situazione di fatto nel frattempo creatasi. In tal modo il principio di buona fede *integra* il rapporto contrattuale, giungendo anche ad imporre un vero e proprio obbligo di rinegoziazione.

La violazione di un siffatto obbligo consente alla parte non inadempiente di agire per la risoluzione del contratto per inadempimento dell'altra parte, e finanche di agire per ottenere il risarcimento del danno eventualmente patito nelle more. Inoltre, si potrà agire in giudizio per chiedere al Giudice di modificare direttamente le pattuizioni contrattuali divenute inique, così da ricondurle ad *equità*.

Conclusivamente, premesso che è consigliabile, in qualunque ipotesi, una tempestiva comunicazione ad opera della parte impossibilitata - parzialmente o totalmente -

¹⁸ Nel significato soggettivo di cui all'art. 1375 c.c. la buona fede fa riferimento allo stato psicologico della parte che “ignora” di ledere un altrui diritto.

all'adempimento¹⁹, nell'attuale difficile situazione appare facile prevedere l'aumento (probabilmente esponenziale) delle controversie, finanche giudiziali, aventi ad oggetto i contratti in essere e i relativi inadempimenti. Le soluzioni andranno valutate caso per caso, tenendo conto anche dell'eccezionalità del momento in cui ci troviamo.

¹⁹ Cfr. Cass. Civ., 11914/2016 secondo la quale la diligenza e la buona fede nell'esecuzione del contratto, da parte di un'impresa, impongono di comunicare al proprio cliente, in modo tempestivo, l'impossibilità di eseguire la prestazione, nonché di adottare i provvedimenti, che si rendano necessari, al fine di arginare i danni conseguenti.