

[Stampa l'articolo](#) | Chiudi

FOCUS ADEMPIMENTI CONTRATTUALI

La "pandemia" degli inadempimenti contrattuali da COVID-19 e i possibili rimedi

Marco Greggio, Carlotta Seghi

Con la collaborazione di Marco Greggio e Carlotta Seghi, la redazione di Diritto24 ha il piacere di inaugurare una nuova rubrica dedicata all'analisi delle varie clausole contrattuali e delle possibili eccezioni in tempo di crisi ed inadempimenti contrattuali diffusi da Covid-19

La pandemia da Covid-19, inizialmente qualificata come emergenza sanitaria, sta causando effetti di considerevole impatto non soltanto sui singoli individui e sulle loro libertà, ma anche sulle aziende e sulle loro obbligazioni contrattuali.

La **carezza di liquidità** rischia invero di essere indiscriminatamente "scaricata" sui fornitori: *alcune volte legittimamente, altre meno.*

In queste ultime settimane si sono succeduti vari provvedimenti del Governo, tra cui il Decreto legge 17 marzo, che non sembra aver arginato la "pandemia" di inadempimenti contrattuali cui stiamo assistendo, e il recentissimo Decreto del 8 aprile.

Proviamo quindi a fare un po' di ordine e di rispondere alla seguente domanda:

in quali casi la diffusione del virus ed i provvedimenti adottati dall'Esecutivo possono esimere – e in che misura - l'obbligato dall'adempiere alle proprie obbligazioni?

La risposta va modulata a seconda dei contratti in essere e, in particolare, delle **clausole** ivi presenti.

La normativa applicabile

In primo luogo occorre fare riferimento alla norme generali che disciplinano l'inadempimento delle obbligazioni: l'art. **1218 c.c.**, il 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 imputabile; e l'art. **1256 c.c.**, a mente del quale l'obbligazione si estingue nel caso in cui, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventi - appunto - impossibile.

Nei contratti con prestazioni corrispettive vi sono poi delle norme particolari: ai sensi dell'art. **1463 c.c.**, l'impossibilità totale libera la parte impossibilitata dall'eseguire la prestazione dovuta e contestualmente la priva dal diritto di richiedere alla controparte l'adempimento della propria controprestazione; e eventualmente già ricevuto dovrà essere restituito secondo le norme della ripetizione dell'indebitato (art. **2033 c.c.**).

Per poter spiegare la propria efficacia liberatoria, 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.

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 contratto.

La giurisprudenza ha evidenziato che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione "*si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta inutilizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione*" (Cfr. Cass. 20.12.2007, n. 26959).

In altri termini può configurarsi l'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta (totale o parziale) laddove tale impossibilità comporti un'alterazione del sinallagma che renda irrealizzabile la causa concreta del contratto. (Cfr. Cass. 22.8.2007, n. 17844.)

In tema di locazioni, in giurisprudenza si è osservato che "*in relazione ai contratti di locazione di immobili urbani, qualora l'immobile locato venga a versare, anche se non per colpa del locatore, in condizioni tali da non consentire il normale godimento del bene in relazione alla sua destinazione contrattuale il conduttore convenuto in giudizio per il pagamento dell'intero canone, se non può validamente opporre l'eccezione di inadempimento, ha comunque diritto ad ottenere una riduzione del canone, proporzionale alla riduzione dell'utilità che il conduttore consegue, a causa dei limiti esistenti al pieno godimento del bene come contrattualmente previsto*" (Cfr. Cass. 27.2.2004, n. 3991).

Uno dei casi "*tipici*" dell'impossibilità della prestazione è allorché 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 maggiore (Cfr. Cass. 11.1.1982, n. 119), anche se propriamente si tratta di 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 obbligato. (Cfr. Cass. 8.6.2018, n. 14915; Cass. 25.5.2017, n. 13142; Cass. 30.4.2012, n. 6594)

Nei contratti a prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita l'art. **1467 c.c.** stabilisce 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. 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 contraente.

Si discute in dottrina e giurisprudenza sulle modalità attraverso le quali l'eccessiva onerosità può essere dedotta in giudizio. Secondo l'orientamento maggioritario l'eccessiva onerosità deve essere dedotta mediante una specifica domanda, da proporsi in via principale ovvero in via riconvenzionale dal debitore convenuto nel giudizio promosso dall'altro contraente per l'adempimento (o la risoluzione per inadempimento) del contratto. Non sarebbe invece consentito al debitore convenuto sollevare l'eccezione di eccessiva onerosità, atteso che l'eccessiva onerosità è diretta al conseguimento di una pronuncia esorbitante il mero rigetto dell'altrui richiesta di adempimento (*Cass. 26.10.2004, n. 20744*; *Cass. 30.1.1995, n. 1090*).

Una tesi minoritaria e risalente, invece, ammette la proponibilità dell'eccessiva onerosità financo in via di eccezione onde consentire al debitore di paralizzare la pretesa creditoria avanzata dalla controparte (Cfr. *Cass. 13.12.1980, n. 6470*).

Nel prossimo appuntamento: le locazioni commerciali, i contratti di somministrazione e di affiliazione commerciale, la clausola "solve et repete".



Stampa l'articolo | Chiudi

FOCUS ADEMPIMENTI CONTRATTUALI

La "pandemia" degli inadempimenti contrattuali da COVID-19 e i possibili rimedi

(parte II)

Marco Greggio, Carlotta Seghi

Nella prima parte del Focus curato per Diritto24 da Marco Greggio e Carlotta Seghi, abbiamo esaminato i casi nei quali la diffusione del virus ed i provvedimenti adottati dall'Esecutivo possono esimere - e in che misura - l'obbligato dall'adempire alle proprie obbligazioni.

Questo secondo articolo è dedicato alle locazioni commerciali, ai contratti di somministrazione e di affiliazione commerciale, e alla clausola "solve et repete". BUONA LETTURA!

Le locazioni commerciali.

Il conduttore impossibilitato ad esercitare l'attività a causa del DPCM 12.3.2020 che ha sospeso ogni attività considerata "non essenziale" potrebbe invocare l'impossibilità sopravvenuta ovvero l'eccessiva onerosità, tenendo in debita considerazione le peculiarità che l'esercizio dell'una o dell'altra azione comporta.

A prescindere dalla normativa generale applicabile a tutti i contratti a prestazioni corrispettive, nei contratti di locazione commerciale è altresì possibile per il conduttore esercitare il diritto di recesso ex art. 27, ultimo comma, Legge 27.7.1978, n. 392 in presenza di "gravi motivi" tali da non consentire l'ulteriore prosecuzione del rapporto.

Per orientamento giurisprudenziale consolidato ***i gravi motivi che legittimano l'esercizio del recesso del conduttore non devono attenere alla cd. sfera soggettiva e neppure possono derivare da una sua unilaterale valutazione sull'opportunità (o meno) di proseguire il rapporto di locazione (Cfr. Cass. 19.9.2019, n. 23345; Cass. 21.4.2010, n. 9443).***

La **gravità** deve infatti dipendere da avvenimenti

- (i) *sopravvenuti* rispetto alla costituzione del rapporto locatizio;
- (ii) *estranei alla volontà* del conduttore recedente;
- (iii) *imprevedibili*, e quindi non rientranti nella normale alea del contratto, e idonei a provocare uno squilibrio tra le prestazioni.

Il conduttore recedente sarà quindi onerato della comunicazione al locatore dei "gravi motivi" che lo hanno portato a recedere dal contratto onde consentire al locatore di prenderne atto e di verificare la legittimità del recesso. (*Cfr. Cass. 13.2.2015, n. 2868. Alla luce dell'evento eccezionale dato dalla pandemia da Covid-19, tale opzione giurisprudenziale potrebbe essere ripresa dai nostri tribunali*)

Difficile per il conduttore procedere ad una autosospensione, unilaterale e immotivata, del pagamento del canone, trattandosi un'estrinsecazione di un principio di autotutela (inammissibile): il rischio quindi in tal caso è che il locatore possa risolvere il contratto per inadempimento.

Per altro verso va detto che il conduttore non potrebbe paralizzare gli effetti dell'inadempimento da morosità ai sensi dell'art. 55 della citata L. n. 392 del 1978 estinguendo il diritto alla risoluzione del contratto sorto in favore del locatore offrendo di pagare quanto dovuto per canoni scaduti, oneri accessori, interessi e spese, atteso che tale disposizione è prevista soltanto per le locazioni ad uso abitativo. Tale norma, infatti, potrebbe essere applicata alle locazioni commerciali nel solo caso in cui sia stato contrattualmente previsto dalle parti (cfr. Cass. 30.3.2010, n. 7621).

I contratti di somministrazione e di affiliazione commerciale.

I contratti di somministrazione potrebbero prevedere la commercializzazione dei prodotti del fornitore da parte del committente (in via esclusiva o meno), per un periodo di tempo determinato. Tali contratti, solitamente, stabiliscono altresì che il committente si impegna ad acquistare una quantità minima di merce durante il periodo di vigenza del contratto.

Anche nei contratti di affiliazione commerciale l'affiliato si impegna ad acquistare determinati prodotti dall'affiliante (si pensi ad esempio ad un contratto di affiliazione commerciale nel settore del trucco e parrucco) ed a raggiungere un obiettivo minimo di fatturato nel corso di ogni anno del rapporto, laddove il mancato raggiungimento di tali obiettivi spesso è causa di risoluzione del contratto per inadempimento.

Ebbene tali fattispecie ben potrebbero essere sussunte nell'alveo dell'impossibilità sopravvenuta. Invero l'interruzione dell'attività a causa dell'adozione di un provvedimento dell'Autorità che ne impedisce l'esercizio, escludendo quindi la possibilità per il committente o affiliato di vendere ai terzi la merce acquistata dal fornitore o affiliante e il raggiungimento degli obiettivi minimi previsti nel contratto, sembra costituire un avvenimento straordinario ed imprevedibile tale da esonerare la parte dalla relativa responsabilità per inadempimento.

In applicazione di tali principi si potrebbe pertanto ritenere che il committente o l'affiliato non saranno vincolati ad acquistare i prodotti secondo quanto contrattualmente previsto, ma durante il periodo di vigenza dell'impossibilità dovranno essere considerati "liberati" dalla propria obbligazione. Pertanto una soluzione concordata è da preferirsi: le parti potrebbero pattuire una riduzione e/o sospensione degli acquisti ed eventualmente un "recupero" della prestazione divenuta impossibile a causa della pandemia mediante il prolungamento dell'efficacia del contratto.

La clausola "solve et repete".

In alcuni contratti (di locazione, affitto d'azienda o di ramo d'azienda) è presente la clausola "***solve et repete***" di cui all'**art. 1462 c.c.**, ossia quella pattuizione che consente alle parti di attribuire ad un contraente il diritto di paralizzare la proponibilità di talune eccezioni della controparte, allo scopo di evitare che l'esecuzione degli obblighi contrattuali sia evitata o ritardata.

La predetta clausola non opera nel caso in cui siano opposte dal debitore le c.d. "***eccezioni indifferibili***" quali l'eccezione di nullità, annullabilità e rescissione. Si tratta di eccezioni che attengono al profilo genetico del contratto; esse traggono origine da una serie di fatti caratterizzati da una particolare gravità. Nel silenzio della norma sono considerate indifferibili anche le c.d. "***eccezioni estintive***" a mezzo delle quali il debitore può fornire la prova dell'estinzione dell'obbligazione fatta valere dal creditore. (*Si tratta dell'eccezione di pagamento, novazione, compensazione, remissione, confusione, impossibilità sopravvenuta del debitore, prescrizione, giudicato e transazione: cfr. DALMARTELLO, Solve et repete (Patto o clausola del), in NN.D.I., XVII, Torino, 1970, 849; LUCCHI, Solve et repete (Patto o clausola del), in Digesto civ., XVIII, Torino, 1998, 589.*)

Quanto invece alla proponibilità della eccezione (laddove ritenuto possibile) o della domanda riconvenzionale di eccessiva onerosità sopravvenuta, gli interpreti hanno più volte ritenuto prevalere l'operatività della *clausola solve et repete*:

il *solve* produrrebbe non già la rinuncia all'azione o all'eccezione, bensì il differimento della sua proponibilità. (V. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto, in Codice civile. Libro delle obbligazioni. Commentario diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, I, Delle obbligazioni e dei contratti in generale, Firenze, 1948, p. 865.*)

In altri termini la clausola dispiega la propria efficacia paralizzante nei confronti dell'azione (della domanda riconvenzionale) e dell'eccezione di risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione sollevata dal debitore **ex art. 1467 c.c.** (Cfr. Cass. 5.10.1976, n. 3272)

E ciò a meno che non sussistano "gravi motivi" tali da consentire al giudicante di sospendere l'efficacia della clausola ai sensi dell'art. **1462 c.c. "imponendo, se del caso, una cauzione"**.



Stampa l'articolo | Chiudi

FOCUS ADEMPIMENTI CONTRATTUALI

La "pandemia" degli inadempimenti contrattuali da COVID-19 e i possibili rimedi

(parte III)

Marco Greggio, Carlotta Seghi

Il terzo e ultimo appuntamento del FOCUS, curato per Diritto24 da Marco Greggio e Carlotta Seghi, è dedicato alla clausola penale, la forza maggiore, le garanzie bancarie, le misure adottate dall'Esecutivo e la buona fede.

La clausola penale.

La clausola penale è il patto con il quale si conviene che, in caso di inadempimento di un'obbligazione, la parte debitrice versi una somma di denaro o effettui altra prestazione. V'è da chiedersi quindi in caso di inadempimento della parte agli obblighi contrattuali che effetti possa spiegare l'inserimento di tale clausola all'interno del contratto e se comporti l'obbligo per il contraente di versare comunque la sanzione.

Al fine di rispondere a tale domanda deve preliminarmente essere indagata la natura della clausola penale che, si anticipa, è stata oggetto di un ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

Il tradizionale orientamento riconosce alla predetta clausola una funzione *risarcitoria* (Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu, Messineo, Milano, 1968, 209*; Scognamiglio, *Risarcimento del danno*, in *NN.D.I.*, XVI, Torino, 1969, 19), in particolare, di liquidazione preventiva e forfettaria del danno. (V. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 221; De Cupis, *Il danno*, I, 3a ed., Milano, 1979)

A tale orientamento si contrappone la differente ricostruzione che rinviene nella clausola una funzione essenzialmente punitiva (Cfr. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *ED*, VII, Milano, 1960, 188; MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *RDC*, 1985, I, 511; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 21), ovvero sanzionatoria. (V. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 98; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1990, 75.)

In giurisprudenza, viceversa, sembra prevalente l'orientamento secondo il quale, anche sulla base di argomenti letterali, si riconosce alla clausola *de qua* una funzione risarcitoria (Cfr. *Cass. 28.8.2007, n. 18195*; *Cass. 19.1.2007, n. 1183*; *Cass. 13.1.2005, n. 591.*), di anticipata e forfettaria liquidazione del danno (pure se non sempre tale funzione è stata riconosciuta come esclusiva). (Cfr. *Cass. 17.8.2001, n. 11153*)

Si discute altresì in merito alla possibilità (Cfr. TRIMARCHI, La clausola, cit. 36) di pattuire clausole penali anche per inadempimenti che non siano imputabili al debitore, e, dunque, per rafforzare la soddisfazione di interessi, anche oltre la doverosità di tale soddisfazione. Ad una parte della dottrina che ammette una siffatta possibilità, si contrappone un diverso orientamento che ritiene che l'inadempimento dedotto nella penale debba, necessariamente, essere imputabile al debitore. (V. BIANCA, cit. 229; MARINI, La clausola, cit. 115.)

Di talché l'inserimento in un contratto di una clausola, con la quale si pattuisca la doverosità di una determinata prestazione ad un mancato adempimento non imputabile, pur non potendo essere ricondotta a quella prevista dagli artt. 1382 ss., non sarà, comunque, invalida, trattandosi, piuttosto, di una clausola di assunzione di rischio inserita per volontà delle parti. (Cfr. DE NOVA, Le clausole, cit. 410; MOSCATI, cit. 525)

Alla luce delle predette considerazioni nel caso in cui sia presente in un contratto una clausola penale dovrà essere oggetto di attenta analisi, onde comprendere se l'inadempimento agli obblighi contrattuali che onera la parte inadempiente del pagamento della penale sia solo quello imputabile al debitore o anche quello non imputabile. In questo ultimo caso le somme pattuite dovrebbero essere versate a prescindere dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento, anche se dipeso da una causa sopravvenuta ed imprevedibile.

La forza maggiore.

L'ordinamento italiano non fornisce una definizione di forza maggiore (*vis maior cui resisti non potest*).

In giurisprudenza si ritiene che la forza maggiore si presenti come un particolare impedimento allo svolgimento di una certa azione tale da rendere vano ogni sforzo dell'agente per il suo superamento. Tale impedimento deve inoltre essere non imputabile al debitore.

A livello internazionale la definizione di forza maggiore è contemplata, oltre che nella Convenzione di Vienna del 1980 e nei principi Unidroit, 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*).

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

Se tra gli eventi costituenti la forza maggiore non è compresa la pandemia occorre accertare se le ipotesi ivi contemplate abbiano carattere tassativo o meramente esemplificativo (ipotesi che si verifica allorquando la clausola contenga locuzioni del tipo "sono ricompresi anche eventi analoghi a quelli specificamente elencati").

Solo in tale ultimo caso, si potrebbe, ragionando per analogia, ricomprendere la pandemia da Coronavirus tra le cause sussumibili nella forza maggiore.

Le garanzie bancarie.

Particolarmente problematica risulta la possibilità per il debitore di opporre eccezioni onde impedire l'escussione da parte del creditore delle eventuali garanzie bancarie rilasciate a garanzie delle obbligazioni contrattuali.

Anzitutto occorre preliminarmente qualificare il tipo di garanzia rilasciata ovvero se si tratti di fideiussioni o contratti autonomi di garanzia. Tale valutazione, come noto, prescinde dal nomen utilizzato dalle parti.

Il carattere distintivo del contratto autonomo di garanzia (rispetto alla fideiussione) sta nell'assenza dell'elemento di accessorietà della garanzia, derivante dalla esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale (ad eccezione della *exceptio dol i*), nonché dal fondamentale carattere di autonomia del rapporto rispetto a quello garantito, in deroga all'art. 1945 c.c., con conseguente preclusione della legittimazione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale. (Cfr. Cass. 31.7.2015, n. 16213)

La giurisprudenza di merito ritiene che *"l'inserimento in una polizza fideiussoria di una clausola "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" vale di per sé a trasformare la polizza in un contratto autonomo di garanzia, essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione"*, (Cfr. Trib. Milano 24.1.2020 e Trib. Roma 23.1.2020.) mentre la giurisprudenza di legittimità ha più volte sostenuto come sia sempre necessario indagare l'effettiva volontà delle parti mediante lettura dell'intero contratto anche nel caso in cui sia inserita una clausola di pagamento *"a prima richiesta e senza eccezioni"*. (Cfr. Cass. 19.2.2019, n. 4717)

Laddove invece il contratto di garanzia contenga la sola clausola *"a prima richiesta"* senza nulla precisare con riferimento alla possibilità per il garante di sollevare eccezioni (ovvero di rinunciarvi) si discute in dottrina (Cfr. VIALE, *Sfogliando la margherita: "Garantievertrag" e "fideiussioni omnibus" in Cassazione, in Foro.it., 1988, p. 106*; CALDERALE, *La Cassazione e il contratto autonomo di garanzia: il "big sleep" delle sezioni unite in Foro.it., 1988, p. 3022*; LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia in Contr., 2000, p. 139*) se il contratto possa essere qualificato come

- (i) fideiussione con l'inserimento della clausola *solve et repete* ovvero
- (ii) contratto autonomo di garanzia.

È stato infatti precisato che *"la clausola "solve et repete" inserita nella fideiussione con formule del tipo "senza riserva alcuna" ovvero "dietro semplice richiesta" è pienamente valida e non è priva di efficacia ai sensi dell'art. 1462 in quanto costituisce manifestazione di autonomia contrattuale, non altera i connotati tipici della fideiussione e non comprende il divieto di sollevare eccezioni attinenti alla validità dello stesso contratto di garanzia.* (Cfr. Cass. 21.2.2008, n. 4446)

Ad ogni buon conto se l'inserimento nel contratto di fideiussione tipico di tale clausola "a prima richiesta" costituisce valida espressione di autonomia negoziale e non snatura il contratto tipico, deve tuttavia essere indagata l'effettiva volontà delle parti in ordine al contenuto specifico del contratto. (Cfr. Cass. 6.10.2005, n. 19484)

Di conseguenza nel caso in cui l'adempimento delle obbligazioni sia garantito, occorrerà procedere ad un'attenta analisi delle clausole della garanzia onde qualificare il contratto come contratto autonomo di garanzia (che impedirà al garante la proposizione di ogni eccezione, obbligandolo ad eseguire immediatamente (a prima richiesta) la prestazione richiesta, indipendentemente dall'esistenza, validità e/o efficacia del rapporto di base) ovvero come fideiussione.

Si rammenta che nel caso in cui sia stata rilasciata una fideiussione, il garante potrà eccepire, ai sensi dell'art. 1945 c.c., tutte le eccezioni proponibili dal debitore principale.

Laddove invece nella fideiussione sia presente la clausola *"a prima richiesta"* o *"a prima richiesta scritta"* e l'interpretazione dell'intero contratto non consenta di qualificarlo come contratto autonomo di garanzia, si potrebbe trattare di fideiussione con clausola *"solve et repete"* ed il

garante potrà quindi eccepire le sole "eccezioni indifferibili" ovvero quelle "estintive" dell'obbligazione principale.

Le misure adottate dall'Esecutivo.

Nel decreto legge 17.3.2020 (c.d. Cura Italia) vi sono due norme che riguardano gli (in)adempimenti contrattuali.

(i) L'art. 65 (rubricato "Credito d'imposta per botteghe e negozi") stabilisce che *"al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1"*.

La disposizione riconosce dunque ai soggetti esercenti attività d'impresa un credito di imposta nella misura del 60% dell'ammontare del canone di locazione di marzo 2020 di immobili rientranti nella categoria catastale C1 (negozi e botteghe) al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da corona virus Covid-19. Sembrano quindi esclusi dall'alveo della disposizione le attività esercitate in forza di contratti di affitto di ramo d'azienda di negozi siti in centri commerciali.

Peraltro, trattasi di una norma che ha mera natura fiscale (come dimostra anche l'inserimento dello stesso nel Titolo IV del Decreto, per l'appunto recante "Misure fiscali a sostegno della liquidità delle famiglie e delle imprese") e che è da interpretarsi come semplice incentivo all'esecuzione della prestazione dovuta.

(ii) L'art. 91 (rubricato *"disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici"*) stabilisce che *"il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*.

La norma, che ancorchè nella rubrica pare riferirsi ai soli contratti pubblici, invero contiene previsioni concernenti i contratti in generale (sia pubblici che privati). Invero si limita a ipotizzare una limitazione o riduzione della responsabilità del soggetto inadempiente, con contenuti peraltro generici che inevitabilmente – *rebus sic stantibus* - dovranno essere chiariti in sede giudiziale: non v'è alcuna previsione quindi riguardo la sospensione o la proroga dei termini contrattuali.

La buona fede.

V'è un principio fondamentale che va analizzato in relazione alle obbligazioni, quello di buona fede. L'art. 1175 c.c. stabilisce che *"il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"*; in particolare, con riferimento all'esecuzione del contratto, l'art. 1375 c.c. stabilisce che esso deve essere eseguito secondo buona fede nell'ottica di un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti contraenti.

Il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato. (Cfr. Cass. 22.1.2009, n. 1618; Cass. 4.5.2009, n. 10182)

In applicazione del predetto principio e proprio ai fini di un ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti, il conduttore/affittuario potrebbe invocare la *reductio ad equitatem* del canone di locazione o di affitto. Tale opzione, si ricorda, non è contemplata da alcuna delle

disposizioni che regolamentano l'esclusione della responsabilità per causa non imputabile al debitore.

Si potrebbe quindi procedere ex art. 1374 c.c. ad una integrazione del contratto mediante l'applicazione dei criteri equitativi; come tutti i concetti generali, anche l'equità non trova una definizione inequivoca: essa è considerata, non come valore etico o superamento dello *strictum ius*. (In questo senso *RODOTÀ Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1969, 205*)

In applicazione di tali principi il giudice dovrà tenere conto sia della posizione del conduttore che di quella del locatore allorquando debba valutare la rilevanza dell'impatto che la pandemia ha avuto sull'andamento degli affari del conduttore.

Il principio della buona fede rileva altresì in tema di risoluzione del contratto a causa dell'inadempimento della controparte. Si è detto infatti che in caso di impossibilità sopravvenuta parziale la controparte potrebbe richiedere la risoluzione del contratto laddove non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. Ebbene, la giurisprudenza ha avuto modo di osservare che il comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento, potendo realizzare il suo interesse senza ricorrere all'ablazione del vincolo, è contrario a buona fede. (Cfr. *Cass. 13208/2010*)