

**BREVI NOTE SU INADEMPIMENTO E RISOLUZIONE
AI TEMPI DELLA PANDEMIA**

MARIA NOVELLA BUGETTI

*Professore associato
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. L'incidenza dell'art. 91 d.l. 18/2020 in ordine all'imputabilità dell'inadempimento. – 2. La responsabilità del debitore alla luce del d.l. 18/2020. – 3. L'incidenza delle misure restrittive ai fini dell'applicazione dell'art. 1223 c.c. – 4. I limiti posti all'applicazione di penali o decadenze. – 5. Inadempimento e risoluzione del contratto.

1. – Le misure di contenimento della pandemia sono destinate ad avere un impatto enorme sui rapporti obbligatori e contrattuali (ben oltre i mesi di relativa efficacia). Le misure di contenimento hanno fortemente inciso sull'adempimento di un numero rilevantissimo di prestazioni, divenute (definitivamente, parzialmente o temporaneamente) impossibili a causa degli impedimenti ivi contenuti; l'interruzione della produzione, la sospensione delle attività commerciali, la limitazione degli spostamenti hanno reso in molti casi inattuabile il rapporto obbligatorio, cagionando un inadempimento che in sé evoca le regole poste a presidio della patologia dell'obbligazione.

Le difficoltà finanziarie ed economiche conseguenti al fermo delle attività produttive e commerciali pongono in evidenza la necessità di valorizzare l'operatività degli strumenti attuativi della "giustizia contrattuale", allo scopo di declinare il principio *pacta sunt servanda* in ragione delle esigenze di tutela del contraente più colpito da eventi straordinari e imprevedibili sopravvenuti nel corso del rapporto contrattuale¹. Il che scopre talune criticità della disciplina codicistica delle sopravvenienze contrattuali, tradizionalmente così restia a dar spazio alle istanze solidaristiche ed al bilanciamento tra gli interessi individuali con quelli della "comunità". Il legislatore dell'emergenza è intervenuto al riguardo – con una disposizione di carattere per così dire generale, alla quale si affiancano di volta in volta provvedimenti mirati a specifici settori – nell'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (che ha inserito il comma 6-bis all'art.

¹ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 17 marzo 2020, 3 e ss.; BENEDETTI-NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*.

3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6)². La citata norma – la quale ridefinisce i limiti della responsabilità del debitore se ed in quanto l’inadempimento derivi dall’osservanza da parte sua delle misure di contenimento adottate dal Governo – sarebbe, secondo una lettura, dettata espressamente per i contratti pubblici (tenuto conto della rubrica *Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*), anche se la “*eadem ratio*” imporrebbe di estendere il principio a tutti i contratti, indipendentemente dall’oggetto e dalla natura dei contraenti³.

Pare invece preferibile – anche in considerazione della natura eccezionale del portato del richiamo all’art. 1223 c.c., e dunque di per sé insuscettibile di applicazione analogica, come oltre si dirà – ritenere che la rubrica, così come il testo, della norma sia bipartita, e che il riferimento ai contratti pubblici sia riferita unicamente all’ “anticipazione del prezzo” e non anche ai “ritardi o inadempimenti contrattuali”. Di guisa che il comma 6 *bis* prima parte è da intendersi come riferito a qualsivoglia rapporto contrattuale, anche “privato”.

Ciò posto, leggendo la disposizione alla luce del sistema della responsabilità del debitore per l’inadempimento se ne trae in prima battuta la considerazione per la quale il legislatore dell’emergenza ha con essa inteso esplicitare normativamente che l’osservanza delle misure di contenimento costituisce una causa di “forza maggiore”, riconducibile alla figura del *factum principis*: allorché il debitore sia inibito dalla legge allo svolgimento delle attività finalizzate o strumentali all’adempimento, tale circostanza “è sempre valutata” ai fini della esclusione della responsabilità o ai fini della quantificazione del danno, sia in caso di ritardo sia in caso di omissione dell’adempimento. Per il vero, proprio la riconduzione delle norme restrittive poste dal decreto emergenziale nel novero dei provvedimenti dell’autorità pubblica impeditive dell’adempimento, induce a ritenere che la norma richiamata espliciti un principio ricavabile dal sistema generale delle obbligazioni e dunque di per sé non costituisca un *quid novi*. Tuttavia in forza del comma 6 *bis* il debitore risulta senz’altro agevolato sul piano probatorio, nel senso che invocando tale norma egli non è tenuto a dar prova della forza maggiore, *sub specie* di *factum principis*, in quanto è la legge stessa che riconosce alle misure contenitive quel carattere di imprevedibilità e

² DI MARCO, *L’esonero da responsabilità contrattuale prevista dall’art. 91, comma 1, del Cura Italia*, in *Quot. giur.*, 10.4.2020.

³ VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata la COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, *Approfondimento* del 25 marzo 2020, 4.

straordinarietà che, in mancanza della norma, sarebbe suo onere provare⁴.

Il tenore letterale del comma 6-bis induce a ritenere che il giudice, chiamato a valutare la sussistenza della responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. o a quantificare il danno sia tenuto ad un accertamento relativo alla non imputabilità della impossibilità della prestazione o del ritardo nell'adempimento⁵, andando a verificare se tale omissione o ritardo si pongano come conseguenza del rispetto delle misure di contenimento. La legge, invero – e condivisibilmente –, non stabilisce alcun automatismo, imponendo per contro una verifica caso per caso: se, all'esito della "valutazione" il ritardo o l'omissione risulteranno connessi in termini di causa-effetto con il rispetto delle limitazioni imposte dal decreto 18/2020, potrà allora escludersi la responsabilità "ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 c.c. e 1223 c.c.", viceversa no. Al riguardo, e a titolo puramente esemplificativo, può osservarsi quanto segue.

Rimane di principio priva di rilievo l'impossibilità finanziaria del debitore di una somma di denaro; inoltre, a seguito della diffusione dei mezzi di pagamento elettronico risulta difficile ipotizzare una impossibilità di procedere al pagamento in ragione dell'osservanza delle misure di contenimento. Per tale ragione pare comunque difficile invocare la non imputabilità ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 231/2002 dettata in materia di ritardo di pagamento delle transazioni commerciali, giusta il quale "Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto (omissis) salvo che il debitore dimostri che il ritardo di pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

In relazione a prestazioni di fare o consegnare, o che abbiano ad oggetto l'erogazione di servizi, la valutazione della incidenza delle misure di contenimento può senz'altro venire in rilievo, salvo verificare in maniera puntuale se l'inadempimento potesse comunque essere possibile *aliomodo* anche durante la vigenza delle misure restrittive o mediante l'utilizzo di metodi alternativi "a distanza", almeno senza che questo comportasse per il debitore uno sforzo eccessivo. Si dovrà altresì escludere il richiesto nesso di causalità allorché l'impossibilità derivi da una inerzia del debitore rispetto all'adozione di specifiche misure richieste per l'esecuzione della prestazione

⁴ BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "Cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.

⁵ In generale sull'istituto *ex plurimis* COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Milano, 1955; DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2003; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1463–1466, Bologna–Roma, 2002; CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989.

ovvero, al contrario, da cautele peculiari derivanti da letture “originali” della normativa emergenziale⁶ o da paventate conseguenze legate alla situazione di emergenza.

All’esito di tale valutazione il giudice può escludere radicalmente la responsabilità del debitore.

Ci si è riferiti fin ad ora al caso – più lineare dal punto di vista delle conseguenze giuridiche – in cui la prestazione sia divenuta *in toto* e definitivamente impossibile a causa dell’osservanza delle prescrizioni governative legate all’emergenza Covid-19, cosicché la relativa obbligazione si è estinta ai sensi dell’art. 1256 c.c.

Diverso il caso, e presumibilmente più frequente, in cui la impossibilità di eseguire la prestazione sia stata solo temporanea, cosicché l’obbligazione è rimasta sospesa – in quanto momentaneamente inibita –, ma ha potuto (o poteva) essere eseguita una volta cessata l’efficacia delle misure di contenimento. In tal caso la valutazione della non imputabilità è riferita al ritardo, di guisa che saranno da escludere per la medesima ragione i danni derivanti al creditore per il ritardo nell’esecuzione della prestazione. Salvo quanto si dirà in tema di risoluzione del contratto, in questo caso il ritardo non è imputabile e l’esecuzione deve intendersi come legittimamente rinviata.

Sulla diversa ipotesi in cui la prestazione non rientri in quelle direttamente impedita dall’osservanza delle misure di contenimento, inidonee dunque ad elidere la responsabilità del debitore, ci si interroga se la situazione di emergenza possa essere comunque considerata ai fini della limitazione o riduzione del *quantum* del risarcimento dovuto (v. *infra* § 2).

Come ulteriore conseguenza della non imputabilità dell’inadempimento – se ed in quanto ricorra la forza maggiore –, deve ritenersi che non sussistano i presupposti per l’operare della mora del debitore. Ai sensi dell’art. 1256, comma 2, c.c., infatti, il debitore finché l’impossibilità perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento; tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a riceverla. Si tratta di una valutazione da compiersi tenuto conto di criteri di “oggettiva ragionevolezza”, anche alla luce delle circostanze del caso concreto, tali da giustificare tanto il rifiuto del creditore di ricevere la prestazione, in considerazione del ritardo – seppur non imputabile – nel riceverla, quanto il rifiuto del debitore di adempiere,

⁶ BENEDETTI, *op. loc. cit.*

considerando dunque definitiva l'impossibilità⁷.

2. – Il comma 6-bis afferma che l'osservanza delle misure restrittive è sempre valutata ai sensi dell'art. 1223 c.c., e dunque ai fini della quantificazione del danno. A quest'ultimo riguardo occorre precisare come il comma 6 bis introduce una causa tipica di "riduzione del danno", che segue una logica del tutto diversa (*rectius* opposta) rispetto a quelle già previste dal codice civile. Di norma, infatti, il debitore deve risarcire il danno derivante dall'inadempimento – nelle voci del lucro cessante e del danno emergente –, così da lasciare indenne il creditore dalle conseguenze negative dell'inadempimento, tenuto anche conto del criterio della causalità (di modo che il danno sia risarcito solo nella misura in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento), della prevedibilità (poiché è risarcibile il solo danno che poteva essere previsto nel momento in cui è sorta l'obbligazione), del concorso di colpa del creditore (diminuendo dunque il *quantum* nel caso in cui il creditore con fatto colposo abbia contribuito alla produzione del danno), della evitabilità del danno con l'uso dell'ordinaria diligenza (essendo esclusi dall'obbligazione risarcitoria i danni non prevedibili nel tempo in cui l'obbligazione è sorta) e della valutazione equitativa (se il creditore non è in grado di provare l'entità esatta del danno patito). La causa di modulazione del *quantum* risarcitorio introdotto dal comma 6-bis risponde dunque ad una *ratio* diversa da quella sottesa ai predetti criteri, discostandosi a ben vedere dal presupposto fondamentale del sistema della responsabilità, *id est* che il risarcimento copra l'intero ammontare del danno. Rispetto a tale principio la disposizione in commento introduce una norma di senso contrario (e dunque eccezionale nel sistema della responsabilità del debitore), secondo la quale una porzione della lesione subita dal creditore in ragione dell'inadempimento può rimanere a carico di questi, in ragione della particolare condizione di limitazione in cui si è trovato ad operare il debitore. Tale disciplina di favore nella quantificazione del danno è applicabile sia in caso di ritardo sia in caso di inadempimento, parziale o totale.

Ci si domanda però quale sia l'esatta portata del richiamo all'art. 1223 c.c. È infatti da escludersi che il richiamo alla norma sulla quantificazione del danno possa avere portata alcuna in riferimento a tutte le ipotesi in cui l'osservanza delle misure restrittive abbia condotto alla radicale

⁷ Cfr. tra le altre Cass. 27 febbraio 2017, n. 4939, la quale ha statuito che "L'impossibilità parziale ha effetto risolutivo solo quando, avuto riguardo all'interesse delle parti, investa l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio, ai sensi degli artt. 1362 ss. c.c.".

impossibilità di eseguire la prestazione o abbia cagionato un ritardo nell'esecuzione. In tali casi, infatti, neppure può discorrersi di responsabilità del debitore e di risarcimento del danno, in quanto l'inadempimento non è imputabile al debitore.

La norma opera invece in relazione ai casi in cui l'inadempimento (per omessa o parziale o tardiva esecuzione della prestazione) non sia dovuto alla forza maggiore di cui al d.l. 18/2020, cosicché possa discorrersi di una responsabilità del debitore. In tal caso l'inadempimento è imputabile e dunque non è esclusa la responsabilità del debitore. A fronte del riconoscimento da parte del giudice della mancanza di requisiti per dichiarare la radicale estinzione dell'obbligazione ai sensi del 1256 c.c. o la non imputabilità del ritardo (estinguendo dunque in radice la responsabilità del debitore), nondimeno, la posizione del debitore inadempiente risulta agevolata, dovendo il giudice *sempre* valutare anche in riferimento all'applicazione delle regole sulla quantificazione del danno "il rispetto delle misure di contenimento". Quanto viene in rilievo – e, lo si ribadisce, in maniera eccezionale rispetto al sistema di regole che governano la responsabilità del debitore – è la necessità di bilanciare l'interesse del creditore a veder risarcita per intero la lesione patrimoniale conseguente all'inadempimento e la tutela della posizione del debitore, non già in ragione di criteri valutativi comunque connessi alla sua posizione, bensì in ragione della "situazione di emergenza" che la abbia resa più gravosa.

Alla luce di quanto osservato, l'operatività della modulazione a vantaggio del debitore delle norme sulla quantificazione del risarcimento può riferirsi al citato caso in cui il ritardo si sia verificato prima della emergenza sanitaria, cosicché le misure di contenimento non hanno di per sé *causato* il ritardo, ma possono – e sempre che sussista il nesso di causalità – aver aggravato la posizione del debitore. Ancora, si pensi all'ipotesi in cui il debitore della prestazione non abbia adempiuto non già in ragione della osservanza delle misure di contenimento, ma preferendo sospendere la produzione di beni o l'erogazione di servizi piuttosto che adeguarsi alle misure di prevenzione fissate dal Governo. Infine, e sempre a titolo esemplificativo, può darsi il caso in cui l'inadempimento (anche solo parziale) sia giustificato da ragioni prudenziali, connesse a rischi collegati all'emergenza sanitaria e alla decretazione d'urgenza (come ad esempio il supposto rischio del collasso dei sistemi informatici).

L'introduzione del criterio di rimodulazione del danno può entrare in conflitto con la regola di cui all'art. 1224 c.c.⁸, giusta il quale il creditore di

⁸ Per un quadro, tra gli altri, BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 1991; INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995; MAZZARESE, *Mora del debitore*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994.

una somma di denaro dal giorno della mora (ma automaticamente nei casi di c.d. mora *ex re* di cui all'art. 1219 c.c.) ha diritto agli interessi moratori, salva naturalmente la prova del maggior danno (art. 1224 comma 2 c.c.). Ciò che viene in rilievo, infatti, è la quantificazione (minima) legale del danno, rappresentata dagli interessi moratori, di per sé suscettibili di essere calcolati in automatico, ed il correttivo *in minus* attuabile però, in mancanza di accordo tra le parti, solo da parte del giudice. Delle due l'una: o si ritiene che la forza maggiore spezzi l'automatismo di cui alla suddetta norma, oppure deve ritenersi che a fronte della richiesta legittima degli interessi moratori da parte del creditore, il debitore non possa che rivolgersi al giudice affinché effettui la richiesta valutazione di rimodulazione degli interessi a vantaggio del debitore, stante il nesso di causalità tra il ritardo ed il rispetto delle misure di contenimento. In verità, tenuto conto che le prestazioni pecuniarie, come ricordato, non diventano mai oggettivamente impossibili, non venendo mai in rilievo l'impotenza finanziaria del debitore come causa di non imputabilità dell'inadempimento, pare necessario concludere che il comma 6 *bis* non solo non rileva in tal caso come esimente per l'omissione o per il ritardo, ma neppure possa in concreto venire in rilievo ai fini della rimodulazione della responsabilità ai sensi della normativa emergenziale. Per la medesima ragione pare di difficile applicazione la suddetta disposizione in riferimento all'art. 3 del d.lgs. 231/2002 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁹, giusta il quale il debitore può dimostrare che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile¹⁰.

3. – A corollario della speciale previsione circa la responsabilità del debitore e la quantificazione del danno, un ulteriore inciso del comma 6 *bis* contribuisce a comporre l'arsenale degli strumenti posti a favore del debitore che a causa del rispetto delle misure di contenimento risulti inadempiente;

⁹ Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, ai sensi degli articoli 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

¹⁰ Giova richiamare la ulteriore possibile ricostruzione secondo la quale se un fatto non imputabile impedisce il pagamento alla scadenza, il debitore nel caso dell'art. 1224 c.c. non deve gli interessi, data la non imputabilità dell'adempimento (secondo l'esimente generale *ex* art. 1218 c.c.), ma li deve, in base al generale principio dell'art. 1282 c.c., allorché, pur non essendo a lui imputabile il ritardo, abbia ugualmente goduto della somma (INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, 246). Se però il fatto non imputabile ha impedito il godimento del denaro, alcun interesse è dovuto.

esso deve infatti essere sempre valutato anche ai fini della esclusione dell'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardi od omessi adempimenti. La norma deve intendersi riferita a decadenze o penali poste a carico del debitore, in quanto pattuite o previste allo scopo di rafforzare la posizione del creditore riducendo il rischio dell'inadempimento. Se invece residua una valutazione di imputabilità in relazione all'inadempimento o al ritardo, allora deve altresì escludersi tale aggiuntiva forma di tutela nei confronti del debitore.

Il riferimento esplicito è alle penali e alle decadenze, ma a ben vedere possono ritenersi parimenti incluse nella portata applicativa della norma in via estensiva la clausola risolutiva espressa, le clausole che prevedano interessi moratori, ecc.¹¹. In relazione alla penale, pare coerente che a fronte della non imputabilità dell'inadempimento neppure sia esigibile la somma di denaro o altra prestazione, convenzionalmente quantificata per evitare di dover determinare, una volta avvenuto l'inadempimento, il *quantum* del danno, con funzione risarcitoria nonché – eventualmente, a seconda di quale ne sia l'ammontare – “punitiva”.

Se l'inadempimento trova causa nell'osservanza delle misure di contenimento, deve ritenersi non operi la caparra confirmatoria, che i paciscenti abbiano convenzionalmente introdotto allo scopo tanto di rafforzare il vincolo contrattuale (dato che in caso di inadempimento di colui che l'ha versata, la somma non deve essere restituita) quanto di assicurare un risarcimento forfettario del danno (dato che in caso di inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra, questa sarà tenuta a versare il doppio) (ma sul punto v. anche oltre *sub* § 4).

4. – Allorché il rapporto obbligatorio discenda da un contratto a prestazioni corrispettive, le problematiche anziesposte in relazione al rapporto obbligatorio si intrecciano con quelle relative alla eventuale risoluzione del rapporto contrattuale¹² ed ai conseguenti effetti restitutori e

¹¹ BENEDETTI, *op. loc. cit.*

¹² LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, Bologna-Roma, 1990; PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000; BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; BIANCA, *Rescissione e risoluzione dei contratti*, Padova, 2003; BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004; GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990; MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2008; TAMPONI, *Risoluzione per inadempimento*, in GABRIELLI (a cura di), *Il contratto in generale*, II, Torino, 1999.

risarcitori¹³.

Occorre al riguardo distinguere due differenti ipotesi: allorché infatti l'inadempimento sia totale e definitivo, nonché connesso all'osservanza delle misure di contenimento, in quanto la prestazione è divenuta impossibile, opera la risoluzione *ex art.* 1463 c.c. Nella diversa ipotesi in cui la prestazione sia divenuta eseguibile una volta cessata l'efficacia delle misure di contenimento, la prestazione è da considerarsi, come osservato, sospesa, cosicché non può ritenersi che il contratto sia risolubile, sempre che sussista l'interesse del creditore a riceverla.

La non imputabilità dell'inadempimento fa sì che possa ritenersi efficace la diffida ad adempiere che il creditore abbia fatto nel tempo di "sospensione" dell'obbligazione allo scopo di ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale. La diffida ad adempiere¹⁴ infatti ha come presupposto l'inadempimento della prestazione imputabile. Ciò non toglie tuttavia che il creditore possa dimostrare di non aver più interesse a ricevere la prestazione tardiva, influenzando il ritardo in concreto sull'utilità derivante dal contratto. Tenuto conto che la risoluzione del contratto allo spirare del termine essenziale si pone come strumento di tutela del creditore – di guisa che egli non si trovi vincolato da un contratto in relazione al quale non ha più alcun interesse – ci si domanda se tale forma di risoluzione possa essere invocata dalla parte creditrice che dimostri che il ritardo nell'esecuzione della prestazione, ancorché non imputabile al debitore se correlato alle misure di contenimento, non già non abbia più alcuna utilità, ma piuttosto una utilità molto ridotta. Si pensi, ad esempio, ad un contratto che abbia ad oggetto la compravendita di capi di abbigliamento per la stagione primaverile, che siano stati consegnati con moltissimo ritardo. Ponendo che il ritardo non sia imputabile, tanto non era possibile risolvere il contratto mediante la diffida durante il periodo di cessazione delle attività di distribuzione, quanto non è invocabile una risoluzione per termine essenziale – almeno nel silenzio del contratto – in quanto manca il presupposto della oggettiva inutilità della prestazione tardiva: la merce, infatti, può comunque essere collocata sul mercato della vendita al dettaglio. È evidente però che ci si attenderanno ricavi molto inferiori a causa della più ridotta finestra temporale di vendita. In casi simili, pare forse più opportuno rivolgersi all'istituto della

¹³ D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529 ss.

¹⁴ ALOISIO, *Diffida ad adempiere*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988; AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968; DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nov. dig. it.*, XVI, Torino, 1969; LOZUPONE, *La diffida ad adempiere*, Milano, 2007; PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.

risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, come a breve si dirà.

Mentre il caso di impossibilità definitiva e totale la risoluzione del contratto non pone particolari problemi, nel senso che la parte creditrice non è tenuta alla controprestazione e, nel caso in cui l'abbia già corrisposta, ha diritto di richiederla, nel caso di impossibilità temporanea possono porsi problemi di non poco momento. Infatti, e specie allorché si tratti di contratti di durata, se la prestazione è temporaneamente impossibile l'altra parte è comunque tenuta ad eseguire la controprestazione. È pacifico che l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. possa essere fatta valere anche nel caso in cui l'inadempimento temporaneo non sia imputabile al debitore.

Una ulteriore disposizione in materia di risoluzione del contratto che può trovare applicazione è quella di cui all'art. 1464 c.c., giusta il quale "Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale". La rilevanza del disposto in relazione allo stato emergenziale affiora con chiarezza allorché lo si applichi ai contratti di durata e tra questi, *in primis*, al contratto di locazione di immobili commerciali. In caso di temporanea impossibilità per il conduttore di godere dell'immobile locato è stato evidenziato come il conduttore potrebbe opporre al locatore "non il diritto a restare nella cosa locata senza pagare alcun canone sino alla naturale conclusione del contratto e in attesa del ripristino del rapporto, ma certamente il diritto a una riduzione del canone, che tenga conto della minor utilità che si trova a ritrarre dalla detenzione del bene di una condizione in cui ne è ostacolato il pieno godimento contrattuale"¹⁵. Si badi come, ad avviso di chi scrive, l'invocazione della riduzione del canone di locazione (e relativamente ai mesi di chiusura degli esercizi, salvo poi l'eventuale invocazione della rinegoziazione del canone *pro futuro*) trovi appiglio argomentativo nella norma generale di cui all'art. 1464 c.c., mentre pare priva di rilievo la disposizione speciale contenuta nell'art. 1575 n. 2 c.c., giusta il quale tra le obbligazioni del locatore vi è quella di mantenere la cosa locata in istato da servire all'uso convenuto. È infatti evidente che il *factum principis* esonera il locatore da qualsivoglia responsabilità per il mancato utilizzo del bene, determinato dalla decretazione emergenziale.

Deve ricordarsi peraltro la previsione di cui all'art. 216 comma 3 del d.l. 34/2020 (c.d. decreto rilancio), a norma del quale "La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei

¹⁵ VERZANI, *Effetti sui contratti in corso*, cit., 9 e, in giurisprudenza, Cass, 27 febbraio 2004, n. 3991.

ministri attuativi dei citati decreti, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1467 e 1468, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito". La prima parte della citata disposizioni esplicita un principio ricavabile dal sistema, applicabile a tutte le locazioni commerciali. È invece dubbio se anche la seconda parte della norma abbia portata di carattere generale, in forza di una applicazione analogica o estensiva anche alle locazioni immobiliari commerciali che come palestre o impianti sportivi abbiano subito i provvedimenti di contenimento. In senso positivo milita la considerazione per la quale la quantificazione dimidiata del canone di locazione pare espressione di una regola valevole ogniqualvolta si riscontri il presupposto di cui alla prima parte della norma; di talché, concretandosi tale fattispecie, non pare irragionevole che la ridefinizione *ex post* del canone di locazione avvenga sulla base di tale regola.

Una volta ammesso che possa essere invocata la riduzione del canone in considerazione della sopravvenuta impossibilità parziale del godimento del bene da parte del conduttore esercente l'impresa, ci si domanda se esso possa addirittura azzerarsi¹⁶. Ciò sarebbe radicalmente da escludere non solo e non tanto perché si ipotizza che nella più parte dei casi (e dunque almeno in relazione a questi) il conduttore utilizzi la cosa locata anche solo per conservarvi all'interno le attrezzature o le merci¹⁷, ma altresì in considerazione del fatto che le misure di contenimento intervenute nel corso

¹⁶ DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per "misure di contenimento" pandemico*, ne *ilCaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 8.: "La compiuta determinazione della misura di riduzione del canone si affida, naturalmente, alla valutazione di tutte le variabili che vengano proposte dalla fattispecie concreta. In questa prospettiva non è da escludere *a priori* l'eventualità che, in certi casi, la riduzione del canone dovuto si spinga – per una o più mensilità – sino a portarlo allo zero".

¹⁷ Sembra aderire a tale conclusione anche un Tribunale di merito, che ha accolto un provvedimento di urgenza inibitorio sollecitato dal conduttore contro il locatore che intendeva incassare assegni bancari versati dal conduttore "a garanzia" del pagamento del canone di affitto, in concreto non versato a causa della chiusura delle attività commerciali determinata dalla pandemia da Covid-19 Trib. Bologna, 15 maggio 2020, in Banca dati Leggi d'Italia Professionale.

del rapporto di locazione non alterano in maniera così radicale il rapporto sinallagmatico tra prestazione e controprestazione, e a ben vedere l'onerosità del canone (maggiore, se rapportata al calo della produzione o delle vendite) deve intendersi rientrare almeno in parte nel rischio di impresa.

Quanto alla diversa causa di risoluzione del contratto costituita dalla eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione¹⁸, deve precisarsi come essa si fondi su di un aspetto per così dire qualitativo, in quanto a differenza dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non altera il rapporto di interdipendenza tra la prestazione e la controprestazione, bensì persegue la finalità di mantenere nell'ambito della normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, salvaguardando la parte da un rischio di eccessiva onerosità economica della prestazione derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio economici¹⁹. Non vi è dubbio che la situazione economica determinata dalla osservanza delle misure restrittive a tutta prima può configurarsi come sopravvenienza rilevante ai fini della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità della prestazione, con conseguente scioglimento del rapporto contrattuale in relazione a tutta una serie di rapporti. Ancora una volta appare significativo l'esempio del canone di locazione di immobile ad uso commerciale, allorché, come pare pressoché inevitabile, gli effetti negativi della pandemia si protrarranno a lungo ed andranno ad incidere sul sistema economico a breve-medio termine. In tale prospettiva il canone concordato prima della pandemia potrebbe rivelarsi per il conduttore "eccessivamente oneroso" alla luce degli eventi eccezionali verificatisi. Mentre tuttavia nel caso di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione il rimedio è per definizione demolitorio, conducendo all'estinzione del rapporto contrattuale, nel caso della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione il codice apre la strada – alternativa a quella dello scioglimento del rapporto contrattuale – ad un rimedio "manutentivo" del rapporto mediante (volontaria) modifica delle condizioni del contratto, particolarmente apprezzabile come strategia di bilanciamento della posizione delle parti, allo scopo di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale.

La rinegoziazione delle condizioni contrattuali alla luce di eventi successivi che abbiano alterato l'equilibrio originario delle pattuizioni è invero da una parte della dottrina qualificato come un'obbligazione delle parti radicato nel principio di buona fede nell'esecuzione del contratto²⁰. In

¹⁸ GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, ne *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, in *Tratt. Rescigno*, I, 2, II ed., Torino, 2006, 1809.

¹⁹ Così Cass. 25 maggio 2007, n. 12235.

²⁰ BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss.; DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, XI. Si rinvia alla

relazione ad alcuni contratti la rideterminazione del contenuto del contratto trova un riscontro normativo puntuale: è il caso del contratto di mutuo (art. 1818 c.c.) e del contratto di appalto (1664 c.c.). Il particolare frangente che si sta attraversando configura come particolarmente opportuna la valorizzazione della rinegoziazione delle condizioni contrattuali – sebbene necessariamente mediati da un accordo delle parti – così da consentire la prosecuzione dei contratti in essere, ma riadattati ai mutati interessi di uno o di entrambi i contraenti.

A ben vedere nella direzione di una rideterminazione (per così dire *ex lege*) del contenuto contrattuale – e non dunque in una logica risolutoria – si è mosso il legislatore dell'emergenza agli artt. 88 e 88-bis del d.l. 18/2020, in materia di contratti inerenti allo spettacolo e a viaggi, soggiorni e pacchetti turistici. Allo scopo di proteggere la liquidità delle imprese e di contenere l'importante impatto economico della richiesta di rimborsi a causa della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, il legislatore dell'emergenza ha previsto la conversione in un *voucher* di importo pari a quanto pagato per viaggi o spettacoli di cui il creditore non abbia potuto godere a causa delle misure di contenimento.

Il sistema del *voucher* era stato introdotto con d.l. 2 marzo 2020, n. 9 a tutela dei pacchetti e dei biglietti per i trasporti aerei, navali e ferroviari, di modo che, se il servizio non potesse essere utilizzato per l'osservanza delle misure governative di contenimento, non sorgesse in capo al vettore-professionista l'obbligo di rimborso del prezzo previsto dall'art. 41 del Codice del Turismo in considerazione della risoluzione del contratto. L'articolo 88 bis introdotto dalla legge di conversione ha ampliato l'operatività del *voucher*, esteso ora dunque non solo ai contratti di viaggio, ma anche di soggiorno e di pacchetti turistici²¹. Ciò a lumeggiare come l'ordinamento privilegi, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, non già la risoluzione del contratto, ma piuttosto la prosecuzione del rapporto contrattuale ancorché modificato nel suo contenuto *ex lege*.

Abstract

SHORT REMARKS ON BREACH AND TERMINATION

disamina sul punto offerta da SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in corso di pubblicazione in *Jus*, 2020.

²¹ Sulla disciplina dei pacchetti turistici v. FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, in Nuove leggi civ. comm., 2018, 1307; DE CRISTOFARO, La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/Ue) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano, in Nuova giur. civ. comm., 2017, 1121; ID., La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "codice del turismo" (d.legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Prima parte), in Studium iuris, 2011, 1146.*

AT THE TIME OF PANDEMIC

L'Autore misura l'impatto della legislazione d'emergenza su alcune categorie classiche del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Si prendono in considerazione segnatamente i rapporti allacciati tra l'art. 91 d.l. n. 18/2020 e l'imputabilità dell'inadempimento, la responsabilità del debitore nella prospettiva del medesimo decreto, e l'incidenza delle misure restrittive ai fini dell'applicazione dell'art. 1223 c.c. L'analisi si sposta poi sui limiti dedotti all'applicazione di penali e decadenze, sull'inadempimento e sulla risoluzione del contratto.

The Author examines the emergency legislation impact upon certain classic categories of obligation and contract law. In particular, relationships between art. 91 d.l. 18/2020 and breach of obligation imputability, debtor liability in the aforementioned decree perspective and restrictions measures incidence for art. 1223 c.c. application will be considered. Analysis then shifts on the limits imposed to penalty clauses and forfeitures, alongside breach of contract and termination.
