

EFFETTI SUI RAPPORTI CONTRATTUALI PENDENTI DELLA LEGISLAZIONE ANTICONTAGIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prestazioni di fare e prestazioni di consegnare cose diverse dal danaro. – 3. Ineseguitibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta. – 4. Obbligazioni pecuniarie. – 5. Inesigibilità. – 6. Perdita di interesse del creditore. – 7. Locazioni commerciali. – 8. *Segue*. – 9. Buona fede, abuso di dipendenza economica e solidarietà. – 10. Osservazioni di sintesi. – 11. Legislazione emergenziale.

1.- A partire dall'ordinanza del Ministro della Salute del 30 gennaio 2020, con cui è stato interdetto il traffico aereo dalla Cina, sono stati molti i provvedimenti normativi diretti a fronteggiare l'epidemia da Covid19. In particolare, dal 23 marzo 2020 sino al 3-17 maggio 2020 la possibilità d'esercizio di gran parte delle attività d'impresa è stata integralmente sospesa e, scaduto il periodo di sospensione, tutt'oggi sono in vigore regole che, imponendo il distanziamento sociale, limitano l'esercizio di alcune attività. Oltre a ciò, il contagio, esteso, pur con differenze di numeri, anche alla gran parte delle altre nazioni, ha provocato una crisi economica nazionale e internazionale grave e straordinaria.

Questa complessa situazione ha provocato una generale difficoltà, in alcuni casi insormontabile, all'esecuzione dei contratti in corso, sollevando tra gli operatori economici e gli interpreti l'interrogativo circa l'esistenza nel nostro ordinamento di norme o principi che possano essere applicati a tutela dei contraenti nelle diverse ipotesi: *a)* sopravvenuta impossibilità, temporanea o definitiva, ad adempiere, *b)* sopravvenuta grave difficoltà ad adempiere, *c)* sopravvenuta mancanza di interesse, totale o parziale, all'altrui adempimento ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

1 La riforma del diritto delle obbligazioni contenuto nel BGB, entrata in vigore dal 1° gennaio 2002, individua quali cause di estinzione del vincolo obbligatorio le tre ipotesi a) dell'impossibilità, b) della sopravvenuta grave sproporzione tra il sacrificio richiesto al debitore e l'interesse del creditore e c) della sopravvenuta incidenza di interessi superiori del debitore ostativi all'adempimento, nelle prestazioni di carattere personale (§ 275 BGB). Per un primo approccio e per citazioni iniziali v. G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi* 2, Milano, 2006, nota 1, p. 753 ss.

2 Si prescinde dall'esame dei casi in cui le parti abbiano inserito nel contratto clausole di adeguamento. Per un esame iniziale della questione, soprattutto con riguardo ai contratti del commercio internazionale, v. Francesca BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in corso di pubblicazione in *Banca, borsa tit. credito*.

2.- Iniziando dai contratti in cui siano previste (solitamente *ex uno latere*) prestazioni di fare, come, ad esempio, contratto d'appalto e contratto d'opera, se l'attività del prestatore d'opera era impedita dal blocco legislativo, certamente il ritardo nell'adempimento deve ritenersi determinato da impossibilità derivante da causa non imputabile al debitore (art. 1218 e 1256, comma II, parte prima, c.c.). Ciò comporta la conseguenza per cui il debitore non è tenuto al risarcimento del danno e che eventuali clausole penali non operano.

Il vincolo obbligatorio, tuttavia, permane e, cessato il blocco, la prestazione di fare deve essere eseguita. Ciò, salvo che, per effetto del periodo di sospensione dell'attività legislativamente imposto, l'obbligazione <<in relazione al titolo ... o alla natura dell'oggetto>> non sia più eseguibile senza uno sforzo eccessivo e non prevedibile al momento della conclusione del contratto oppure non sia più esigibile per il venir meno dell'interesse del creditore a riceverla (art. 1256, comma II, parte seconda). In tali ipotesi l'obbligazione si estingue e il contratto può essere risolto per impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c.

Per quanto riguarda i contratti che prevedono fra i loro effetti la consegna di cose determinate o di genere diverso dal danaro (un esempio per tutti: la compravendita), anche qui, se il blocco legislativo ha impedito la consegna, il ritardo non è imputabile al debitore. Terminato il periodo legislativo di sospensione, il bene, di specie o di genere, deve essere consegnato. Qualora, durante questo periodo il bene determinato sia perito o sia stato smarrito (art. 1257 c.c.) per causa non imputabile al debitore, l'obbligazione risulterà estinta con le medesime conseguenze sopra esposte in relazione agli obblighi di fare. Si consideri, naturalmente, che il novero delle cause non imputabili e, simmetricamente, la sfera del rischio gravante su chi deve consegnare la cosa, vale a dire sul custode (arg. *ex art.* 1177 c.c.), varia a seconda del fatto che si tratti o no di attività d'impresa e in relazione al tipo di organizzazione dell'impresa stessa ⁽³⁾, fino a configurarsi, in determinati casi, come responsabilità oggettiva ⁽⁴⁾. In queste ultime ipotesi, l'imprenditore custode non risponderà della mancata consegna solo qualora dimostri l'inevitabilità dell'evento fortuito che

3 L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Scritti*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, II, *Obbligazioni e negozio*, Milano, 2011, p. 342

4 P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXII ed., Milano, 2018, pp. 313-314.

ha determinato il perimento o lo smarrimento e l'estraneità di tale evento ai rischi tipici pertinenti all'organizzazione d'impresa del debitore ⁽⁵⁾.

3.- Relativamente al periodo successivo al blocco delle attività, può accadere che il debitore, non in possesso del bene, di specie o di genere, da consegnare sia astrattamente in grado di adempiere procurandosi il bene *aliunde*, ma che, a causa delle restrizioni normative presenti in altre nazioni oppure a causa della chiusura o delle difficoltà delle sue imprese fornitrici, dovute alla crisi economica indotta dal contagio e dal blocco, per adempiere debba compiere uno sforzo sensibilmente superiore a quanto programmato al momento della stipula del contratto ⁽⁶⁾.

La questione dello sforzo eccessivo rispetto al programma contrattuale viene affrontata dalla dottrina in via generale ed etichettata con la formula della "ineseguibilità". Secondo la prospettazione di Savigny ⁽⁷⁾, ripresa da Mengoni ⁽⁸⁾, l'impossibilità dell'art. 1218 c.c. non sarebbe assoluta, ma relativa. Vale a dire che il debitore non risponderebbe del suo inadempimento e vedrebbe estinta la sua obbligazione non solo quando essa sia divenuta del tutto irrealizzabile per qualsiasi soggetto, ma anche quando per adempierla debba impiegare mezzi esorbitanti rispetto a quelli ipotizzati dal contratto e dall'organizzazione del debitore. Ad esempio, se fosse stato previsto dalle parti che il bene doveva essere prodotto dal debitore e quest'ultimo non fosse oggettivamente in grado di produrlo perché, ad esempio, il blocco abbia costretto a spegnere le macchine e non fosse possibile riavviarle se non dopo molto tempo, ci si può domandare se il debitore sia obbligato a procurarsi il bene, di specie o anche di genere, facendolo produrre o acquistandolo da terzi. In caso di risposta affermativa, ci si può ulteriormente chiedere se tale obbligo persista anche qualora il costo dell'acquisto sia tale da far perdere tutto il guadagno o addirittura sia tale da provocare una perdita contenuta ovvero ancora eccessiva.

5 L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 342-343

6 V. un accenno in A. ALBANESE, *Coronavirus e rapporti contrattuali in corso di esecuzione*, in *diritto24.ilsole24ore.com*.

7 *System des heutiges roememischen Rechts*, III, Berlin, 1840, § 121, p. 164 ss.

8 p. 320 ss.

L'ipotesi dell'ineseguitabilità, tuttavia, non è prevista in via generale dalla legge, ma assume rilievo, secondo l'art. 1256, comma II, seconda parte, solo quando sia stata preceduta da un evento non imputabile che abbia reso temporaneamente - ma oggettivamente - impossibile l'adempimento ⁽⁹⁾. La *ratio* della previsione è intuibile e condivisibile: per effetto di un evento ostativo non imputabile e del decorso del tempo, l'originario programma contrattuale è stato stravolto da eventi esterni e inevitabili, sicché, anche se la causa impeditiva dopo un certo periodo cade, appare corretto che le parti non debbano più essere legate al vincolo, qualora il debitore debba produrre uno sforzo eccessivo per adempiere o qualora il creditore non abbia più interesse a ricevere la prestazione.

Si può quindi affermare che, qualora, a seguito del blocco e delle successive restrizioni, il debitore si sia trovato nell'impossibilità temporanea di adempiere e, in seguito, si sia trovato a poter adempiere ma con uno sforzo eccessivo non previsto dal contratto ed estraneo alla sua organizzazione d'impresa, l'obbligazione potrà ritenersi estinta, il contratto sarà risolto, le prestazioni non dovranno essere eseguite e il debitore non sarà tenuto al risarcimento del danno.

Se, invece, a causa del blocco e della situazione emergenziale, il debitore non si sia mai trovato, nemmeno per un periodo, nella assoluta impossibilità di adempiere, lo sforzo eccessivo o la perdita di interesse in capo al creditore potrebbero giustificare l'esonero da responsabilità e lo scioglimento del vincolo solo accogliendo la teoria dell'ineseguitabilità come categoria generale e applicabile a prescindere da una pregressa oggettiva impossibilità temporanea.

Però, nella situazione creata dal Covid-19, nel caso di sforzo eccessivo rispetto all'originario programma contrattuale, può venire in gioco anche la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto la pandemia può essere considerata un evento straordinario e imprevedibile e l'art. 1467 c.c. è una norma di portata generale. Tuttavia, l'applicabilità dell'art. 1467 ai diversi tipi di contratti sulla cui esecuzione la legislazione emergenziale e la crisi hanno inciso può, nei diversi casi, presupporre lo scioglimento di questioni interpretative difficili: se l'eccessiva onerosità sopravvenuta vada valutata con

⁹ La fattispecie di cui all'art. 1256, comma II, parte 2^a, è caratterizzata da vaghezza e lascia al giudice un ampio margine di discrezionalità, ma, in questa materia estremamente variegata, ciò appare inevitabile. Del resto, anche il tenore dell'art. 1218 è connotato da genericità.

riferimento al rapporto tra le due prestazioni oppure anche solo alla crescita del peso di una delle due ⁽¹⁰⁾; se occorra l'aumento del peso di una prestazione oppure se rilevi anche la mera perdita di valore della controprestazione ⁽¹¹⁾; infine, quali siano i maggiori costi che debbano essere ritenuti far parte della sfera di rischio addossata al debitore ⁽¹²⁾ e, in particolare, se la difficoltà finanziaria faccia parte di tali rischi.

La questione deve essere affrontata caso per caso, esaminando il contratto e l'organizzazione del debitore ⁽¹³⁾.

4.- Diversa è l'ipotesi dei contratti che prevedano un'obbligazione pecuniaria: nessuna restrizione ha imposto il blocco dei pagamenti (sulla sospensione del pagamento di cambiali e assegni v. *infra*) e, tradizionalmente, si ritiene che il rischio della mancanza di danaro attenga alla sfera del debitore e gravi integralmente a suo carico ⁽¹⁴⁾.

Si potrebbe sostenere che il disposto di cui all'art. 3, dlgs. 9 ottobre 2002, n. 231, nella parte in cui dispone che il debitore non è obbligato a pagare gli interessi moratori maggiorati nella misura di cui alla stessa legge, qualora il ritardo nel pagamento del prezzo sia dovuto a causa non imputabile, abbia mutato detto orientamento tradizionale. In realtà, la norma pare una previsione particolare, applicabile solo all'ipotesi del maggior tasso previsto dal dlgs n. 231, per cui, in caso di difficoltà economiche, il debitore dovrebbe essere comunque tenuto a pagare gli interessi nel tasso legale. In ogni caso, va osservato che l'art. 3 del dlgs n. 231 si riferisce solo al debito per interessi e non all'obbligazione pecuniaria in linea capitale, sicché si può ritenere comunque pienamente operante il principio per cui la mancanza, anche non imputabile, di mezzi finanziari non ha efficacia liberatoria dall'obbligo di prestazione pecuniaria principale.

La grave crisi economica provocata dal virus e dalla legislazione atta a fronteggiarlo ha prostrato, sul piano patrimoniale, molti operatori economici e molti privati in genere, ma il sistema legislativo non sembra

10 R. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, t. 2°, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, III ed., Torino, 2004, p. 715

11 R. SACCO, *op. cit.*, p. 714.

12 <<L'onerosità eccessiva va riferita alla prestazione considerata oggettivamente e non alla situazione soggettiva in cui si trova il debitore>>: R. SACCO, *op. cit.*, p. 713.

13 Sulla possibile applicabilità dell'art. 1467 alle locazioni commerciali v. *infra*.

14 V. G. VILLA, *op. cit.*, p. 785 ss.; Cass., 16 marzo 1987, n. 2691.

offrire rimedi al riguardo. La scelta del codice appare opportuna: introdurre regole di salvaguardia per l'ipotesi di sopravvenuta difficoltà di pagamento in capo al debitore avrebbe significato inibire fortemente il traffico economico. Se, invero, si consentisse a chi ha chiesto credito di sottrarsi in seguito al pagamento adducendo come scusante la mancanza di danaro, la concessione di credito subirebbe una forte contrazione e molte avventure imprenditoriali che rendono fiorente la nostra economia non sarebbero intraprese.

Esimenti nel ritardo al pagamento di obbligazioni pecuniarie o, addirittura una riduzione o un'estinzione delle stesse potrebbero essere introdotte solo con norme apposite. Dette norme, tuttavia, sarebbero connotate da un certo margine di apriorismo e ingiustizia, perché, a fronte di un debitore che non ha abbastanza soldi per pagare vi è un creditore che necessita dello stesso danaro, e l'introduzione di esimenti finirebbe per realizzare una solidarietà casuale e forzosa, senza l'intermediazione dello Stato. Un conto è, infatti, imporre maggiori tasse a chi ha più disponibilità e poi distribuire risorse ai meno abbienti, altro conto sarebbe, invece, far gravare il peso della crisi economica su determinate categorie di contraenti indipendentemente dalla loro concreta situazione patrimoniale.

5.- Altro problema molto sentito è quello della possibilità di sciogliere il vincolo quando l'adempimento contrasti con interessi superiori del debitore. Ad esempio, se l'adempimento dovesse mettere a rischio la stessa sopravvivenza dell'impresa del debitore, può essere preteso?

A questo proposito, viene in gioco la categoria della "inesigibilità". Secondo parte della dottrina ⁽¹⁵⁾, la regola di buona fede (art. 1175 c.c.), che nella misura in cui menziona anche il creditore pone il divieto di abuso del diritto, inibirebbe al titolare del diritto stesso di pretendere il soddisfacimento quando <<entri in conflitto con un interesse del debitore al quale, nel sistema degli interessi protetti dall'ordinamento, inerisce un valore preminente>> ⁽¹⁶⁾. Il caso classico è quello del cantante che disdice il recital cui si è impegnato per accorrere al capezzale del figlio ricoverato in ospedale. Ove l'esistenza di tale categoria fosse riconosciuta, si potrebbe prospettare l'estinzione dell'obbligazione, anche pecuniaria, nel caso in cui il suo adempimento dovesse mettere a rischio beni primari. Ad esempio, il debitore di somma di danaro potrebbe esonerarsi dal

15 MENGONI, *op. cit.*, p. 332 ss., ivi per altre citazioni

16 MENGONI, *op. cit.*, p. 333

restituirlo se il danaro dovesse servire a curare una grave malattia del debitore stesso o di un suo familiare oppure l'imprenditore potrebbe rifiutare di adempiere qualora ciò dovesse pregiudicare la stessa sopravvivenza economica dell'impresa debitrice e il posto di lavoro dei dipendenti di quest'ultima.

Il riconoscimento dell'istituto dell'inesigibilità avrebbe un effetto assai negativo sul mercato, producendo grave incertezza nelle relazioni economiche, ma questo inconveniente non è l'argomento su cui si fonda la sua critica, è solo la *ratio* delle regole del nostro sistema che convincono della sua inesistenza. In un sistema in cui non solo il contratto, ma addirittura la stessa proposta di concludere un contratto, se formulata da un imprenditore (art. 1330 c.c.), non vengono toccati dalla morte del debitore, vale a dire dalla perdita del bene supremo, non è pensabile che il contratto venga influenzato da eventi meno gravi, come una malattia o il rischio di fallimento.

Il caso del cantante che disdica la rappresentazione per visitare il figlio infermo, che merita certamente l'esonero da responsabilità, può essere agevolmente spiegato con l'impossibilità di cui all'art. 1218 c.c. e senza ricorrere ad altre configurazioni. È, infatti, del tutto evidente che una prestazione strettamente personale, caratterizzata dalla necessità di un'alta concentrazione mentale e da una forte componente emozionale del debitore, non può essere resa se il debitore stesso è in preda a un'enorme preoccupazione e a sconvolgimento emotivo. Ricavare da questa fattispecie e dagli altri casi straordinari indicati dalla dottrina un istituto di carattere generale rappresenta una forzatura. Pure l'unico caso normativo che, secondo la dottrina, rappresenterebbe una concreta espressione della regola di inesigibilità, vale a dire l'art. 388, comma I, cod. nav., risulta avere una *ratio* particolare, non estensibile a fattispecie che non vi somiglino strettamente. Trattasi, invero, dell'ipotesi in cui, un evento non prevedibile al momento del contratto (ad esempio, una guerra) metta a rischio la vita di decine di persone e l'integrità di un bene di rilevante valore qual è la nave. A prescindere dal rilievo che anche questa situazione appare rubricabile sotto il profilo dell'impossibilità, perché trattasi di forza maggiore, è evidente che, se si vuole, attraverso la regola di buona fede, estendere l'applicazione di tale regola anche al di fuori del codice della navigazione, essa dovrebbe limitarsi a disciplinare solo i casi nei quali, a causa di un evento sopravvenuto e non prevedibile, l'adempimento metta a rischio la vita del debitore e dei suoi ausiliari oppure possa comportare la distruzione di beni del debitore di ingente valore. Rapportando tale fattispecie alla situazione attuale, appare estremamente difficile se non impossibile che, a causa del Covid, della legislazione speciale o della crisi

economica, si verificano casi in cui, adempiendo, il debitore possa perdere la vita o possa subire la distruzione di beni di ingente valore. Al limite, l'ipotesi si può essere verificata per le prestazioni strettamente personali, da effettuarsi in zone ad alto rischio di infezione, durante il periodo più nero della crisi sanitaria, ma trattasi di situazioni estreme e temporanee.

6.- Ulteriore questione rilevante è quella del venir meno, in tutto o in parte, dell'interesse del creditore all'adempimento e le conseguenze sull'obbligazione e sul contratto di tale eventualità ⁽¹⁷⁾. In altre parole, se, prima del blocco, un contraente aveva concluso un contratto per far eseguire pulizie presso i suoi locali e, poi, essendo obbligatoriamente ferma l'attività e non avendo più interesse alla prestazione, può risolvere il contratto senza oneri a suo carico? Oppure cosa accade se, dopo aver concluso un contratto di fornitura di vestiti, il dettagliante non sia in grado di aprire il negozio? Gli interrogativi possono formularsi non solo a proposito del decadimento totale dell'interesse a ricevere la prestazione, ma anche della sua regressione parziale. Chi abbia assunto in locazione locali a uso sia magazzino sia commercio con il pubblico, ma i locali siano dovuti rimanere chiusi per effetto del *lockdown*, può ottenere la risoluzione del contratto o una riduzione del canone? Ovvero ancora, il ristoratore che abbia concluso un contratto di locazione sul presupposto di poter offrire 100 posti, ma oggi, a causa delle regole sul distanziamento sociale, possa offrire il pasto solo a 50 persone alla volta, può pretendere lo scioglimento del contratto o una rimodulazione del fitto?

Il venir meno dell'interesse del creditore è un evento ritenuto rilevante da una consistente parte degli interpreti. Partendo dal presupposto che l'art. 1174 c.c. individui nell'interesse del creditore un elemento costitutivo dell'obbligazione, si ritiene che la decadenza di tale interesse (l'imprenditore non ha più bisogno delle pulizie) conduca all'estinzione dell'obbligazione ⁽¹⁸⁾. Il caso di scuola in questo tema è quello del terremoto che faccia crollare una torre, per la cui demolizione il proprietario avesse concluso in precedenza un contratto d'appalto. In tale ipotesi, si osserva che l'appaltatore non può più essere tenuto alla demolizione

¹⁷ V. un accenno in A. ALBANESE, *op. cit.*

¹⁸ M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1991, p. 42 ss.

e si conclude che l'obbligazione si estingue, con conseguente risoluzione del contratto senza oneri per le parti.

La conclusione è solo parzialmente corretta, in quanto l'estinzione dell'obbligazione senza obbligo risarcitorio rappresenta il frutto di una non condivisibile interpretazione dell'art. 1174 e di una non corretta concezione strutturalista del diritto privato.

Sotto il primo profilo, la proposizione secondo cui «la prestazione ... deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore» non appare diretta a porre limiti all'autonomia privata o a disciplinare i casi di estinzione dell'obbligazione, regolati invece con altre norme, ma semplicemente a chiarire che l'interesse del creditore non deve essere necessariamente di natura economica. È la stessa osservazione che va fatta con riferimento alla restante parte dell'art. 1174, quella in cui si prevede che «la prestazione ... deve essere suscettibile di valutazione economica». Anche qui, l'interpretazione preferibile, accolta dalla giurisprudenza, è che la norma non ponga limiti alla libertà negoziale e, cioè, che non sia necessario un oggettivo valore di mercato per l'esistenza di un'obbligazione, ma che sia sufficiente, a fronte dell'impegno a eseguire la prestazione, la pattuizione di un corrispettivo o la previsione di una penale⁽¹⁹⁾.

Sotto il secondo profilo, le regole di diritto privato non sono dirette a erigere un castello concettuale, ma a dirimere e prevenire conflitti. Tanto è vero che, ogni qual volta il legislatore si avventuri in classificazioni strutturali, v'è sempre qualche regola che sfugge alla classificazione. Ad esempio, l'art. 1325 c.c. indica i requisiti del contratto; l'art. 1418, comma II, c.c. afferma che la mancanza di uno dei requisiti produce la nullità; ma la mancanza di accordo non produce nullità e il vizio dell'accordo provoca invece annullabilità. Esempari del vero scopo delle norme di diritto privato sono le regole in tema di simulazione, in base alle quali, a seconda del tipo di conflitto e dei soggetti tra cui insorge, lo stesso contratto può essere sia inefficace (art. 1414, comma I, c.c.) sia efficace (art. 1415, comma I, c.c.).

Analizzando il caso della torre o dell'impresa di pulizie con corretto approccio interpretativo, si possono trarre le seguenti conclusioni. Si può sostenere che il creditore che abbia perduto il suo interesse non possa ottenere nulla dal debitore a titolo di responsabilità contrattuale, perché non ha subito alcun danno e che il debitore, se ne ha interesse, possa ottenere la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta.

19 F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, nota 29, pp. 11-12, ivi per altre citazioni

Qualora, invece, il debitore intenda agire per ottenere il rimborso delle spese sostenute al fine di allestire i mezzi e di pagare i dipendenti in previsione dell'appalto, nonché il guadagno che avrebbe ricavato dall'appalto medesimo, la sua richiesta dovrà essere accolta, in quanto il crollo imprevisto della torre appartiene alla sfera di rischio del proprietario e non appare corretto che il rischio venga, invece, addossato all'appaltatore. Invero, se si consentisse al proprietario della torre di risolvere il contratto senza oneri, questi verrebbe avvantaggiato dal crollo per effetto del risparmio del corrispettivo contrattuale, mentre l'appaltatore verrebbe privato dei costi sopportati e del diritto al guadagno lecitamente acquistato.

In definitiva, il venir meno o la diminuzione dell'interesse del creditore alla prestazione non paiono costituire ragioni per consentire a quest'ultimo di liberarsi dal vincolo senza oneri, salvo che, come previsto dall'art. 1256, comma II, 2^a parte, tale interesse sia venuto meno per effetto di un precedente periodo di impossibilità temporanea non imputabile.

La perdita di interesse in capo al creditore ha, tuttavia, assunto rilievo in alcuni casi giurisprudenziali in cui si è riconosciuta la facoltà di risolvere per impossibilità sopravvenuta il contratto di albergo in capo al cliente impossibilitato a usufruirne a causa di una malattia sopravvenuta ⁽²⁰⁾ oppure in una decisione in cui si è consentito alla p.a. di risolvere per impossibilità sopravvenuta un appalto a causa dell'emersione di un vincolo archeologico di cui la committente pubblica asseriva di non conoscere l'esistenza al momento della conclusione del contratto ⁽²¹⁾. Le decisioni, invero, risultano non condivisibili: così come l'albergatore non può, senza risarcire il danno, disdire la prenotazione della camera per dare ospitalità a un suo familiare improvvisamente rimasto senza abitazione, analogamente, il cliente non può sottrarsi dal rispetto del contratto a causa del verificarsi di un rischio che ricade esclusivamente nella sua sfera, come una malattia. Naturalmente, nel caso di disdetta da parte del cliente, l'albergatore dovrà attivarsi per collocarla ad altro turista, pena la non risarcibilità del danno (art. 1227, comma II, c.c.). Ugualmente, nel caso deciso dalla Cassazione relativamente all'appalto pubblico, il contratto non doveva essere risolto, ma dichiarato nullo per impossibilità o illiceità dell'oggetto (art. 1346 c.c.) e la p.a., in capo alla quale l'ignoranza del vincolo di

20 V. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 13 ss., con nota di F. PAROLA, *Recesso dal contratto di compravendita e impossibilità di utilizzazione della prestazione*; per una critica v. V. MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti del consumatore*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1399 ss.; v. anche M. ARRIGO, *Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa "liberalizzazione" della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, in *juscivile.it*.

21 Cass., 2 ottobre 2014, n. 20811.

legge è certamente colpevole, avrebbe dovuto essere condannata a risarcire il danno precontrattuale ai sensi dell'art. 1338 c.c.

Per arrivare a queste decisioni, la Cassazione ha invocato la teoria della causa in concreto, affermando che <<la causa in concreto – intesa quale scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato – conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio, assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra>> (22), e ha richiamato il disposto dell'art. 1463 c.c. (23).

La tesi appare criticabile: l'idea della causa in concreto è stata elaborata dalla dottrina (24) allo scopo di consentire al giudice di ritenere affetti da causa illecita anche contratti tipici, contratti cioè che hanno già ricevuto un vaglio di meritevolezza in via astratta dal legislatore. La teoria, che non infrange alcun vincolo normativo ma che rappresenta l'interpretazione puntuale dell'art. 1343 c.c., si riferisce alle regole di nullità per vizio "originario" della causa e non è estensibile al di fuori di questo ambito. Invero, per le ipotesi di difetto "funzionale" e sopravvenuto del sinallagma contrattuale, il nostro sistema predispone una serie di norme che sottopongono la possibilità di risolvere il contratto a precisi e concreti limiti e fra questi non vi è quello della causa in concreto.

In particolare, l'art. 1463 – pure richiamato dalla suprema Corte – subordina la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto all'ipotesi, derivante dall'applicazione dell'art. 1256 c.c., in cui una parte sia stata liberata a causa dell'impossibilità di adempimento dovuta a causa non imputabile e non può essere esteso, se non stravolgendone il senso, all'ipotesi in cui una parte, perfettamente in grado di adempiere, non sia in grado di usufruire dell'altrui prestazione. Mentre nell'ipotesi dell'art. 1463 il contratto non può materialmente essere eseguito in una delle obbligazioni corrispettive, invece, nel caso dell'albergo, nulla osta all'adempimento delle prestazioni: l'albergatore tiene a disposizione la stanza e i servizi collaterali, mentre il cliente può tranquillamente pagare il prezzo. Dare rilevanza ai rischi pertinenti alla sfera del creditore

22 Cass. n. 18047 del 2018 cit.

23 Cass. N. 16315 del 2007 cit.

24 G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 358 ss.

significherebbe introdurre una serie ampia e indefinita di ipotesi di rottura del vincolo che indebolirebbe fortemente la certezza delle contrattazioni, base indefettibile per un mercato solido e fiorente.

7.- Qualcuno ha ipotizzato la possibilità di applicare alla situazione creata dal Covid-19 nelle locazioni commerciali, in via diretta o analogica, l'art. 1467 c.c. ⁽²⁵⁾ In particolare, si sostiene che, per effetto in un evento straordinario e imprevedibile quale l'epidemia da coronavirus, la prestazione del conduttore sarebbe divenuta eccessivamente onerosa. La fattispecie astratta dell'art. 1467 (che, comunque, conduce alla risoluzione e solo previa offerta della controparte può condurre alla revisione, con conseguente possibile rischio per chi agisce di perdere la locazione) ⁽²⁶⁾ non sembra tuttavia attagliarsi alla fattispecie concreta. La norma parla di prestazione che diviene più onerosa, ma, nella specie, il canone è rimasto uguale. Si tratterebbe quindi di una onerosità soggettiva, vale a dire che per il conduttore, il quale non ricava utili dalla sua attività a causa del blocco, sarebbe divenuto più difficile adempiere, ma non sembra questa l'ipotesi disciplinata dalla norma e, peraltro, nel nostro ordinamento, come detto, la sopravvenuta carenza di mezzi finanziari non rileva. Ulteriore e forse insormontabile ostacolo all'applicazione dell'art. 1467 è che la norma pare riferirsi alla causa dell'eccessiva onerosità come a un evento relativo al contratto nella sua interezza. Pare, cioè, difficile ipotizzare di adottare la norma a una situazione che avrebbe comportato una eccessiva onerosità di soli due mesi a fronte della durata pluriennale del contratto.

8.- Tuttavia, può apparire iniquo che i conduttori di immobili commerciali debbano continuare a pagare un canone commisurato a un pieno uso bene, mentre tale uso è stato parzialmente impedito dal blocco. Così come può sembrare ingiusto che i conduttori, sottoposti, dopo il *lockdown*, a limitazioni nell'esercizio della loro attività, come ad esempio i ristoratori, siano oggi tenuti a pagare sempre lo stesso canone.

25 Francesca BENATTI, cit.

26 Cfr. A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: punti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*.

È vero che, per il locatore non vi è stato alcuno sgravio, nel senso che la prestazione di questi non è cambiata dovendo sempre concedere analogo godimento dell'immobile, ma ci si può chiedere se il rischio determinato dai provvedimenti legislativi anti Covid debba ricadere solo sui conduttori e non anche sui locatori.

Come si è visto, la parte generale dedicata dal codice civile al contratto non offre alcun rimedio. Invece, una soluzione può essere rinvenuta nella parte speciale dedicata ai contratti, e in particolare nella regolamentazione del contratto tipico di locazione.

Com'è noto, il codice civile, dopo aver disciplinato la locazione in generale (art. 1571 ss. c.c.), ipotizza due sottotipi di locazione: la locazione di fondi urbani (art. 1607 ss. c.c.) e quella che ha a oggetto beni produttivi, denominata affitto (art. 1615 c.c.).

Scorrendo queste ultime norme, ci si avvede che il legislatore è stato così previdente da disciplinare proprio la situazione che si è creata per effetto della legislazione emergenziale. Secondo l'art. 1623 c.c., <<se in conseguenza di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto>>.

L'ipotesi prevista dalla legge appare essere proprio quella sottoposta a esame, in quanto la legislazione anti Covid ha posto limiti, prima più intensi poi meno, alla gestione produttiva. I ristoranti vedono limitati il numero dei tavoli, cinema e teatri, quando riapriranno, idem, così come gli stabilimenti balneari ecc.

Apparentemente, l'applicazione della norma sembra essere impedita dalla necessità, testualmente prevista, che si verificano contemporaneamente perdita e vantaggio per entrambe le parti, mentre nel nostro caso per il locatore nulla pare cambiare. Tuttavia, una voce rileva come, nell'art. 1623 c.c., sia sufficiente il vantaggio o la perdita di una sola parte, mentre la rispettiva perdita o vantaggio in capo all'altra parte sarebbe *in re ipsa* (27). Ed effettivamente, l'osservazione è corretta, non tanto perché il locatore si trovi a vedersi

27 V. E. ROMAGNOLI, *Affitto. Disposizioni generali*, in *Commentario c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 193.

corrispondere un canone per un locale maggiormente fruibile rispetto al suo (se avesse dato in locazione un ristorante da 50 posti anziché 100 avrebbe ottenuto un canone inferiore), quanto perchè non è possibile ipotizzare un provvedimento normativo che, incidendo sull'attività produttiva, possa provocare, contemporaneamente, un reale guadagno per una parte e una reale perdita per l'altra. Ragion per cui, l'unica lettura possibile della norma è che si verifichi un guadagno o una perdita "diretti" in capo a uno dei contraenti e una perdita o un vantaggio "derivati" in capo all'altra.

Certo, la norma rimane nel vago quando dice che la modifica al rapporto contrattuale, per far scattare l'adeguamento del canone, deve essere notevole e tale valutazione sarà rimessa alla discrezionalità del giudice.

Per applicare la norma, tuttavia, occorre superare l'ostacolo per cui, tecnicamente, l'affitto di cui agli artt. 1615 ss. c.c. viene riferito solo alla locazione di immobili "attrezzati" per la produzione e non alle locazioni a uso commerciale in genere. Tuttavia, si può ritenere che nulla osti a un'applicazione analogica dell'art. 1623 anche a queste ultime, purché quel particolare uso commerciale sia connaturato all'immobile locato, sia stato specificato nel contratto e sia stato alla base della pattuizione sull'ammontare del canone. Se si guarda all'impostazione del codice civile, infatti, emanato prima della legge n. 392 del 1978, si può osservare come il legislatore abbia inteso dividere in due le locazioni urbane: quelle a uso abitativo (v. art. 1607 c.c.) e quelle a uso produttivo e le locazioni commerciali con uso predeterminato hanno certo più affinità con la seconda categoria.

Inoltre, sempre per quanto riguarda le locazioni a uso commerciale, l'art. 27, comma VIII, l. n. 392 del 1978, prevede per il conduttore la facoltà di recesso con preavviso di sei mesi, per <<gravi motivi>> e si è sostenuto che il blocco imposto dalla legislazione anti contagio possa costituire un grave motivo ⁽²⁸⁾.

9.- Alcuni commenti attuali alla situazione hanno ipotizzato di affrontare tutti questi casi di alterazione dell'originario equilibrio contrattuale causati dalla legislazione d'emergenza facendo ricorso alla

28 SERRAO D'AQUINO, *L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il covid-19*, in *biodiritto.org*.

clausola generale di buona fede ⁽²⁹⁾, ritenendo che essa possa imporre un obbligo di rinegoziazione diretto a ricondurre a equità il contratto ⁽³⁰⁾ oppure intravedendo un abuso del diritto in capo a chi rifiuti una rinegoziazione ragionevole proposta dalla parte svantaggiata dalla situazione creata dal coronavirus, con conseguente obbligo di pagare un indennizzo ovvero con preclusione di ogni domanda di adempimento in capo all'autore del rifiuto ⁽³¹⁾.

Premesso che, a meno di non voler scardinare il principio di separazione dei poteri e la democrazia, con la sua riserva ai rappresentanti nominati dal popolo della funzione legislativa, non si può consentire al giudice di utilizzare la regola di correttezza per ideare soluzioni che non trovino riscontro in soluzioni normative dettate per situazioni caratterizzate da elementi di affinità ⁽³²⁾, basti considerare che le clausole di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (art. 1375 c.c.) si riferiscono a doveri di comportamento nelle relazioni tra soggetti legati da un vincolo obbligatorio o da un contratto, sicché esse non possono essere utilizzate per consentire di sciogliere il vincolo stesso e per ricrearlo.

Si è pure accennato alla possibilità che il rifiuto di rinegoziare concreti un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 l. n. 192/1998, con conseguente nullità, in caso di rifiuto, del contratto originario ⁽³³⁾. La tesi potrebbe essere utile, perché, effettivamente, la norma consente sia di far accertare la nullità del contratto che realizzi l'abuso, sia di costringere l'impresa dominante a rinegoziare, ma pare avere uno spazio applicativo limitato. L'art. 9, comma I, si riferisce all'ipotesi in cui la situazione di squilibrio negoziale sia causata dal comportamento doloso dell'impresa potente e non da un evento estraneo come la legislazione emergenziale o la situazione di crisi economica. Perché si possa utilizzare l'art. 9 e per poter riconoscere il rimedio all'impresa in stato di soggezione, quindi, occorre che, già prima della crisi sanitaria,

29 A. ALBANESE, *op. cit.*; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*.

30 A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *op. cit.*, i quali ammettono la possibilità, a fronte del rifiuto della controparte di rinegoziare, di opporre l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.

31 Francesca BENATTI, *op. cit.*

32 Non si intende ritornare alla giurisprudenza precedente agli anni '80 del secolo scorso, secondo cui la buona fede poteva essere applicata solo in presenza di una norma specifica che ne costituisca espressione (Cass., 16 febbraio 1963, n. 357; Cass., 20 luglio 1977, n. 3250), ma si afferma che la concretizzazione della clausola generale debba avvenire senza invenzioni e rinvenendo la soluzione nel sistema. La regola generale di correttezza, in altre parole, consente una sorte di analogia allargata, permette di applicare modelli di soluzione ispirati alla buona fede portati da regole anche settoriali, insuscettibili di per se stesse di applicazione analogica al di fuori del settore, ad altre situazioni che presentino caratteri di affinità.

33 A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *cit.*

vi fosse uno stato di dipendenza economica e che l'impresa dominante ne avesse approfittato per imporre condizioni contrattuali troppo gravose. Il ruolo giocato dalla situazione creata dal Covid potrebbe essere solo quello di aver reso insostenibile lo squilibrio negoziale, limitandosi a fare da detonatore dell'esigenza di tutela dell'impresa in stato di soggezione. L'approfittamento, in definitiva, non può consistere nel mero rifiuto di sciogliere il vincolo e di rinegoziarlo, ma deve essere preesistente, in quanto la nullità del patto presuppone la pregressa commissione di un abuso.

Senz'altro meno convincente è il richiamo alla solidarietà, ricorrente fra gli interpreti, per sostenere il potere del giudice di imporre alle parti una rinegoziazione ⁽³⁴⁾.

L'idea è in linea con quell'orientamento di parte della giurisprudenza, affermatosi negli ultimi decenni, nel cui ambito il principio di solidarietà costituzionale abbinato alla regola di buona fede ha rappresentato la chiave di volta per giungere a soluzioni prive di aggancio con il sistema normativo secondario, sul presupposto sotteso che il rango primario della Costituzione possa consentire qualsiasi deroga alle leggi ordinarie ⁽³⁵⁾.

Tale indirizzo risulta, innanzitutto, errato perché l'art. 2 Cost. ha come destinatario il legislatore e non i privati ⁽³⁶⁾. In secondo luogo, il contratto tra privati destinatari di un trattamento legislativo paritario (diversamente da ciò che avviene nei contratti di lavoro subordinato, nei contratti con il consumatore ecc.) non è il luogo della solidarietà, ma un affare i cui protagonisti devono poter perseguire interessi egoistici con l'unico limite del leale (artt. 1175 e 1375 c.c.) rispetto delle regole del gioco ⁽³⁷⁾. In terzo luogo, l'applicazione del principio di solidarietà si presta a soluzioni imprevedibili, perché il concetto appare avere contenuto diverso a seconda dell'ideologia in cui venga collocato ⁽³⁸⁾. Infine, l'orientamento appare contrario

34 F. MACARIO, op. cit.; A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, cit.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*.

35 Cfr. D'AMICO, *Buona fede e solidarietà sociale*, in *Le parole del diritto, Scritti in onore di Castronovo*, Napoli, 2018, I, p. 151 ss., il quale mette in luce come l'utilizzo diretto dell'art. 2 Cost. nei rapporti privati abbia portato a una sostanziale vanificazione della stessa regola codicistica della buona fede.

36 Nel senso che la solidarietà debba essere a carico dello Stato e non dei privati v. Francesca BENATTI, cit.

37 V. F. FESTI, *Luoghi comuni in tema di ritiro dalle trattative e responsabilità precontrattuale*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. priv.*, 2020.

38 La solidarietà costituisce principio basilare di diverse ideologie: nazismo, fascismo, sindacalismo, dottrina sociale della Chiesa ecc.

al senso di giustizia, in quanto, anche volendo interpretare il concetto di solidarietà come espressione di un'ingenua esigenza di togliere a chi ha di più per dare a chi ha di meno, i giudici hanno sempre proceduto a elaborare le soluzioni applicative dell'art. 2 Cost. sulla base di schemi astratti senza accertare minimamente la reale consistenza patrimoniale delle parti coinvolte nel giudizio. I giudici, in effetti, hanno utilizzato l'art. 2 Cost. per giungere a soluzioni ispirate al loro personale senso di equità, tutelando, a volte, la posizione del contraente "apparentemente" più povero ⁽³⁹⁾ e, a volte, quella del contraente più ricco, come la banca ⁽⁴⁰⁾.

E questo è ciò che avverrebbe se si applicasse la regola di solidarietà nei rapporti tra privati nella situazione creata dall'emergenza sanitaria: imporre una riduzione dei corrispettivi per i contratti già conclusi significa tutelare il contraente gravato dell'obbligazione di pagare il prezzo a discapito della controparte onerata della prestazione di fare o di dare, nonostante ben possa accadere che, per quest'ultima, l'incasso dell'intero prezzo pattuito possa essere necessario per la sua sopravvivenza ⁽⁴¹⁾.

La solidarietà, in altre parole, non può essere realizzata dal giudice in ogni singolo contratto. Considerata la carenza di poteri inquisitori in capo al giudice, questi non è in grado di ricostruire la complessiva situazione delle parti e di comprendere chi abbia realmente bisogno di aiuto e in che misura. Solo il legislatore è in grado di attuare la solidarietà tra i cittadini, sulla base di parametri uguali per tutti e accertabili con poteri ispettivi di polizia.

10.- Pertanto, applicando alla situazione odierna le regole preesistenti alle norme d'emergenza, sembra che si possano trarre le seguenti conclusioni:

i) per i contratti di locazione a uso commerciale in cui l'uso sia connaturato al bene, è possibile ipotizzare una riduzione del canone e per tutte le locazioni commerciali il recesso;

ii) per i contratti che prevedono obblighi di fare o di dare, la situazione creata dal Covid può giustificare il ritardo se rende temporaneamente impossibile l'adempimento o può provocare l'estinzione del vincolo se l'impossibilità sia definitiva;

39 V., ad esempio, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, sul caso *Renault*.

40 V., ad esempio, Cass., Sez. Un., 9 aprile 2019, n. 28314, sulle cd. nullità selettive.

41 V. Francesca BENATTI, op. cit.

iii) per le obbligazioni pecuniarie, la sopravvenuta carenza di mezzi finanziari in capo al debitore pare poter esonerare quest'ultimo solo dall'obbligo di pagare gli interessi moratori maggiorati di cui al dlgs n. 231 del 2002;

iv) la necessità di uno sforzo eccessivo per adempiere o il venir meno dell'interesse del creditore possono consentire lo scioglimento del vincolo senza oneri certamente se sono derivati da una temporanea impossibilità oggettiva non imputabile, mentre, in caso di assenza di tale ultimo presupposto, tali ipotesi possono rilevare solo se si accolgano in via generale le categorie dell'ineseguitabilità e dell'inesigibilità, nonché quella fondata sull'art. 1174 oppure se, per ciò che concerne lo sforzo eccessivo, si ricada nell'ipotesi di cui all'art. 1467;

v) buona fede e solidarietà non sembrano poter imporre un obbligo di rinegoziazione;

vi) il divieto di abuso di dipendenza economica potrebbe condurre alla rinegoziazione solo in caso di pregresso approfittamento dell'impresa dominante.

11.- Venendo alla legislazione emergenziale, si possono individuare alcuni precetti che possono incidere su obbligazioni e contratti in corso.

a) L'art. 11 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ha sospeso i termini di pagamento di cambiali e assegni fino al 31 agosto 2020. La norma, che appare dettata non tanto per aiutare i debitori quanto per deflazionare gli ingressi in banca durante il *lockdown*, non sembra possa avere impatto al di fuori del campo dei titoli di credito.

b) L'art. 65, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27, prevede un credito d'imposta del 60% per il mese di marzo 2020 a favore degli imprenditori per i canoni di locazione di negozi e botteghe. L'art. 28, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, prevede un credito d'imposta per una parte (60%) dei canoni di locazione e di leasing per il godimento di immobili a uso non abitativo e (30%), per i canoni di affitto di azienda o di godimento con servizi accessori comprendenti almeno un immobile a uso non abitativo. Da tali norme qualcuno ha tratto l'argomento secondo cui la situazione emergenziale non darebbe diritto a ottenere alcuno scioglimento del contratto o riduzione del canone. Il ragionamento, insomma,

sarebbe il seguente: dal momento che il legislatore ha sentito il bisogno di aiutare i conduttori, significherebbe che questi non avrebbero a disposizione altri rimedi. L'argomento non risulta condivisibile, sia perché, come si è visto, lo scioglimento spetta solo nei casi gravi e deve essere frutto di una scelta del conduttore, mentre quest'ultimo potrebbe ragionevolmente preferire la continuazione del contratto e usufruire del credito d'imposta, sia perché, quanto alla riduzione, essa appare spettare solo a determinate condizioni e nei casi più gravi; inoltre, nulla impedisce di applicare il credito d'imposta ai canoni al netto della riduzione.

c) L'art. 54-ter, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ha disposto la sospensione di sei mesi per le procedure esecutive relative all'abitazione principale del debitore e l'art. 103 dello stesso d.l. ha sospeso il rilascio degli immobili fino al 30 giugno 2020. I due precetti appaiono finalizzati alla tutela dei conduttori, ma trattasi di norme di mero carattere processuale, non suscettibili, per loro natura, di un'applicazione analogica sul piano dei rapporti sostanziali. L'impatto su questi ultimi avviene solo su di un piano pratico.

d) L'art. 88, d.l. n. 18/2020 ha previsto che la sopravvenuta impossibilità della prestazione da parte del debitore di una prestazione di spettacolo di qualsiasi natura (cinema, teatro ecc.) dovuta alla legislazione d'emergenza non dia luogo a risoluzione del contratto, ma a una rinegoziazione imposta, nel senso che al cliente viene dato un *voucher* che dà diritto a un altro spettacolo entro l'anno.

L'art. 88-bis d.l. n. 18/2020 disciplina i contratti di viaggio e turistici e dispone che per i soggetti che non possono usufruire del contratto per malattia, quarantena, divieto di spostamento, annullamento di eventi cui avrebbero dovuto partecipare, il contratto si considera risolto per impossibilità sopravvenuta della prestazione con diritto al rimborso o al rilascio di un *voucher* valevole per un anno. In tali ipotesi, come nei casi in cui il vettore o l'organizzatore turistico siano impossibilitati a rendere la prestazione, questi ultimi possono esercitare il recesso restituendo il danaro oppure offrendo un *voucher* o un pacchetto turistico equivalente.

Analogha previsione (rimborso o *voucher*) contiene l'art. 216, comma IV, relativamente alle palestre, piscine etc.

Tutte queste norme, salvo l'ultima relativa alle palestre (su cui v. infra), appaiono effettivamente consentire alle parti private dell'interesse a usufruire della prestazione scioglimento e obbligo di rinegoziazione. Tuttavia, la loro settorialità e la specificità delle categorie contrattuali implicate paiono ostare a un'applicazione analogica del rimedio se non a contratti che, pur non espressamente previsti, abbiano forte somiglianza con i tipi testualmente indicati.

Quanto alla regola sulle palestre, essa costituisce una minima deroga alle disposizioni codicistiche, in quanto, durante il *lockdown*, gli esercenti non erano oggettivamente in grado di offrire la loro prestazione, sicché i clienti avevano comunque il diritto di risolvere il contratto per impossibilità sopravvenuta. La deroga appare circoscritta alla facoltà per gli esercenti di attribuire ai clienti un *voucher* in luogo della restituzione del prezzo, obbligando quindi questi ultimi a una sorta di rinegoziazione limitata al tempo del contratto e non al suo oggetto.

e) La norma che pare poter avere un effetto più incisivo e generale è l'art. 91, d.l. n. 18/2020, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, il quale ha aggiunto all'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, il seguente comma 6-bis: <<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>>.

Il comma risulta di difficile interpretazione.

Per una prima possibile lettura, <<il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento; perché se non lo è stata, la responsabilità del debitore segue le regole ordinarie>> ⁽⁴²⁾. La tesi, che appare suggerita dalla circostanza che il legislatore abbia usato il verbo "valutare" e, cioè, che non abbia indicato il rispetto delle norme anticontagio come una causa certa di esclusione della responsabilità, appare coerente con il sistema e risulta quindi condivisibile, ma v'è il rischio concreto che non venga recepita dai giudici, in quanto sembra privare di rilievo il comma 6-bis. Se, invero, la legislazione anti Covid impedisce in modo oggettivo l'adempimento, il debitore risulta esonerato dal dovere di risarcire il danno per effetto del semplice disposto dell'art. 1218.

42 A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *I contratti*, 2020, pp. 214-215.

Secondo un'altra interpretazione, suggerita, invece, dall'avverbio <<sempre>> contenuto nel comma 6-bis, ogni qual volta l'adempimento sia reso (non impossibile ma semplicemente) più difficile dalle norme sul blocco o sul distanziamento, il debitore non sarebbe tenuto al risarcimento del danno ⁽⁴³⁾. Non sarebbe quindi necessaria una impossibilità oggettiva, ma una mera difficoltà. Questa lettura può condurre a conseguenze assurde: qualsiasi operatore ha incontrato almeno qualche minima difficoltà a causa della legislazione emergenziale e consentire di sfruttare anche il più piccolo inconveniente per sciogliere il vincolo avrebbe un effetto devastante sul mercato.

Una terza possibile interpretazione, che viene suggerita dal richiamo all'art. 1223, è che la difficoltà legata all'emergenza possa condurre non all'esonero completo da responsabilità, ma solo alla riduzione del danno.

Per fare una previsione sull'atteggiamento che terranno i giudici chiamati a decidere su questo tipo di controversie, si può ipotizzare una sorte di soluzione di compromesso, non rigorosa dal punto di vista tecnico-giuridico: è ipotizzabile che la giurisprudenza possa interpretare il comma 6-bis in tendenziale coerenza con l'art. 1218, ma che, in tale ambito, le difficoltà, purché reali e gravi, provocate dalla normativa d'emergenza, vengano giudicate con maggiore larghezza, individuando esoneri da responsabilità o riduzioni del danno anche in assenza di una oggettiva impossibilità.

⁴³ Cfr. BUSANI, *Contratti, l'inadempimento è quasi impossibilità sopravvenuta*, ne *Il Sole 24 Ore*, 19 marzo 2020, p. 27, il quale ipotizza un bilanciamento tra inadempimento e necessità di rispettare le misure di contenimento.