



*Eventi esterni e rischi di demolizione del contratto. Il contratto ‘aperto’
all’adattamento: meccanismi e clausole (*)*

di **ATTILIO ZIMATORE**

Abstract

The Author analyzes the effects that the public containment measures against COVID-19's spread have had on duration contracts under execution. The general framework regulated by the Civil Code for the hypothesis of supervening impossibility or excessive onerousness occurring in contracts providing for mutual counter-performance – hypothesis into which the present case might fall – should lead to the termination of the contract. Nonetheless, those guidelines appear not to be suitable to face this epochal emergency neither in the perspective of social solidarity nor in the perspective of the economic efficiency in the market.

The Author examines the possibility of intervening in the contractual relationship to rebalance its economic structure, thus enabling the continuation of it “readjusted”. However, it has been pointed out that the Italian legislator has not introduced any specific legal mechanism suitable for this purpose, but it merely intervened with few uncoordinated and fragmentary rules for individual contract types (in particular the lease).

The only significant intervention of a general nature is that dictated by paragraph 6 *bis* of art. 3, of the d.l. 23 February 2020, n. 6, (introduced by art. 91 of Legislative Decree 20.3.2020, n. 18), which requires the Judge to “*always*” assess whether the compliance with the COVID-19's containment rules should result in a supervening impossibility of the performance for a cause not imputable to the debtor and also to assess its relevance for the computation of compensation for damage. The Author analyzes the real extent of this provision highlighting numerous interpretative doubts.

Finally, the Author also briefly deals with the renegotiation tool that has been very carefully and with great confidence studied by the Italian doctrine also following the favorable position taken by the Supreme Court in a well-known thematic report.

1. Nel titolo della relazione che mi è stata assegnata si prospettano due eventi alternativi: la demolizione del contratto o il suo adattamento. Il primo si presenta come il *rischio*, il secondo come il rimedio, per il quale occorre individuare “*meccanismi e clausole*”. Nel titolo, il “*rischio di demolizione*” deriva da “*eventi esterni*” ed il riferimento inespresso, ma evidente, è alla pandemia, evento straordinario ed imprevedibile che si riflette pesantemente sull'esecuzione dei contratti in corso, rendendola impossibile, definitivamente o temporaneamente, o più difficoltosa ed onerosa.

Da oltre un anno il tema è al centro dell'attenzione della civilistica italiana (1) che, con straordinario fervore (che a me non pare ancora attenuato) e con vivace slancio innovativo, è tornata a riflettere su un argomento classico del diritto delle obbligazioni e dei contratti; perché se era nuovo ed inatteso l'evento drammatico che ha sconvolto la società e l'economia italiana e mondiale, ben noti ed assai meditati sono i problemi giuridici legati alle sopravvenienze contrattuali.

Tutti i contratti implicano rischi economici e giuridici; ed i contratti di durata o ad esecuzione differita comportano intrinsecamente rischi più elevati per una ragione strutturale e logica: perché nell'esecuzione del contratto interviene il fattore tempo, che dilata il rischio dell'inadempimento e suscita il problema delle sopravvenienze, della impossibilità o della eccessiva onerosità sopravvenuta

(*) L'articolo riproduce, con poche variazioni e con l'aggiunta delle note, il testo della Relazione svolta dall'Autore il 21 maggio 2021 nel Convegno intitolato "Pandemia e rapporti fra imprese. La rinegoziazione del contratto. Valore della relazione ed efficienza economica della soluzione delle crisi negoziali. Teoria e pratica a confronto", organizzato dall'Osservatorio "Giordano Dell'Amore", Fondazione Cariplo, in collaborazione con l'Ordine degli Avvocati di Milano

¹ Tra i contributi più significativi, v. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 57 ss.; BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, pag. 214; BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 2, pag. 143 e segg.; BENEDETTI A.M., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 3, pag. 403 e segg.; D'AMICO, *L'epidemia covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *Contratti*, 2020, p. 253 ss.; DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 581 ss.; FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 1, pag. 1; GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale 3, pag. 383 segg.; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 2, pag. 3 e segg.; MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, ivi, 27 aprile 2020, p. 1 ss.; NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, p. 92; PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 485 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 2, pag. 159 e segg.; SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di covid-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, pag. 73 e segg.; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *giustiziacivile.com*, numero speciale n. 2, pag. 159 e segg., pag. 245 e segg.

della prestazione, della variazione del valore oggettivo e del peso soggettivo delle reciproche prestazioni.

Sono problemi antichi e frequenti, perfettamente noti al nostro codice che li disciplina secondo regole tradizionali e consolidate, della estinzione della obbligazione (art. 1256 cod. civ.) e della liberazione del debitore quando la prestazione sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile (art. 1218 cod. civ.), ponendo a carico del debitore l'onere della prova della impossibilità per causa a lui non imputabile e regolando gli effetti della mora sul rischio (art. 1221 cod. civ.).

Inutile ricordare la giurisprudenza e le risalenti elaborazioni concettuali – a partire da Savigny – sulla forza maggiore e sul *factum principis* come causa di esclusione della responsabilità per inadempimento del debitore.

Regole sperimentate e di portata generale, direi ordinamentale. Mi piace osservare – per offrire uno spunto lontano da quelli che sono sin qui emersi – che le regole sulla impossibilità della prestazione derivante dal *factum principis* sono state recentemente chiamate in gioco anche dalla giustizia sportiva, che seguendo quelle regole ha risolto una controversia tra notissime squadre di calcio per decidere se quella che non si era recata in trasferta a disputare una gara di campionato per causa COVID - dico meglio, a seguito di un provvedimento di contenimento per causa COVID - fosse passibile di una sanzione sportiva (la perdita della gara a tavolino con applicazione di una ulteriore penalizzazione in classifica). Ed il Collegio di Garanzia del CONI ha escluso la sanzionabilità di quella mancata trasferta giustificata da una "*causa di forza maggiore*" ⁽²⁾.

In coerenza con la disciplina dettata in materia di responsabilità del debitore e di impossibilità sopravvenuta della prestazione e secondo la stessa logica sono regolati i problemi delle alterazioni sopravvenute del sinallagma contrattuale, attraverso le disposizioni in materia di risoluzione del contratto per

² Ci si riferisce alla decisione n. 1 del 7 gennaio 2021 del Collegio di Garanzia dello Sport – Sezioni Unite (est. M. Zaccheo), che giustifica la mancata trasferta ravvisando una ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione riconducibile ad un *factum principis*, individuato nei provvedimenti amministrativi della Azienda sanitaria che avevano disposto l'isolamento domiciliare.

impossibilità (art. 1463 cod. civ.) e per eccessiva onerosità (art. 1467 cod. civ.) sopravvenuta. In quest'ultima ipotesi, come è noto, si apre la possibilità di una modifica dell'assetto contrattuale che consente di riportare in equilibrio il sinallagma alterato dall'evento straordinario e imprevedibile; ma questa possibilità si offre soltanto alla parte contro la quale sia stata domandata la risoluzione. Questa, con scelta unilaterale ed insindacabile, può evitare la risoluzione "*offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*" (1467, 3° cod. civ.).

Dunque, mentre la parte colpita dalla eccessiva onerosità può assumere soltanto una iniziativa demolitoria, soltanto l'altra può scegliere di conservare il contratto, modificandone "*equamente*" le condizioni ed affrontando perciò un sacrificio economico. La modifica del contratto – l'adattamento, come dice il titolo della relazione – non è il rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma la reazione al rimedio (demolitorio). Una reazione eventuale e discrezionale.

Nella logica del codice, il rimedio generale all'impossibilità e all'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a prestazioni corrispettive rimane soltanto la risoluzione. Estinzione della obbligazione e risoluzione del contratto: ecco le soluzioni generali concepite dal nostro codice ed ispirate appunto da una logica demolitoria del vincolo.

Una logica che risponde a due principi: da un lato, che il vincolo, salvo un nuovo accordo delle parti e salvo eccezioni, non può essere alterato nel merito; dall'altro, che non si può pretendere che il debitore esegua una prestazione giuridicamente impossibile, né si può esigere uno sforzo diligente che superi una certa soglia di onerosità.

2. Le regole sulle quali mi sono finora soffermato presentano una fattispecie tanto ampia e generale da ricomprendere senza difficoltà anche i casi in cui l'impossibilità o l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione derivi da una misura pubblica di contenimento dell'emergenza COVID. Ma la soluzione che se ne trae ha suscitato una diffusa ed acuta insoddisfazione poiché i rimedi demolitori sono sembrati inadeguati a fronteggiare questa emergenza epocale e

perfino controproducenti sia sotto il profilo della solidarietà sociale, sia sotto quello della efficienza economica del mercato ⁽³⁾. Ed è stata questa insoddisfazione a stimolare vivacemente la fantasia ricostruttiva della civilistica italiana, già da tempo impegnata ad elaborare, per le ipotesi di alterazioni sopravvenute del sinallagma, soluzioni rimediali volte a privilegiare la conservazione – anziché l'estinzione – del contratto attraverso un suo successivo adeguamento.

Non si tratta, come è evidente, di pretendere di mantenere fermo il contratto alle sue condizioni originarie, che risulterebbero giuridicamente impossibili o eccessivamente onerose; ma di conservare il contratto 'riadattandone' il contenuto, sul presupposto che esso, riequilibrato il sinallagma, possa ancora recare utilità ad entrambe le parti e soddisfare l'interesse che le aveva spinte a concluderlo.

La soluzione conservativa, dunque, passa attraverso un riassetto del sinallagma e perciò attraverso la modifica – in altre parole, l'adattamento o il 'riadattamento' – del contratto. Ma il percorso è arduo: mentre la soluzione demolitoria si attua agevolmente, risolve il vincolo e non guarda al futuro, tutt'al più lascia sul tappeto problemi di responsabilità e di ripetizione dell'indebito, la soluzione conservativa si rivela assai più complessa poiché richiede un riassetto del contratto che deve trovare un nuovo equilibrio. Si pone allora il problema di stabilire come e ad opera di chi le condizioni contrattuali possano essere adeguate.

In astratto, la modifica delle condizioni contrattuali nei contratti in corso può derivare sia da una fonte negoziale, sia da una fonte legale che può operare tanto in modo automatico quanto attraverso un intervento del giudice.

Nessun problema ove l'adeguamento delle condizioni contrattuali venga concordato tra le parti attraverso un nuovo atto convenzionale modificativo del

³ Per queste considerazioni, v., tra gli altri, PALMIERI (*Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, in *Oltre la pandemia* (a cura di G. Palmieri), Napoli, 2020, pag. 1211 e segg.) il quale, con riferimento al tema delle locazioni commerciali, rileva come il rimedio demolitorio sia, a ben vedere, pregiudizievole ed insoddisfacente per entrambe le parti del contratto, "suscitando una tipica lose-lose situation. Una situazione, cioè, in cui tutte le parti della relazione considerata perdono qualcosa. Tutti perdono, nessuno vince" (pag. 1227).

precedente; oppure ove lo stesso contratto fornisca *ex ante* criteri precisi in base ai quali le condizioni contrattuali debbano essere modificate nel caso di inattese sopravvenienze (ma, a ben vedere, in quest'ultimo caso il contratto non risulterebbe modificato, poiché si evolverebbe secondo le sue stesse regole e in esecuzione della volontà delle stesse parti).

Più problematico il caso di una modifica legale del contratto in corso, che deve misurarsi con un principio ideologico ottocentesco eppure ancora forte nella nostra cultura giuridica: quello della insindacabilità delle scelte di merito e della intangibilità dell'equilibrio economico stabilito nel contratto perché frutto dell'autonomia privata, delle libere determinazioni delle parti che si sono fatte carico del rischio dell'esecuzione del contratto a quelle condizioni ed anche del rischio delle alterazioni di valore delle reciproche prestazioni nel corso dell'esecuzione di un contratto di durata, salvo il caso in cui intervengano fatti straordinari ed imprevedibili che rendano - non già soltanto più onerosa bensì - eccessivamente onerosa una delle prestazioni. Ma per quest'ultima ipotesi, come si è già detto, il rimedio generale è quello della risoluzione, non del riadattamento del contratto.

Quel dogma liberale è stato superato dal codice del '42 e definitivamente ridimensionato, se non travolto, dalle riflessioni della nostra dottrina civilistica dalla fine degli anni 60 in poi. Basti pensare agli studi sulle fonti di integrazione del contratto e sulla inserzione automatica di clausole.

Nel corso dei decenni successivi al codice abbiamo assistito ad interventi normativi sempre più penetranti sul contenuto del contratto e sul suo equilibrio economico. Senza proporre l'esempio, fin troppo semplice ed immediato, della disciplina dei contratti del consumatore, risalendo più indietro nel tempo, si consideri la legislazione sui contratti agrari a partire dagli anni '60, nella quale il legislatore non soltanto è intervenuto incisivamente sull'assetto economico dei contratti in corso di esecuzione (ad esempio, modificando le quote di riparto nella mezzadria; o l'ammontare dei canoni o la durata dei contratti in corso), ma addirittura ne ha disposto la trasformazione, giungendo a convertire contratti associativi in contratti commutativi, la colonia e la compartecipazione in affitto. E

la Corte costituzionale in questi interventi normativi non ha ravvisato una violazione dei principi costituzionali in materia di proprietà privata o di libertà della iniziativa economica, ma li ha reputati legittimi, limitandosi talora a qualche lieve correzione.

Non vi sarebbe allora nulla di singolare, di sorprendente o di eversivo se, in una situazione di acuta emergenza nazionale e mondiale come quella vissuta in questi ultimi 15 mesi, il legislatore avesse dettato regole volte a riadattare il contenuto dei contratti in corso, ristabilendo, secondo un criterio legale ed oggettivo, l'equilibrio economico alterato dai provvedimenti di contenimento e relegando in secondo piano il rimedio demolitorio.

Ma il legislatore di questi mesi, pur affannandosi piuttosto disordinatamente ad elaborare misure – di carattere prevalentemente assistenzialistico – di sostegno alle famiglie e alle imprese in crisi, non ha introdotto un nuovo strumento rimediale di carattere generale volto alla conservazione del contratto attraverso il suo adattamento.

L'unica disciplina di carattere generale in materia di obbligazioni e contratti è quella dettata dal comma 6 *bis* dell'art. 3, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, (introdotto dall'art. 91 del d.l. 20.3.2020, n. 18), che incide sul piano della responsabilità del debitore e del risarcimento del danno, ma certo non introduce un meccanismo di conservazione e adeguamento del contratto e non tocca la disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta. Su questa disposizione tornerò in seguito.

Il legislatore, con il classico stile alluvionale della legislazione di emergenza (qualcuno ha parlato di 'legislazione di guerra') ⁽⁴⁾, ha disposto una serie quasi sterminata di misure di sostegno in favore famiglie, lavoratori e imprese, con disposizioni specifiche e settoriali; ha previsto provvidenze economiche e finanziarie nei settori economici più diversi, pubblici e privati, dai trasporti all'agricoltura, alla pesca, allo sport, allo spettacolo; ha utilizzato

⁴ Cfr. D'AMICO, *L'epidemia covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *Contratti*, 2020, pag. 253 e segg.

largamente le misure fiscali e gli ammortizzatori sociali; ha previsto la sospensione dei termini di pagamento di taluni canoni concessori ⁽⁵⁾.

Una rassegna delle norme emergenziali per le imprese in crisi è contenuta nella Relazione tematica elaborata dall'Ufficio del Massimario della Cassazione, dell'8 luglio 2020. La Relazione ha ad oggetto le *“Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti COVID-19 in ambito contrattuale e concorsuale”* ⁶; ma in realtà quella relazione va ben oltre i limiti di una mera rassegna, giungendo a formulare proposte assai innovative sul sistema generale dei rimedi contrattuali.

Il legislatore è intervenuto anche nei rapporti contrattuali tra privati, ma pur sempre con disposizioni specifiche e circoscritte a singoli contratti. In qualche caso ha sancito espressamente l'impossibilità sopravvenuta di alcune prestazioni. Così il d.l. 2.3.2020, n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), all'art. 28, ha disposto il *“Rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici”*, stabilendo che *«Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre stipulati»* da soggetti in qualche modo toccati, direttamente o indirettamente, da provvedimenti di contenimento connessi all'emergenza epidemiologica ⁽⁷⁾.

⁵ Art. 95 (Sospensione versamenti canoni per il settore sportivo)

1. Per le federazioni sportive nazionali, gli enti di promozione sportiva, le società e associazioni sportive, professionistiche e dilettantistiche, che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato, sono sospesi, dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 maggio 2020, i termini per il pagamento dei canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali.

⁶ Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario, *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020, avente ad oggetto: *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*.

⁷ Più precisamente, la disposizione riguarda i contratti stipulati:

<< a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena
b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio
c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena
d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio
e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche

Allo stesso modo, l'art. 88 del d.l. 17.3.2020, n. 18, ha disposto il *Rimborso dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura*. Questa disposizione ⁽⁸⁾ precisa che, a seguito dell'adozione delle misure di contenimento dell'epidemia, *“ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura”*.

Uno dei rapporti contrattuali privatistici che più ha sofferto degli effetti dei provvedimenti di contenimento della pandemia è il contratto di locazione ⁽⁹⁾. Trascuriamo i devastati effetti economici della sospensione delle attività produttive e commerciali e delle successive drastiche misure di contenimento a carico dei conduttori di immobili destinati ad attività produttive e commerciali, privi di ricavi, ma ugualmente tenuti a provvedere al pagamento dei canoni locativi. Per la locazione il problema giuridico sta in ciò: che nessuna delle prestazioni derivanti da quel contratto è diventata formalmente impossibile. Né la prestazione del locatore che, dal canto suo, continua a 'far godere' l'immobile al conduttore; né la prestazione del conduttore, consistente nel pagamento di una somma di danaro. Ove si ravvisasse una eccessiva onerosità sopravvenuta a carico del

se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti .. >>.

⁸ 1. Le disposizioni di cui all'articolo 28 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 si applicano anche ai contratti di soggiorno per i quali si sia verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020 n.6.

2. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

⁹ V. spec. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giust. civ.*, 2020, n. 1, spec. p. 233 ss.; PALMIERI, *Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, cit.; FERRO LUZZI F., *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in *giustiziacivile.com*, cit., pag. 315; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, numero speciale n. 2, pag. 235 e segg.

conduttore, questi potrebbe chiedere la risoluzione del contratto, che però verosimilmente non soddisfa il suo interesse prospettico ad una futura ripresa dell'attività negli stessi locali commerciali.

Ma neppure in materia di locazioni il legislatore ha pensato ad un meccanismo generale di adeguamento e riequilibrio delle condizioni contrattuali. Si è limitato a disporre una temporanea sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo; ed eccezionalmente ha preso in considerazione il “.. *sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati*” stabilendo, che proprio a causa 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*” (art. 216, 3° c. del d.l. 19.5.2020, n. 34). Come si vede, una ipotesi assai circoscritta di intervento sulle condizioni contrattuali.

3. Come si è osservato, la legislazione dell'emergenza non ha avuto il coraggio o l'ardire di spingersi sino ad introdurre un meccanismo generale, che, per l'ipotesi di alterazione sopravvenuta del sinallagma, consenta un adattamento del contratto, anziché la sua risoluzione.

L'unico intervento normativo di questo periodo emergenziale che incide in termini generali sul sistema delle obbligazioni è quello dettato dall'art. 3, comma 6 *bis* del d.l. 23.2.2020, n. 6 (mod. dall'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 181), secondo il quale “*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”.

La norma ha suscitato un grande interesse ed è stata salutata con un certo favore dalla dottrina, che però non ha potuto fare a meno di rilevarne le criticità ed i limiti.

La disposizione è sicuramente meno limpida ed incisiva di quella che era stata dettata all'alba della prima guerra mondiale quando il legislatore, con un lessico asciutto ed efficace, aveva stabilito che “... *la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale*” ⁽¹⁰⁾.

Lascio da parte alcuni dubbi interpretativi sui presupposti applicativi della norma (ad esempio, se il rispetto della misura di contenimento debba costituire la causa unica dell'inadempimento). E lascio da parte anche il problema della discutibile applicabilità di questa disposizione alle obbligazioni pecuniarie; ipotesi che si scontra con il principio pacifico secondo il quale le obbligazioni pecuniarie, avendo ad oggetto una cosa di genere, astrattamente illimitato, sono oggettivamente insuscettibili di diventare impossibili ⁽¹¹⁾.

Guardo soltanto a quella che è stata reputata la funzione principale della disposizione: vale a dire, l'affermazione che il rispetto delle misure pubbliche di contenimento dell'epidemia può integrare una impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore.

Se il comma 6 *bis* cit. volesse semplicemente dire che ove l'inadempimento o il ritardo del debitore sia stato determinato dal rispetto delle misure pubbliche e vincolanti di contenimento si deve ravvisare una impossibilità della prestazione non imputabile al debitore e dunque se ne deve escludere la responsabilità, allora si potrebbe dubitare dell'utilità di detta disposizione poiché a questa conclusione il giudice, con molta probabilità, sarebbe ugualmente arrivato facendo una piana applicazione dei principi in materia di forza maggiore e di *factum principis*.

¹⁰ V. art. 1, d.l. 27.5.1915, n. 379. V. PALMIERI, *op. cit.*, pag. 1214

¹¹ DI MAIO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, pag. 271 e segg.

La funzione propria e l'aspetto innovativo della disposizione in esame risiedono altrove.

Invero, essa non esclude in modo immediato ed automatico la responsabilità del debitore inadempiente, ma richiede al giudice di compiere “*sempre*” una valutazione della rilevanza (direi, della efficienza causale) del rispetto delle norme di contenimento sull'inadempimento del debitore. Così, regolando il processo valutativo del giudice, la norma incide anche sugli oneri di allegazione e sugli oneri probatori, poiché il giudice, anche autonomamente ed in ogni caso (*sempre*), è tenuto a valutare l'incidenza sull'inadempimento (o sul ritardo) del rispetto delle misure di contenimento ⁽¹²⁾. La disposizione solleva il debitore dall'onere di allegare e di fornire la dimostrazione che il suo inadempimento o il suo ritardo è dovuto, in tutto o in parte, dall'esigenza di rispetto di una misura di contenimento, poiché tale profilo dovrà essere “*sempre valutato*” dal giudice.

Considerando questo processo valutativo, si potrebbe osservare che la disposizione in questione incide sulla soglia della diligenza nell'adempimento richiesta al debitore, il quale è necessariamente tenuto a rispettare le “*misure di contenimento*”. Superata quella soglia di esigibilità, nessuna responsabilità sarebbe ravvisabile risultando la prestazione giuridicamente (ancorché temporaneamente) impossibile.

È più difficile intendere sotto quale profilo il rispetto delle misure di contenimento possa rilevare ai sensi dell'articolo 1223 cod. civ., secondo il quale il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno “*in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*”.

¹² Sebbene rimanga sempre onere probatorio del debitore di “*dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza.* (Corte di Cassazione – *Relazione tematica* n. 56, cit., pag. 9).

Si è detto che la disposizione “*funziona come una causa di riduzione del danno*” (e si è richiamato con cautela il meccanismo dell’art. 1227 cod. civ.)⁽¹³⁾; si è osservato che essa, se non può portare ad una automatica esclusione della responsabilità risarcitoria del debitore, “*potrebbe condurre al più modesto esito di influire non sull’an ma sul quantum debeatur*”⁽¹⁴⁾. Sono d’accordo che il rinvio all’art. 1223 cod. civ. sia stato pensato in funzione di una riduzione del risarcimento del danno; ma il meccanismo tecnico non mi è chiaro.

Infatti, delle due, l’una: o il giudice – che, ai sensi della disposizione in questione, è sempre tenuto a compiere tale valutazione – ritiene che il rispetto delle misure di contenimento giustifichi l’inadempimento del debitore; ed allora deve escluderne radicalmente la responsabilità e negare qualunque risarcimento. O ritiene che non lo giustifichi; ed allora deve liquidare il danno secondo il criterio stabilito dall’art. 1223 cod. civ.

La disposizione dettata dal comma 6 *bis* cit. non introduce un nuovo criterio di quantificazione dei danni risarcibili (parametrato secondo la gravità della colpa), ma si limita a richiamare l’art. 1223 cod. civ., non alterando il principio secondo il quale sono risarcibili soltanto le perdite subite dal creditore (o i mancati guadagni) che siano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o del ritardo del debitore. E mi pare indubbio che anche nel caso in cui l’inadempimento o il ritardo siano dovuti, sia pure in misura non esclusiva, al rispetto delle misure di contenimento, la causa immediata e diretta delle perdite (e del mancato guadagno) del creditore sia l’inadempimento e non le misure di contenimento (che semmai ne costituirebbero la causa indiretta). E nell’art. 1223 cod. civ. le cause indirette non rilevano, come non rileva il fatto del terzo.

Si potrebbe ragionevolmente supporre che l’intento del legislatore fosse quello di richiedere al giudice di valutare – sempre e indipendentemente da una allegazione o istanza di parte - se il rispetto delle misure di contenimento, pur

¹³ Cfr. BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione ?*, cit., pag. 147.

¹⁴ PALMIERI, *op. cit.*, pag. 1214.

non giustificando interamente l'inadempimento del debitore (ché, in questo caso, la responsabilità andrebbe radicalmente esclusa), né sia stata una causa indiretta e concorrente; e, in caso affermativo, di ridurre allora l'ammontare del risarcimento in proporzione dell'incidenza causale della necessaria osservanza di quelle misure restrittive da parte del debitore. Si profilerebbe così un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 1227 cod. civ., che però ha presupposti del tutto diversi, poiché il 'concorso' che consente di diminuire l'entità del risarcimento è del fatto colposo del creditore e non del *factum principis*.

È una lettura forse conforme all'intenzione del legislatore, per la quale però si richiede una interpretazione molto "creativa", con il rischio di incrinare il sistema generale del risarcimento del danno e dei suoi criteri di liquidazione. Se era questo che il legislatore intendeva, avrebbe dovuto farlo con la necessaria chiarezza e con adeguata consapevolezza delle ricadute sistematiche.

4. Il legislatore dell'emergenza COVID, almeno sino ad oggi, non ha colto lo stimolo proveniente da una economia disastrosa per effetto di un evento straordinario ed imprevedibile per riformare il sistema generale dei rimedi contrattuali, ridimensionando quelli demolitori e valorizzando meccanismi volti alla conservazione ed al riequilibrio dei contratti di durata alterati dalle sopravvenienze.

E in mancanza di un intervento del legislatore, la dottrina italiana, sollecitata dall'emergenza, si è impegnata con grande fervore nella ricerca di soluzioni ricostruttive che possano assicurare quel risultato.

Ferma la disciplina generale in materia di sopravvenienze nei contratti di durata e rilevata l'assenza in quella sede di un rimedio generale volto a garantire l'equilibrio originario tra le prestazioni nel caso di successive ed imprevedute variazioni di valore, un autorevole civilista ¹⁵ha rilevato che nella disciplina tipica dei singoli contratti sono numerose le norme dirette ad assicurare un riequilibrio del sinallagma eventualmente alterato nel corso di esecuzione del contratto. In

¹⁵ Cfr. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit.

questo senso sono state richiamate alcune disposizioni in materia di locazione (in particolare, l'art. 1584 cod. civ., che prevede il diritto del conduttore ad una riduzione del canone in caso di riparazioni la cui durata ecceda un certo termine)¹⁶); varie norme in materia di affitto (che contemplano diverse ipotesi nelle quali l'affittuario ha diritto ad una riduzione del canone di affitto, ad esempio, nel caso – previsto dall'art. 1622 cod. civ. – di perdite del reddito annuale, superiori ad una data soglia, dovute a riparazioni; oppure nel caso – previsto dall'art. 1635 cod. civ. – in cui almeno la metà dei frutti non ancora separati perisca per caso fortuito). In materia di affitto, molto significativa è la disposizione dettata dall'art. 1623 cod. civ. che, nel caso di *“modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale”* derivanti da *“una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva”*, tali da generare a carico delle parti *“rispettivamente una perdita e un vantaggio”*, prevede la possibilità di richiedere *“un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto”*. Questa norma è stata opportunamente richiamata anche con riguardo ai provvedimenti di contenimento dell'epidemia, che certamente incidono sulla gestione produttiva di beni ed aziende concesse in affitto (seppure certamente non si può affermare che un provvedimento che disponga la temporanea chiusura di alcuni esercizi commerciali costituisca un 'vantaggio' per il locatore). Ed ancora sono state richiamate varie disposizioni in materia di contratto di assicurazione, che prevedono una modifica delle condizioni contrattuali in caso di sopravvenienze intervenute nel corso del contratto che comportino una diminuzione (art. 1897 cod. civ.) o un aggravamento del rischio (art. 1898 cod. civ.).

E soprattutto è stata posta in risalto la disposizione dell'art. 1664 (*Onerosità o difficoltà dell'esecuzione*) del cod. civ. in tema di appalto. Come è noto, questa norma che disciplina le sopravvenienze nel contratto di appalto, ribalta la logica che ispira l'art. 1467 cod. civ., rimedio generale per l'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a prestazione corrispettive: mentre

¹⁶ La riduzione è proporzionata all'intera durata delle riparazioni e all'entità del mancato godimento.

quest'ultima prevede, in via generale, un rimedio demolitorio – la risoluzione – e rimette alla scelta discrezionale dell'altra parte la facoltà di conservare il contratto offrendo la *reductio ad aequitatem*, l'art. 1664 cod. civ. propone uno strumento conservativo, la revisione del prezzo.

Ci si potrebbe chiedere se questo rimedio previsto per il contratto tipico di appalto da una norma particolare del tipo – dunque, una norma speciale – possa trovare applicazione anche ad altri contratti tipici (dunque, muniti di una propria disciplina particolare); e probabilmente l'art. 1323 cod. civ. non lo consente laddove, secondo il principio di specialità, distingue chiaramente tra norme generali contenute nel Titolo II del Libro IV (dove si rinviene la disciplina generale dei rimedi) – quelle sì applicabili a tutti i contratti – e discipline particolari relative a singoli modelli tipici ⁽¹⁷⁾.

La dottrina ha giustamente osservato che mentre nel codice del 1942 l'archetipo di contratto tipico a prestazioni corrispettive era certamente la vendita, l'evoluzione del mercato e dell'economia contemporanea ha fatto dell'appalto (e, in particolare, dell'appalto di servizi) il suo modello di riferimento ⁽¹⁸⁾.

Questa opportuna considerazione certamente induce a valorizzare il rimedio conservativo previsto dall'art. 1664 cod. civ. in materia di appalto; la cui applicazione generalizzata, tuttavia, incontrerebbe gravi ostacoli, non solo nella già ricordata disposizione dell'art. 1323 cod. civ., ma anche nelle specifiche caratteristiche tecniche di quel rimedio. Infatti, la revisione del prezzo prevista dall'art. 1664 cod. civ. si applica secondo un preciso meccanismo economico e matematico, che stabilisce esattamente la misura della revisione, ne prevede le soglie ed i limiti: la revisione (a favore dell'appaltatore o del committente) scatta solo se “*si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto*”; ed opera “*solo per quella differenza che eccede il decimo*”. Il meccanismo – per come è stato concepito - è

¹⁷ Il tema è diffusamente trattato da FRANZONI, *op. cit.*, par. 3.

¹⁸ V. ancora FRANZONI, *op. cit.*, par. 4.

insuscettibile di essere utilizzato negli stessi precisi termini per qualunque altro contratto di durata.

Il principio che potremmo recuperare in termini generali da questa disposizione è soltanto il criterio di proporzionalità tra l'aumento (o la diminuzione) del costo dei materiali e la revisione del prezzo, in modo da preservare inalterato l'equilibrio originario tra le prestazioni. E questo criterio di "proporzionalità" viene ampiamente valorizzato nella soluzione ricostruttiva sulla quale si è concentrata l'attenzione della dottrina alla ricerca di un rimedio conservativo in questa stagione di crisi: la rinegoziazione

5. Lo strumento della rinegoziazione (sul quale mi limito ad un brevissimo cenno, visto che ad esso sono specificamente dedicate due relazioni), che già da trenta anni riscuote un crescente interesse della dottrina⁽¹⁹⁾, oggi sembra rappresentare la soluzione più auspicabile e più condivisa⁽²⁰⁾. Una soluzione che riceve un larghissimo consenso, giustificato ed accresciuto dalle esperienze di riforma del Codice civile francese e di quello tedesco, dai principi Unidroit, dalla crescente diffusione nella contrattazione internazionale delle clausole *hardship*, dal *Disegno di legge* delega per la revisione del codice civile nel quale si prevede il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona

¹⁹ Per limitarsi ad alcune tra le opere più significative, si vedano: TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 104; GALLO P., *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, pag. 431; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; e, più di recente, CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; MACARIO, *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Tratt. Roppo*, V, t. 2, Milano, 2006; MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, pag. 1026 e segg.; BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2009, pag. 467 e segg.; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impresa*, 2002, pag. 792; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2003, pag. 667 ss.; spec. p. 701 ss.; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 414.

²⁰ Come si può agevolmente rilevare, il tema della rinegoziazione è affrontato, con maggiore o minore spazio, in pressochè tutti gli scritti dedicati al problema dei possibili rimedi avverso gli effetti del Covid 19 sull'esecuzione dei contratti in corso. Cfr., ad esempio, gli Autori elencati nella nota n. 1

fede e, in caso di mancato accordo, di chiedere al giudice l'adeguamento delle condizioni contrattuali, ripristinando l'equilibrio tra le prestazioni secondo un criterio di proporzionalità rispetto all'assetto del contratto originariamente pattuito tra le stesse parti.

Da ultimo questa soluzione è stata apertamente propugnata dalla Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione dell'8 luglio 2020, la quale predica l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione secondo buona fede; ed arditamente prospetta l'ipotesi *“che il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.”*.

Su questa strada, anche la Cassazione quanto ai criteri di adeguamento del contratto in sede di (mancata) rinegoziazione e di successiva pronuncia costitutiva del Giudice richiama i *“parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti”*. L'obiettivo, insomma, non è la creazione di un assetto nuovo e diverso, ma il ripristino dell'equilibrio originario ⁽²¹⁾.

Tuttavia, lo strumento della rinegoziazione, verso il quale si orientano convintamente gli auspici dei giuristi per superare il problema delle sopravvenienze da COVID 19 consentendo un 'riadattamento' del contratto, rimane ancora formalmente indefinito e, in mancanza di un parametro normativo, il suo governo non può che affidarsi al precetto generale di buona fede, mentre resta aperto e discusso il problema delle conseguenze del suo inadempimento.

Un indice – sia pure molto labile – dell'interesse del legislatore dell'emergenza verso la soluzione della rinegoziazione è offerto dallo stesso art. 3 del d.l. 23.2.2020, n. 6, nel quale dopo il comma 6 *bis* (con l'art. 91 del d.l. 17

²¹ *“La rinegoziazione implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano “giuste” avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili, s'incontrano e concludono; qualora una delle due si neghi, è il giudice a decidere.*

.....

Con ogni evidenza, la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro casuale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale.” (Corte di Cassazione – Relazione tematica n. 56, cit., pag. 27).

marzo 2020, n. 181), è stato introdotto il comma 6-ter⁽²²⁾, secondo il quale nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il Giudice ai sensi del comma 6 bis è tenuto a valutare il rispetto delle misure di contenimento ai sensi degli art. 1218 e 1223 “*il preventivo esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda*”. Certo, la mediazione è strumento diverso dalla rinegoziazione, ma ragionevolmente, almeno nelle ambizioni del legislatore, la prima è rivolta a provocare la seconda⁽²³⁾.

²² <<comma 6 ter - Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda>>.

²³ V. DOLMETTA (*Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*, 2020, numero speciale n. 3, pag. 319 e segg.) il quale prospetta “*l'eventualità di una rinegoziazione assistita per via extragiudiziale*” auspicando “*un'assistenza non già di taglio mediatore, bensì di sostanza decisoria e che sia garantita l'elevata professionalità delle strutture decisorie*”. Sul punto v. pure RABITTI M., *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, in *www.diritto.bancario.it*, 23 aprile 2020.