

CONTRATTO ED EMERGENZA SANITARIA IN ITALIA**CONTRATO E EMERGÊNCIA SANITÁRIA NA ITÁLIA****CONTRACT AND HEALTH EMERGENCY IN ITALY****Fabrizio Piraino¹****RIASSUNTO**

Questo articolo si propone di analizzare il disastro globale causato dall'epidemia di COVID-19 che ha turbato l'esistenza di quasi tutta l'umanità. Esaminare le significative limitazioni alle libertà individuali e collettive per proteggere la salute pubblica e, in secondo luogo, mitigare il più possibile l'impatto della pandemia sulle attività economiche. L'attenzione dell'articolo si concentrerà esclusivamente sulle norme che impattano sulla disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti, tralasciando le importantissime disposizioni in materia di rapporti di lavoro, contratti di mutuo, contratti bancari e assicurativi, ecc. Verificherà fino a che punto la situazione sociale, sanitaria, economica e istituzionale determinata dalla pandemia rappresenti uno stato di emergenza, non dissimile dal dopoguerra, ma che non deve e non può essere considerato uno stato di eccezione.

Parole Chiave: Covid-19 - Libertà individuali e collettive - Salute pubblica - Obbligazioni e contratti - Stato di eccezione

RESUMO

O presente artigo visa analisar o desastre global causado pela pandemia de COVID-19 que perturbou a existência de quase toda a humanidade. Além disso, examinar as limitações significativas às liberdades individuais e coletivas para proteger a saúde pública e, em segundo lugar, mitigar tanto quanto possível o impacto da pandemia nas atividades econômicas. A atenção do artigo se concentra exclusivamente nas regras que impactam na disciplina geral de obrigações e contratos, ignorando as disposições muito importantes sobre relações de trabalho, contratos de empréstimo, contratos bancários e de seguros etc. Verificará em que medida a situação social, sanitária, econômica e

¹ Professore associato di Diritto privato dal 1° gennaio 2015 presso l'Università degli Studi di Palermo. Dottorato di ricerca in Diritto civile italiano ed europeo (XVIII ciclo) presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre. Affiliazione: Università degli Studi di Palermo ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6433-8498>. E-mail: fabrizio.piraino@unipa.it

institucional determinada pela pandemia representa um estado de emergência, não muito diferente dos períodos do pós-guerra, mas que não deve e não pode ser considerado um estado de exceção.

Palavras-chave: Covid-19 - Liberdades individuais e coletivas - Saúde pública – Obrigações e contratos – Estado de exceção

ABSTRACT

This paper aims to analyze the global disaster caused by the COVID-19 pandemic that has disrupted the existence of almost all of humanity. In addition, examine the significant limitations on individual and collective freedoms to protect public health and, secondly, to mitigate as much as possible the impact of the pandemic on economic activities. The attention of the article focuses exclusively on the rules that impact on the general discipline of obligations and contracts, ignoring the very important provisions on labor relations, loan contracts, banking and insurance contracts, etc. It will verify to what extent the social, health, economic and institutional situation determined by the pandemic represents a state of emergency, not unlike the post-war periods, but which should not and cannot be considered a state of exception.

Keywords: Covid-19 - Individual and collective liberties - Public health - Obligations and contracts - State of exception

1. INTRODUZIONE

La sciagura mondiale provocata dall'epidemia da COVID-19 ha stravolto l'esistenza di pressoché tutta l'umanità, in termini grosso modo identici. Agli ordinamenti giuridici ha imposto, in primo luogo, di fronteggiare il diffondersi dell'epidemia con misure di contenimento che hanno determinato significative limitazioni delle libertà individuali e collettive a tutela della sanità pubblica e, in secondo luogo, di attenuare per quanto possibile l'impatto della pandemia sulle attività economiche. I primi provvedimenti in ordine di tempo hanno presentato un carattere più marcatamente emergenziale; mentre i successivi si caratterizzano per l'obiettivo di istituire nuovi equilibri. La normativa di contenimento, prima, e di contrasto, poi, degli effetti economico-sociali provocati dalla pandemia investe ogni settore dell'ordinamento giuridico, ma in questa sede l'attenzione si concentrerà esclusivamente sulle norme che impattano sulla disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti, tralasciando le pur relevantissime disposizioni in materia di rapporti di lavoro, di contratti di finanziamento, di contratti bancari e assicurativi, specie sotto il profilo della sottoscrizione semplificata, di rapporti societari, di contratti di fornitura, nonché di procedure esecutive etc. Per non

parlare delle disposizioni in tema di tutela della salute, le quali avranno ricadute certe sul contenzioso sulla responsabilità sanitaria².

È opinione condivisa che la situazione sociale, sanitaria, economica e istituzionale determinata dalla pandemia rappresenti uno stato d'emergenza, non tanto dissimile dai periodi post-bellici³, ma che non debba e non possa essere considerata uno stato d'eccezione⁴. Ciò avrebbe infatti equivalso a manifestare la disponibilità, o anche l'acquiescenza, alla temporanea sospensione della democrazia e a un allentamento dei meccanismi che ne garantiscono e presidiano il funzionamento, giacché in senso schmittiano lo stato d'eccezione è la condizione che mette a nudo il potere su cui poggia un ordinamento e che impone la decisione politica fondamentale: quella di proteggere gli amici e di combattere i nemici⁵.

Le principali disposizioni in materia di obbligazioni e contratti sono contenute in Decreti Legge (D.L. 23 febbraio 2020, n. 6; D.L. 2 marzo 2020, n. 9; D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia"; D.L. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. "Liquidità") ora in parte abrogati e in parte convertiti, dalle L. 5 marzo 2020, n. 13, di conversione del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, e L. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 e di abrogazione dei D.L. n. 9/2020, 8 marzo 2020, n. 11 e L. 9 marzo 2020, n. 14; nonché il D.L. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. "decreto rilancio", convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77, che reca misure urgenti in materia di salute, di sostegno al lavoro e all'economia, oltre che di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19⁶. All'impalcatura originaria sono state apportate correzioni e aggiunte per stratificazione ad opera di ulteriori Decreti Legge: il D.L. 14 agosto 2020, n. 104 convertito con modificazioni dalla L. 13 ottobre 2020, n. 126; il

² Per una prima riflessione collettiva cfr. AA.VV., *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, a cura di C. Cicero, Napoli, 2020, *passim*.

³ Questa è la chiave di lettura adottata da G. D'Amico, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *Contratti*, 2020, p. 253 ss. Cfr. anche A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, p. 213. Lo rileva anche, molto efficacemente, G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2020, p. 424 ss. Il quale ricorda gli importanti contributi di alcuni dei più autorevoli civilisti sulle conseguenze di sistema e di ordine valoriale emerse dalle macerie della prima Guerra mondiale: F. Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, (1919) in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, p. 377 ss., G. Carrara, *La legislazione di guerra e il sistema del diritto privato*, in *Rivista internazionale di scienze sociali e discipline ausiliarie*, 1920, p. 256 ss.; F. Ferrara, *Diritto di guerra e diritto di pace*, (1918), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1954, p. 70 ss. Sulla legislazione di guerra e i contributi della scienza civilistica cfr. L. Moscati, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2016, p. 349 ss. Sulle conseguenze economiche del primo conflitto mondiale cfr. A. Somma, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell'ordine economico nell'esperienza italiana*, in *Historia et ius*, 2019, p. 1 ss.

⁴ In senso diverso v. G. Agamben, *Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata*, in *Il Manifesto*, 26 febbraio 2020.

⁵ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934; trad. it. *Teologia politica*, in *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio - P. Schiera, Bologna 1972, p. 33 ss.

⁶ Cfr. F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, p. 485 ss.

D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176; il D.L. 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni dalla L. 21 maggio 2021, n. 69; il D.L. 25 maggio 2021, n. 73.

A tali fonti primarie si è affiancato, specie nella prima fase della gestione delle ricadute della pandemia, un nugolo di provvedimenti normativi di natura secondaria, non aventi forza di legge, muniti della forma di Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.).

L'emergenza sanitaria ha alimentato un ampio dibattito che si è concentrato, dapprima, sulla portata delle prime norme emergenziali in materia di obbligazioni e di contratti⁷ e, in seguito, sulle conseguenze di medio periodo sui contratti in essere e su quelli in via di stipulazione provocate dalla crisi economica generata dalla pandemia⁸. Il fervore dottrinale ha preceduto i primi interventi giurisprudenziali, dei quali si darà conto nel prosieguo, incentrati specialmente sui contratti di durata. Al cospetto dell'emergenza e delle drastiche risposte normative alcuni osservatori hanno trovato spunto per formulare considerazioni di carattere generale: dalla necessità di rinsaldare i vincoli comunitari, all'urgenza di far prevalere soluzioni improntate al principio della solidarietà sociale⁹ sino alla critica del positivismo di impianto legalistico. Altri hanno ritenuto di rintracciare nella situazione emergenziale l'occasione per l'introduzione di istituti da tempo auspicati o addirittura il momento epocale per una palingenesi del diritto civile sulla base di valori radicalmente diversi. Altri ancora hanno collocato il dramma della pandemia anche nel più ampio contesto dei rapporti tra l'Unione europea e gli Stati nazionali e dell'emergenza ambientale¹⁰. Si è anche sentita l'esigenza di riflessioni di più ampio respiro, volte a inquadrare il dramma della pandemia nella dimensione storica, leggendolo anche tramite le lenti della letteratura¹¹. E da ultimo non è mancato chi, con voce alta e sguardo

⁷ Una prima valutazione delle conseguenze della pandemia e delle misure normative di contenimento emerge dall'intervista di V. Roppo-R. Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, in *Giustizia insieme*, 2020.

⁸ Valutazioni sul campo lungo e meno condizionate dal vaglio esegetico delle norme emergenziali sono formulate, a distanza di un anno dall'inizio dell'emergenza sanitaria, da U. Carnevali, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, in *Contratti*, 2021, p. 145 ss.; M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 1 ss.; G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'a.

⁹ Sotto questo specifico profilo particolarmente articolata e sorretta da una precisa visione del mondo è la proposta, formulata da U. Mattei - A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziavivile.com*, 2020, p. 8 ss., di attingere al principio di solidarietà sociale, ma non in chiave tradizionalmente difensiva nei confronti di comportamenti scorretti di controparte, ma in termini più squisitamente proattivi, finalizzati all'affermazione di un diverso modo di intendere il mercato sulla base dei nuovi valori, tra i quali la cura dell'ambiente e del territorio e il consumo critico, in nome di una produzione sostenibile.

¹⁰ G. Grisi, *La lezione del Coronavirus*, in *Jus civile*, 2020, 197 ss., p. 203 ss.

¹¹ Cfr. Entrevista a Leysser León Hilario, *COVID-19, Crisis sanitaria y retos del derecho civil. Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales*, in *Gaceta civil & procesal civil*, 2020, p. 11 ss.

profondo, ha colto da questa esperienza collettiva stravolgente spunti per riflettere sulle condizioni dell'obbedienza e sul percorso individuale per giungervi¹².

Al fondo di queste impostazioni si agita, con ogni probabilità, l'urgenza di non sminuire la portata storica della pandemia e delle conseguenze sociali, economiche e politiche cui essa darà la stura¹³. Da qui la propensione a ricercare nelle pieghe di questa tragedia un lascito, più o meno ambizioso, che scongiuri il rischio di una banalizzazione degli eventi e che consenta di ricavare dall'eccezionalità un nuovo ordine, che aiuti a dare un senso più alto a questa vicenda senza pari. Dal canto mio, credo che tutto ciò sia legittimo¹⁴ e che la messa in discussione delle convinzioni sociali, economiche e giuridiche fin qui dominanti rappresenti un passaggio ineliminabile¹⁵. Ritengo tuttavia preliminare l'assolvimento della missione prima di uno studioso del diritto civile: maneggiare gli strumenti dell'interpretazione dei testi normativi e le categorie sistematiche con l'obiettivo della conservazione dell'ordine sociale e, in una fase così convulsa e con pochi punti di riferimento, del contenimento entro limiti accettabili delle soluzioni normative eccezionali, come tali non integrabili nel sistema delle norme. Ecco perché nel corso dello studio si privilegeranno gli esiti applicativi che si rivelino, invece, plausibili sulla base del diritto generale e speciale¹⁶. D'altro canto, a una prima valutazione, la disciplina emergenziale non è apparsa agli osservatori più autorevoli dotata di una forza dirompente degli istituti tradizionali del diritto delle obbligazioni e dei contratti¹⁷.

2. IL QUADRO NORMATIVO: L'ART. 3, COMMA 6 BIS, D.L. 23 FEBBRAIO 2020, N. 6 NEI CONTRATTI A ESECUZIONE ISTANTANEA

Come di recente osservato¹⁸, il dibattito sulla sorte dei contratti pendenti in corso di pandemia si è polarizzato intorno a due posizioni di massima. Da un lato si collocano quanti hanno ritenuto che

¹² N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, *passim*, in part. p. 13 ss., p. 111 ss.

¹³ Emblematici gli spunti di riflessione alta suggeriti da G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020.

¹⁴ Ho espresso questo giudizio in F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., pp. 486-487.

¹⁵ In questa prospettiva si colloca il volume collettaneo K. Pistor, (a cura di), *Law in the Time of COVID-19* (2020). Books. 240, in <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>, dove lo sguardo spazia dalle ricadute sui diritti umani, sulla vita pubblica e sul benessere sociale (dai problemi elettorali, al sistema sanitario sino alla tutela dell'ambiente) sino alle questioni legate alla protezione dei dati personali e infine alle ricadute di ordine contrattuale o sulla crisi delle imprese.

¹⁶ Una convinzione analoga, sebbene fondata su presupposti metodologici differenti, esprime G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., pp. 425-426. Una medesima posizione, per di più ancorata a presupposti culturali e metodologici comuni a quelli di chi scrive, è assunta da E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus civile*, 2020, p. 465 ss.

¹⁷ G. D'Amico, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, cit., p. 256.

¹⁸ G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presunzione*, cit., §§ 1 e 5.

l'emergenza offra un'inequivocabile conferma dell'inadeguatezza della disciplina codicistica del contratto, specie sul versante della gestione delle sopravvenienze, traendone l'auspicio di un suo rinnovamento già in sede emergenziale o post-emergenziale. Dall'altro lato, si attestano coloro che ritengono, tutt'al contrario, che non sia opportuno in questa fase compiere modifiche del diritto generale, così da non farsi prendere la mano dall'urgenza e da una certa dose di emotività, tanto più che alcuni degli interventi sollecitati non godevano, già prima dello scoppio dell'emergenza, di quell'ampia condivisione che, al limite, avrebbe potuto giustificare l'accelerazione del loro inserimento nel corpo del codice civile.

Una volta varato lo stato di emergenza, più volte prorogato, è stato possibile dare il la a quel lungo susseguirsi di decreti legge e di decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri che hanno delineato il quadro delle disposizioni in materia di obbligazioni e di contratti. Voci autorevoli hanno censurato la genericità delle norme emergenziali, reputata tale da sconfinare nell'ambiguità, auspicando interventi più mirati e meno ambigui¹⁹. Bisognerebbe tener conto, però, di quell'elemento di razionalità insito nella scelta di ricorrere a disposizioni d'emergenza non eccessivamente dettagliate ma di respiro ampio, così da avere a disposizione strumenti regolativi adattabili a scenari difficili da prevedere, specie all'inizio dello stravolgimento impensabile dell'ordinario corso dell'esistenza di individui e gruppi sociali determinato dal diffondersi dell'epidemia. Il legislatore dell'emergenza non ha fatto altro che attingere al diritto generale delle obbligazioni e dei contratti²⁰, limitandosi a collegare la loro applicazione alle situazioni di impedimento, di vera e propria impossibilità di agire e di difficoltà economica prodotte dalla pandemia e dalle misure necessarie a contenerla²¹. In altri termini, la normativa dell'emergenza ha operato prevalentemente sull'individuazione dei fatti condizionanti, vale a dire sulla protasi della fattispecie. Quel che forse ha destato stupore in alcuni è l'attitudine del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti a fronteggiare l'eccezionalità. Un sentimento di meraviglia però ingenuo, perché il massimo grado di generalità e di astrattezza raggiunto nel diritto generale persegue non soltanto il pur nobilissimo – e oggi troppo spesso trascurato, se non addirittura sbeffeggiato – invero del principio di eguaglianza formale, ma anche il fine della duttilità

¹⁹ G. 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 *NLCC*, 2020, p. 574.

²⁰ Analoga valutazione è stata compiuta sin da subito da V. Roppo, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, cit., pp. 9-10 ed è condivisa anche da U. Carnevali, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, cit., p. 148: «Gli effetti della pandemia sul singolo contratto sono stati e restano governati dai principi del diritto comune dei contratti e delle obbligazioni. Infatti, le misure di contenimento della diffusione del virus configurano il classico *factum principis* e di conseguenza ricorrono, per le obbligazioni di dare (cose diverse dal denaro) e di fare, gli artt. 1463, 1464 e 1256, comma 2, c.c., come si trae indiretta conferma dal comma 6-bis dell'art. 3 sopra richiamato, che è l'unica norma speciale emanata dal legislatore in tema di adempimento delle obbligazioni».

²¹ Considerazione comune anche a G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 2.

dell'ordinamento giuridico. Norme ad alto tasso di generalità e astrattezza esaltano le potenzialità del linguaggio normativo²², e dunque la forza incrementativa dell'ermeneutica. Se a ciò si associano gli strumenti della dogmatica, si ottiene il risultato di conferire agli enunciati del diritto generale contenuti rinnovati e attuali.

La disposizione più significativa in materia di obbligazioni e di contratti è rappresentata, senza dubbio, dall'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020, introdotto dall'art. 91, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", in forza del quale «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».

Si tratta indiscutibilmente della disposizione che, almeno potenzialmente, è di maggiore impatto sul versante civilistico, delineando la fattispecie di governo dei rapporti obbligatori e di quelli contrattuali nella fase dell'emergenza di massima portata applicativa. E non è un caso se su di essa si siano concentrate le riflessioni di quasi tutti i primi commentatori della normativa contrattuale²³.

²² Una recente ricca riflessione sul connubio tra diritto e linguaggio è offerta da M. Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, *passim*, in part. p. 63 ss., ma resta il nodo del linguaggio valutativo, che non enuncia fatti ma valori, anch'esso oramai saldamente penetrato nel perimetro del diritto.

²³ Senza alcuna pretesa di esaustività: cfr. A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; A.M. Benedetti - R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 2020; A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., p. 213 ss.; Id., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; A.M. Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, Speciale Emergenza Covid-19, n. 2, p. 143 ss.; G. Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *NGCC*, suppl. n. 3, 2020, p. 57 ss.; G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, p. 3 ss.; F. Macario, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss.; Id., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, Speciale Emergenza Covid-19, n. 1, p. 207 ss.; S. Verzoni, *Gli effetti sui contratti in corso dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, *ivi*, n. 1, p. 213 ss.; A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, n. 1, p. 227 ss.; V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, n. 1, p. 233 ss.; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, *ivi*, n. 2, p. 235 ss.; F. Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, n. 1, p. 237 ss.; P. Chiarella, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, n. 1, p. 253 ss.; M. Rubino De Ritis, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, *ivi*, n. 1, p. 259 ss.; R. Santagata, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, *ivi*, n. 2, p. 225 ss.; C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, *ivi*, n. 2, p. 159 ss.; Id., *Il governo delle soppravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 581 ss.; L. Salvato, *Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)*, *ivi*, n. 2, p. 21 ss.; D. Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, n. 2, p. 3 ss.; M. Maggiolo, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, *ivi*, n. 1, p. 39 ss.; F. Fimmanò, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, *ivi*, n. 1, p. 31 ss.; A. Panzarola - M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, n. 1, p. 3 ss.; R. Di Raimo, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, n. 2, p. 151 ss.; M. Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle soppravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*,

Secondo taluno, la norma in questione prevede una misura di contenimento in punto di responsabilità per inadempimento del debitore, atteso che si tratterebbe di un inadempimento di natura esclusivamente formale, dovuto all'osservanza delle disposizioni di governo del rischio sanitario

ivi, n. 2, p. 245 ss.; M.R. Maugeri, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, *ivi*, n. 2, p. 11 ss.; S. Guadagno, *La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; S. Delle Monache, *Garanzie rilasciate da SACE S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998*, *ivi*; E. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, *ivi*; R. Morello, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, *ivi*; S. Landini, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*, *ivi*; R. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, *ivi*; G. Facci, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*; L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, *ivi*; U. Mattei - A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit.; Grisi, *La lezione del Coronavirus*, cit., 190 ss.; A.A. Dolmetta, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *www.ilcaso.it*, 11 aprile 2020; T. dalla Massara, *Emergenza sanitaria ed esigenza di regole: scenari e proposte*, in *dirittobancario.it*, 30 marzo 2020, p. 1 ss.; E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 465 ss.; V. Barba, *Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del COVID-19 actualizado al 6 de abril de 2020*, in *Revista de Derecho Civil*, 2020, p. 75 ss.; A. Federico, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 236 ss.; A.M. Benedetti, *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020)*, *ivi*, p. 266 ss.; E. Ferrante, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, *ivi*, p. 300 ss.; M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, *ivi*, p. 314 ss.; L. Ruggeri - M. Giobbi, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, *ivi*, p. 340 ss.; O. Clarizia, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, *ivi*, p. 352 ss.; G. Iorio, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, *ivi*, p. 366 ss.; L. Coppo, *Il diritto a rifiutare la prestazione parziale: una lettura solidaristica*, *ivi*, 396 ss.; C. Crea, *Contractual business network e pandemia: a forward-looking agenda?*, *ivi*, p. 408 ss.; G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, *ivi*, p. 422 ss.; C. Irti, *"Contratti di soggiorno" e COVID-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, *ivi*, p. 458 ss.; R. Senigaglia, *"Contratti di soggiorno" e COVID-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale*, *ivi*, p. 468 ss.; S. Polidori, *Emergenza epidemiologica e obblighi di rinegoziare nei contratti del calcio professionistico*, *ivi*, p. 480 ss.; G. Alpa, *Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts*, in *Derecho de los Desastres: Covid-19*, II, Lima, 2020, p. 1295 ss.; C. Scognamiglio, *Legislatore e giudice nel governo delle sopravvenienze contrattuali originate dalla pandemia COVID-19*, *ivi*, p. 1309 ss.; P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19*, *ivi*, p. 1325 ss.; F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti in Italia*, *ivi*, p. 1339 ss.; F.sca Benatti, *The COVID-19 crisis beyond civil liability*, *ivi*, p. 1387 ss.; Id., *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 198 ss.; Ch. Twigg - Flesner, *A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or what?*, in *Law in the Time of COVID-19*, cit., p. 155 ss.; G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 571 ss.; A. Pepe, *L'emergenza sanitaria da coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero*, in *NGCC*, 2020, p. 596 ss.; T. dalla Massara, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contratti*, 2020, p. 351 ss.; C. Di Bitonto, *I contratti commerciali resilienti nell'Era Covid-19: tra codice civile e clausole di gestione delle "sopravvenienze"*, *ivi*, 2020, p. 361 ss.; V. Pandolfini, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, *ivi*, 2020, p. 308 ss. Per una panoramica sulle soluzioni adottate in ordinamenti diversi cfr. AA.VV., *Derecho de los Desastres: Covid-19*, a cura di S. García Long, t. I e II, Lima, 2020, *passim*; AA.VV., *IL consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID-19*, a cura di V. Rizzo-L. Mezzasoma-E. Llamas Pombo-G. Berti de Marinis, Napoli, 2021, *passim*; AA.VV., *Coronavirus and the Law in Europe*, a cura di E. Hondius-M. Santos Silva-A. Nicolussi- P. Salvador Coderch-Ch. Wendehorst-F. Zoll, Antwerp-Oxford-Portland, 2021, *passim*.

connesso al COVID-19. Ne deriva che, se l'inadempimento dovesse dipendere da altre ragioni, la disposizione non troverebbe applicazione e il debitore risulterebbe normalmente responsabile ex art. 1218 c.c. La norma in commento delineerebbe, dunque, una causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento, oltretutto una causa legale di sospensione dell'adempimento che è ispirata dal medesimo principio che soggiace all'*exceptio inadimpleti contractus*²⁴.

Non manca chi rintraccia, invece, la *ratio* della norma nel favorire, pur evitando automatismi eccessivi, l'adattamento del rapporto obbligatorio all'emergenza in corso, in un'ottica di solidarietà sociale, che costituisce - com'è noto - il principio costituzionale abitualmente invocato in sede di concretizzazione della buona fede oggettiva nel quadro della *mittelbare Drittwirkung*, ma che non dovrebbe essere enfatizzato oltre misura, affidandone piuttosto la concretizzazione al legislatore dell'emergenza²⁵, secondo una linea di sviluppo che trova consensi anche in giuristi stranieri²⁶.

Nel segno della preferenza per rimedi imperniati su un certo automatismo, sembrano orientarsi le proposte di coloro che prediligono il ricorso a forme di autotutela contrattuale (come, ad esempio, la modifica unilaterale dei termini del contratto, ovvero il richiamo alla situazione di dipendenza economica) giustificate dall'attuale situazione emergenziale²⁷. L'enorme attenzione riservata in dottrina all'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 non è stata ripagata dalla fortuna applicativa, visto lo scarso suo impiego da parte della giurisprudenza in sede cautelare. Agli occhi di un osservatore autorevole ciò è dipeso dall'infelice formulazione della norma²⁸, ma è probabile che abbia pesato maggiormente il rinvio operato dalla norma agli istituti del diritto generale delle obbligazioni e del contratto, il che ha indotto la giurisprudenza a fondare le proprie decisioni direttamente su tali istituti.

3. L'IMPOSSIBILITÀ TEMPORANEA DELLA PRESTAZIONE

In prospettiva dogmatica, l'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 integra il riconoscimento *ex lege* dell'impossibilità temporanea non imputabile al debitore ex art. 1256, comma 2, c.c.²⁹. Certo, occorre

²⁴ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., p. 213 ss., ma anche Id., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., p. 4 ss. A favore della qualificazione come causa di giustificazione *extra ordinem* è anche G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus COVID-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 589.

²⁵ C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., p. 163.

²⁶ L. León Hilario, *COVID-19, Crisis sanitaria y retos del derecho civil*, cit., p. 16.

²⁷ A.M. Benedetti - R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit.

²⁸ U. Carnevali, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, cit., p. 146.

²⁹ Il punto trova concordi diversi autori A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., p. 216; A.A. Dolmetta, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit., pp. 3-4; S. Verzoni, *Gli effetti sui contratti in corso dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, cit., 214 ss., specie con riferimento ai contratti di locazione; R. Franco, *Emergenza. Diritto*

valutare quanto nel concreto rapporto obbligatorio in esame le misure sanitarie possano incidere sulla possibilità di adempimento da parte del debitore nonostante il periodo di blocco forzato delle attività e di confinamento in casa. La norma non pone, quindi, una “giustificazione” generalizzata all’inadempimento, ma disciplina una clausola preclusiva della responsabilità del debitore per sospensione del rapporto obbligatorio, determinato da impossibilità temporanea della prestazione adempimento, il cui impatto va accertato caso per caso, senza il riconoscimento di alcun generalizzato effetto giustificativo³⁰.

In via preliminare va segnalato che l’effetto sospensivo dell’obbligazione provocato dal *factum principis*³¹ incorporato nell’art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 è stato legato in prima battuta al rispetto delle misure limitative delle libertà individuali di spostamento e di riunione, nonché di larga parte delle attività economiche³². Alla base di tale *factum principis* non si agita una semplice scelta politica, ma una vicenda eccezionale di *vis maior*, che le norme emergenziali hanno avuto cura di formalizzare³³. Il dato non è irrilevante perché l’art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 e le altre disposizioni sull’impossibilità che verranno esaminate ancorano l’effetto ora estintivo ora sospensivo delle

delle obbligazioni. Umanità, pp. 8-9, p. 10 ss.; G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 428 ss.; E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 483 ss., p. 499 ss.

³⁰ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, cit., p. 214: «l’osservanza delle misure di contenimento deve essere ‘valutata ai fini dell’esclusione della responsabilità del debitore’; questo dovrebbe significare che non vi è automatismo tra ‘osservanza delle misure di contenimento’ ed ‘esclusione’ della responsabilità del debitore, ma che, piuttosto, il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell’inadempimento».

³¹ Così U. Carnevali, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, cit., p. 148.

³² Analoghe considerazioni compie L. León Hilario, *COVID-19, Crisis sanitaria y retos del derecho civil*, cit., p. 23 nel contesto dell’ordinamento peruviano.

³³ In dottrina è stata prospettata una diversa interpretazione secondo cui l’art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 non si riferisce all’impossibilità in senso stretto, ma all’inesigibilità della prestazione connessa alla circostanza che il rispetto delle misure emergenziali ha, per esplicita previsione di legge, creato «ostacoli e impedimenti (astrattamente superabili con uno sforzo non esorbitante i limiti della diligenza cui il debitore è tenuto ex art. 1176 c.c., ma) a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli e far incorrere il debitore che non ponga in essere uno sforzo siffatto nelle conseguenze giuridiche tipicamente connesse alla responsabilità per inadempimento di una obbligazione»: G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 579 ss. In buona sostanza, per De C. la previsione dell’art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 costituisce una causa *extra ordinem* di giustificazione della responsabilità contrattuale e non già un’applicazione dell’istituto dell’impossibilità definitiva o temporanea o - come l’a. espressamente sostiene - una causa eccezionale di esonero dalla responsabilità contrattuale, la quale non incide però né sull’eseguibilità né sull’esigibilità della prestazione (*ibidem*, 589). La proposta interpretativa è molto suggestiva, ma, per un verso, non sembra una soluzione obbligata dal tenore letterale della disposizione e, per altro verso, rischia di restringere la portata della norma ai soli rapporti contrattuali già inadempiti alla data di entrata in vigore delle misure di contenimento del virus o comunque in scadenza durante il periodo della vigenza di queste ultime, escludendo tutti quei rapporti destinati a essere eseguiti dopo la cessazione delle misure di contenimento ma per i quali è necessaria un’attività preparatoria dell’adempimento che avrebbe dovuto essere predisposta proprio durante i mesi in cui sono state in vigore tali misure. *Contra* anche G. D’Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 2 nt. 4.

obbligazioni e dei vincoli contrattuali al perdurare, assai limitato nel tempo, dell'efficacia di tali norme emergenziali; ma il sostrato socio-economico della forza maggiore e il suo effetto impeditivo di talune prestazioni potrebbero perdurare oltre il vigore delle disposizioni che la formalizzano³⁴. Ovviamente si ribalteranno i pesi probatori: mentre ora il debitore si può limitare a invocare la previsione normativa, allegando le prescrizioni di contenimento del contagio che precludono la sua attività solutoria³⁵, e altrettanto può fare il creditore in caso di impossibilità per inutilità della prestazione³⁶; quando le norme eccezionali avranno cessato di produrre i loro effetti, spetterà a chi fa appello alla forza maggiore la prova della sua perdurante efficacia preclusiva dell'adempimento o dell'utilizzazione della prestazione³⁷. Questa lettura ha ricevuto un autorevole avallo, con la precisazione che la norma introduce una presunzione di sussistenza del nesso di causalità tra la causa impeditiva rappresentata dal rispetto delle misure di contenimento della pandemia e le prestazioni esigibili o in corso di svolgimento³⁸.

Le scelte compiute nell'art. 3, comma 6 bis, D.L. n. 6/ 2020 paiono a un acuto osservatore criticabili sia per la laconicità del testo sia per la sua sostanziale ambiguità, soprattutto perché, a differenza di altri ordinamenti europei, quello italiano ha ritenuto di non fornire alcun contenimento dell'ambito di applicazione della norma né di natura oggettiva, legata alla tipologia o alla causa del contratto oppure al carattere di durata o meno della prestazione, né di natura soggettiva, ad esempio circoscrivendolo ai consumatori e alle microimprese, sul modello del tedesco³⁹ art. 240, par. 1, EGBGB⁴⁰. Né manca chi rimarca la vaghezza⁴¹ - ma forse sarebbe meglio parlare di genericità - della formula "è sempre valutato ai fini dell'esclusione" adoperata dalla disposizione in esame.

³⁴ R. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., p. 6 ss.

³⁵ Ovviamente è incluso nell'onere della prova della parte impossibilitata la dimostrazione del collegamento tra il rispetto delle misure di contenimento e l'impossibilità, definitiva, parziale o temporanea, specie alla luce della natura della prestazione che si assume impedita. Un aspetto, questo, opportunamente sottolineato da M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p. 19 ss.

³⁶ In tal senso A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., p. 216; R. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., p. 14 ss.

³⁷ Questa è la posizione che ho espresso già a ridosso dell'emanazione della norma in esame: F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., pp. 489-490.

³⁸ G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 2 nt. 5.

³⁹ G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 575 ss. Concorda U. Carnevali, *Emergenza Covid-19: un anno dopo*, cit., p. 147.

⁴⁰ Per un'analisi del diritto tedesco e, in particolare, dell'art. 240 EGBGB cfr. F. Azzarri, *Corona-Krise e diritto tedesco delle obbligazioni e dei contratti: le sopravvenienze della pandemia tra BGB e legislazione speciale*, in *Jus civile*, 2021, p. 302 ss., in part. p. 317 ss. R. Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, cit., p. 9 sottolinea l'attenzione della norma tedesca a contrastare il *moral hazard* dei debitori che, invocando il pretesto della pandemia, sono straordinariamente inclini a sospendere o ridurre il flusso dei pagamenti anche se non versano in una crisi di liquidità.

⁴¹ dalla Massara, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, cit., p. 351.

Nonostante tali critiche, sembra possibile sottoporre la norma in esame a una lettura in chiave dogmatica capace di renderla più pregnante nel contenuto e coerente in una prospettiva sistematica. In primo luogo, va precisato che le conseguenze dell'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 mutano sensibilmente a seconda che il rapporto obbligatorio presenti natura istantanea o, al limite, a tratto successivo (ad attuazione successiva o protratta nel tempo per esigenze strumentali all'adempimento), oppure natura di durata. La "moratoria" dell'inadempimento o del ritardo sulla prima tipologia di obbligazioni mira a posticipare l'attuazione del vincolo alla revoca delle misure che rendono temporaneamente impossibile la prestazione⁴²e, senza imputare a responsabilità del debitore la ritardata prestazione, con conseguente sospensione della controprestazione in applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*⁴³ che, in sede giudiziaria, fonda autotutela attuata mediante l'*exceptio inadimplenti contractus* di cui all'art. 1460 c.c.⁴⁴. È noto, infatti, che una corrente di pensiero radicata ritiene applicabile tale eccezione dilatoria anche nel caso di violazione non imputabile del contratto, come, per l'appunto, quella determinata da un'impossibilità non colposa di carattere temporaneo⁴⁵. Ovviamente tale prolungamento della fase attuativa del vincolo potrebbe produrre riflessi sull'equilibrio del sinallagma, qualora si tratti di obbligazioni nascenti da contratti con prestazioni corrispettive, ma i margini di influenza paiono ridotti e, per lo meno in termini generali, non vi sono ragioni che giustifichino una modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio. Venuta meno la causa di impossibilità temporanea, l'obbligazione tornerà a dispiegare i suoi effetti in chiave solutoria.

Com'è naturale, è ben possibile che il protrarsi della causa di impossibilità trasformi la temporaneità in definitività, come, d'altro canto, prevede l'art. 1256, comma 2, c.c. decretando l'estinzione dell'obbligazione «se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla». Tale disposizione generale

⁴² *Contra* G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., pp. 589-590, il quale, pertanto, giunge ad escludere che il rispetto delle misure di contenimento da parte del debitore che hanno inciso sul vincolo obbligatorio conferiscano a questi un'eccezione in senso stretto di natura sostanziale di rifiuto legittimo di prestare (*ibidem*, p. 588).

⁴³ Sul principio cfr. F. Addis, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 57 ss.

⁴⁴ A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, cit., p. 216 parla al riguardo di una causa legale di sospensione della controprestazione, «estranea, quanto ai presupposti, al contesto proprio dell'*exceptio inadimplenti contractus* ex art. 1460 c.c.».

⁴⁵ A.M. Benedetti, *Le autotutele contrattuali*, Artt. 1460-1462 in *Il Codice Civile*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 54; V. Roppo, *Il contratto*², in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2011, pp. 920-921; L. Bigliuzzi Geri, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, II, Bologna-Roma, 1988, p. 18 ss. Per un ampio esame della figura anche alla luce del diritto latino-americano, specie colombiano, cfr. C.A. Chinchilla Ibbett, *La excepción de incumplimiento contractual*. Estructura, función y límites, Bogotá, 2017, *passim*, in part. p. 197 ss. e, con specifico riferimento al ricorso anche in caso di impossibilità non imputabile, p. 342.

comporta sul terreno del contratto il ricorso alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale ex art. 1463 c.c., la quale libera dalle prestazioni non ancora eseguite e determina la ripetizione di quelle già attuate, secondo la disciplina della ripetizione dell'indebitto, salve deroghe come quelle che sono previste dalla legislazione d'emergenza e che verranno esaminate nel prosieguo. La normativa emergenziale ha fatto applicazione di tali regole generali in materia di contratti di viaggio, di pacchetti turistici e di soggiorno (art. 88 *bis*, D.L. n. 18/2020)⁴⁶, nonché in materia di contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura (art. 88, D.L. n. 18/2020)⁴⁷.

4. SEGUE. L'IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE NEI CONTRATTI DI DURATA

Ben diverse sono le conseguenze della norma sulle obbligazioni di durata, le quali - com'è noto - sono caratterizzate dalla centralità rivestita dal tempo, sotto forma di prolungamento del rapporto, per effetto della natura durevole dell'interesse creditorio, la cui realizzazione esige, dunque, una prestazione continuativa o periodica⁴⁸. Il tratto principale delle obbligazioni di durata va ricercato nella rilevanza del tempo, che qui non si atteggia a elemento strumentale all'adempimento, come potrebbe accadere nelle obbligazioni la cui attuazione richiede un certo lasso temporale di lavorazione o di procacciamento dei mezzi per attuarla, ossia nelle c.d. obbligazioni a tratto successivo (ad es. l'obbligazione dell'appaltatore di opere), ma come un requisito essenziale, intrinseco si potrebbe dire, dell'adempimento⁴⁹. Soltanto una prestazione prolungata o reiterata nel tempo è idonea a realizzare

⁴⁶ Un'acuta lettura della disposizione è offerta da G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 4, confrontandone il tratto di specialità rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 41 cod. tur.

⁴⁷ Sul punto cfr. R. Santagata, *Crisi sistemica da emergenza sanitaria ed effetti sui contratti turistici e di trasporto*, in *NLCC*, 2021, p. 85 ss.

⁴⁸ In tema di contratti di durata resta imprescindibile lo studio di G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 143 ss.; 227 ss. ed *ivi*, 1944, I, p. 18 ss. ora in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 200 ss. da cui le successive citazioni; ma v. anche, sotto il codice civile del 1865, G. Osti, *La c.d. clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss.; *Id.*, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, *ivi*, 1913, 471 ss. e L. Mossa, *Il contratto di somministrazione*, Sassari, 1914, *passim*; e sotto il codice vigente cfr. L. Devoto, *Appunti per una definizione delle obbligazioni ad esecuzione continuata*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 295 ss.; G. Osti, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 355 ss.; A. De Martini, *Obbligazioni di durata*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 655 ss.; S. Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, *passim*; A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 85 ss.; A. Chianale, *Obbligazioni di durata*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 394 ss.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 72 ss.; *Id.*, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, *passim*, in part. p. 89 ss.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 370 ss.; A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 501 ss.; F. Longobucco, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012, *passim*, in part. p. 12 ss. E in lingua spagnola cfr. E. Gabrielli, *Contribución al estudio de las tutelas contractuales*, Montevideo, 2018, p. 123 ss.

⁴⁹ G. Oppo, *I contratti di durata*, cit., pp. 218-223.

l'interesse del creditore e da ciò discende il carattere del suo soddisfacimento progressivo. Come chiarito dalla dottrina più autorevole: «la prestazione è determinata in funzione della durata stessa, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto. La durata funge, secondo l'espressione dell'Osti (cit.), da nota individuale della prestazione e non da modalità esecutiva di essa»⁵⁰. In altri termini, il connotato delle obbligazioni di durata risiede nel prolungamento nel tempo non tanto della fase dell'attuazione, la quale caratterizza anche le obbligazioni finalizzate a realizzare interessi non durevoli se la protrazione si rivela necessaria per approntare la prestazione; quanto piuttosto nella protrazione dell'interesse creditorio, la cui soddisfazione incorpora la realizzazione nel tempo, sicché, se le obbligazioni sono *ex contractu*, il tempo irrompe nella causa del contratto⁵¹.

Le ricadute applicative di questo connotato sono note: le prestazioni eseguite sono definitivamente acquisite dal creditore e, in caso di scioglimento del contratto (art. 1458, comma 1, secondo periodo, c.c.) o di perdita della sua efficacia per l'operare del meccanismo condizionale (art. 1360, comma 2, c.c.), ne è esclusa la ripetizione, in quanto la cessazione degli effetti non retroagisce. Nel caso invece di invalidità, le più profonde ragioni dell'inefficacia, ancorate a vizi strutturali o funzionali del negozio, non consente di escludere la retroattività dell'effetto caducatorio e allora, non essendo praticabile la ripetizione in natura, si deve ripiegare su quella per equivalente (arg. ex artt. 2037 e 2038 c.c.). La ragione alla base della regola dell'irripetibilità delle prestazioni eseguite in caso di cessazione degli effetti contrattuali e di quella della ripetizione per equivalente nel caso di inefficacia a seguito di invalidità è comune: i singoli atti solutori della prestazione continuativa e della prestazione periodica sono direttamente soddisfattivi e, quindi, vanno considerati acquisiti in via definitiva, giustificando quindi, anche in caso di risoluzione o di condizione risolutiva, il pagamento della porzione di corrispettivo a loro riferita.

I caratteri delle obbligazioni di durata così sommariamente riepilogati vanno tenuti in considerazione in sede di applicazione dell'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020. La moratoria legale e l'effetto sospensivo dell'obbligazione integra gli estremi dell'impossibilità temporanea di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. se l'obbligazione è ad esecuzione istantanea o, al limite, a lungo termine; mentre nelle obbligazioni di durata produce un effetto duplice. Sul piano del rapporto obbligatorio, tale effetto legale determina l'impossibilità definitiva non imputabile al debitore con riguardo alle prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite nelle unità di tempo durante le quali hanno operato le misure di contenimento del virus idonee a impedire la prestazione; mentre, sul piano del contratto, esso attua

⁵⁰ G. Oppo, *op. cit.*, p. 240.

⁵¹ A. Luminoso, *Il rapporto di durata*, cit., p. 501 ss.

un'impossibilità parziale ex art. 1464 c.c.⁵² in quanto la causa dell'impossibilità ha carattere transitorio e non rischia di travolgere la parte residua del contratto di durata⁵³.

In altri termini, la causa temporanea di impossibilità determina l'impossibilità definitiva delle prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite nelle unità di tempo in cui è stata in vigore la moratoria legata alle misure di contenimento del virus, in quanto la loro utilità è intimamente legata al tempo in cui erano programmate e, di conseguenza, la loro esecuzione non si presta ad essere posticipata, ma, in pari tempo, la natura congiunturale della causa preclude la configurazione dell'impossibilità definitiva anche dell'intero rapporto contrattuale⁵⁴ e, dunque, il ricorso al rimedio ablativo della risoluzione ex art. 1463 c.c.⁵⁵.

È celebre l'ammonimento di Luigi Mengoni a non sovrapporre l'impossibilità temporanea ex art. 1256, comma 2, c.c. all'impossibilità parziale ex art. 1464 c.c.⁵⁶, formulato in critica alla posizione di Andrea Torrente⁵⁷. La prima si caratterizza per il ritardo non imputabile, ma non incide sull'oggettiva consistenza della prestazione, potendo al massimo determinare una diminuzione del suo valore in termini soggettivi, ossia dal punto di vista della *contemplatio creditoris*⁵⁸. Tutt'al contrario, l'impossibilità parziale presuppone la divisibilità della prestazione e incide su una parte dell'oggetto, diminuendo la quantità oggettiva della prestazione: «nell'impossibilità parziale in senso tecnico, la diminuzione ha carattere oggettivo, è valutabile indipendentemente dalla *contemplatio creditoris*. Mentre, nell'impossibilità temporanea, la diminuzione di valore della prestazione è apprezzabile soltanto in rapporto all'interesse soggettivo del creditore: l'utilità oggettiva del bene dovuto rimane

⁵² Sul punto cfr. L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2002, p. 146 ss.; F. Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Artt. 1463-1466, Milano, 2003, p. 26 ss.; S. Pagliantini, sub art. 1464, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, IV, a cura di E. Navarretta - A. Orestano, Torino, 2011, p. 592 ss.

⁵³ Con riferimento ai contratti di locazione a uso commerciale cfr. G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 430 ss., nell'ottica del riequilibrio del rapporto. *Contra* U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 242 ss., il quale ritiene indispensabile il ricorso al giudice in forza dell'applicazione analogica degli artt. 1578 e 1584 c.c., in materia di vizi e riparazioni della cosa locata, mentre giudica la riduzione in autotutela della prestazione fomite di possibili opportunismi da parte del conduttore.

⁵⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*², Milano, 2012, pp. 405-406 ritiene che l'impossibilità temporanea possa essere assimilata all'impossibilità parziale e, di conseguenza, che sussistano i presupposti per l'applicazione (in via analogica) dell'art. 1464 c.c. anche nei casi d'impossibilità temporanea.

⁵⁵ La ragione sistematica alla base di tale soluzione risiede, dunque, nella possibilità di coniugare nei contratti di durata l'impossibilità temporanea di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. con la risoluzione parziale di cui all'art. 1464 c.c. e non tanto nell'efficacia immediata del principio implicito di proporzionalità: in tal senso v. invece G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 431.

⁵⁶ L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, IV, Bologna, 1953, p. 261 ss., ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 105 ss., in part. p. 119 ss., da cui le successive citazioni.

⁵⁷ A. Torrente, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, I, p. 109 ss.

⁵⁸ L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, cit., pp. 119-120.

impregiudicata»⁵⁹. Nella prospettiva dell'obbligazione e dunque nel rapporto tra gli artt. 1256, comma 2, e 1258 c.c., la distinzione tracciata da Mengoni è senza alcun dubbio valida, ma essa si attenua nel diverso contesto del rapporto sinallagmatico di durata, al cui interno va collocata la concettualizzazione dell'impossibilità parziale presupposta dall'art. 1464 c.c. Nella chiave dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto di durata, la quantità dell'oggetto dell'obbligazione può dipendere in senso biunivoco dal fattore tempo (ciò forse non vale nella prestazione lavorativa, a partire dalla quale si sviluppa la riflessione di Mengoni⁶⁰, ma sembra valere nella prestazione locativa e nelle somministrazioni continuative).

Per di più, il valore oggettivo del contenuto dell'obbligazione si ricava in termini non assoluti, ma relativi alla luce della controprestazione. Il concorso di questi due fattori può rendere una prestazione solo temporaneamente impossibile sul piano dell'obbligazione, parzialmente impossibile sul terreno del contratto con prestazioni corrispettive di durata, vanificando in via definitiva *ratione temporis* i segmenti della prestazione continuativa o periodica impediti dalla sopravvenienza e così decurtando la misura oggettiva della prestazione, calcolata in funzione sia del tempo e sia dell'entità del corrispettivo. In tal modo, anche un'impossibilità temporanea dell'obbligazione si può tradurre in un'impossibilità parziale del contratto che altera l'equilibrio sinallagmatico, giustificando la risoluzione parziale.

Si pensi al caso del contratto di abbonamento al servizio di trasporto pubblico, il cui corrispettivo è commisurato sulla durata complessiva del contratto pari al semestre o all'anno ma la prestazione di servizio va assicurata senza soluzione di continuità a semplice richiesta del creditore-passeggero. O ancora si pensi al contratto di servizi sportivi offerti da un circolo o da una palestra, sempre nel caso in cui il corrispettivo sia commisurato non in funzione del numero di prestazioni richieste ma sull'intera durata del contratto, con libertà di fruizione da parte del creditore⁶¹.

Volendo ricapitolare, l'istituto dell'impossibilità ancorato al *factum principis*, coincidente con le misure normative di contenimento impeditive della prestazione, assume una portata bivalente. Nei contratti a esecuzione istantanea o a lungo termine essa assume la fisionomia di un'impossibilità temporanea, che determina l'effetto sospensivo del rapporto obbligatorio inattuabile e, di conseguenza, anche l'effetto sospensivo della controprestazione, pure se di natura pecuniaria, per inceppamento del sinallagma funzionale. Queste ricadute sospensive sul contratto con prestazioni corrispettive possono essere indicate come "effetto moratoria". Nei contratti di durata, invece, l'impossibilità, pur scaturendo da una causa contingente, colpisce le singole prestazioni in maniera

⁵⁹ L. Mengoni, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁰ Cfr. infatti i rilievi di L. Mengoni, *op. cit.*, p. 123 ss.

⁶¹ Il Governo è intervenuto su questo punto con il D.L. 34/2020 all'art. 216, comma 4, privilegiando la via della risoluzione totale per impossibilità definitiva della prestazione ex art. 1463 c.c.

definitiva in ragione delle unità di tempo nelle quali tale causa opera, ma, nell'economia complessiva del rapporto contrattuale di durata, essa non integra la fattispecie della risoluzione per impossibilità totale ex art. 1463 c.c., ma quella della risoluzione parziale ex art. 1464 c.c.⁶².

5. SEGUE. L'IMPOSSIBILITÀ COME OGGETTIVA PERDITA DI UTILITÀ DELLA PRESTAZIONE PER IL CREDITORE

Le ripercussioni dell'emergenza sanitaria sui contratti in corso di svolgimento hanno imposto di riflettere più approfonditamente sulle caratteristiche dell'impossibilità della prestazione. Quest'ultima non va intesa soltanto come impedimento della condotta debitoria (come nell'ipotesi di somministrazione di beni mobili temporaneamente impedita ex art. 3, comma 6 bis, D.L. n. 6/2020), ma anche come inutilità, anche solo parziale, della prestazione per il creditore⁶³ (come nell'ipotesi delle locazioni ad uso commerciale temporaneamente inutili, in termini parziali o anche totali, ex art. 3, comma 6 bis, D.L. n. 6/2020 oppure nelle fattispecie emergenziali degli artt. 88 e 88 bis, D.L. n. 18/2020⁶⁴).

La conclusione è indiscutibile agli occhi degli studiosi dell'impossibilità, perché riflesso del contenuto dell'obbligazione⁶⁵, che, abbandonata la tradizionale concezione personalistica che ha certamente influenzato tanto la formulazione dell'art. 1174 c.c. quanto la disciplina dell'adempimento, è stato sottoposto a una concettualizzazione più convincente che ravvisa nell'obbligazione un vincolo personale caratterizzato da una condotta strumentale finalizzata alla realizzazione di un risultato⁶⁶.

⁶² Una conclusione formulata in F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 493 ss. e condivisa da G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 2; B. Sirgiovanni, *Revisione del contratto al tempo del COVID-19*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, II, p. 84 ss.

⁶³ Ho sostenuto questa posizione in F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., pp. 498-499 e alla medesima conclusione perviene G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 4 e nt. 22.

⁶⁴ Lo sottolinea G. D'Amico, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, cit., p. 256 nt. 16.

⁶⁵ Cfr. G. Cottino, *L'impossibilità di ricevere e di cooperare del creditore e la impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, pp. 443 ss.; L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, cit., p. 105 ss.; P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, Art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1975, p. 501; L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., p. 121 ss., in part. p. 123; F. Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., pp. 47-48; M. Dellacasa, *La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger - V. Roppo - F. Anelli, Milano, 2019, p. 606 ss., in part. p. 612 ss.; nonché, timidamente, A. De Mauro, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Artt. 1256-1259, in *Il Codice civile. comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 39. Cfr. anche C.M. Bianca, *Diritto civile. 5*, cit., pp. 413-414, il quale, tuttavia, distingue l'impossibilità di utilizzazione della prestazione dall'impossibilità dell'attuazione della prestazione per poi riconoscere alla prima una rilevanza analoga alla seconda, ma v. anche Id., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 547.

⁶⁶ Al tema ho dedicato uno specifico studio: F. Piraino, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 305 ss.

L'inclusione del risultato - poco conta se finale o soltanto strumentale - si riflette sul carattere necessariamente utile della prestazione. Quest'ultima va intesa come un *bene agere*⁶⁷ ed è tesa a una modificazione dello stato di fatto o di diritto iniziale, il che non può non riflettersi sulla nozione di impossibilità, la quale, abbandonata l'idea - assai debole dogmaticamente - di distinguerla dall'inutilità⁶⁸, non può essere circoscritta all'impedimento che colpisce la possibilità del debitore di prestare, dovendo abbracciare anche l'impedimento, non imputabile, che preclude la possibilità per il creditore di fruirne⁶⁹. Anche la giurisprudenza è infine pervenuta a tale conclusione nell'ambito della fattispecie dei pacchetti turistici⁷⁰, sebbene imboccando un percorso accidentato ed evitabile che

⁶⁷ L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi". (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 188, ora in *Scritti*. II, cit., p. 145: «il rapporto obbligatorio implica essenzialmente un 'dover dare' e un 'dover ricevere' funzionalmente complementari, giacché non ha senso una obbligazione in cui non si dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto al creditore». Ma v. anche *Id.*, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss., ora in *Scritti*. II, cit., p. 53 ss.

⁶⁸ L. Mosco, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 435.

⁶⁹ Osserva assai efficacemente M. Dellacasa, *La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore*, cit., p. 612 che «nel contesto del diritto delle obbligazioni, 'prestazione' è un termine normativo: esso non designa un semplice fatto (comportamento del debitore), ma un fatto caratterizzato da una relazione di conformità a una norma (art. 1174 c.c.) che prescrive tra i suoi requisiti la rispondenza a un interesse del creditore. Se la prestazione può costituire oggetto di obbligazione nella misura in cui risponde ad un interesse del creditore, la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo comporta l'impossibilità della stessa prestazione».

⁷⁰ Cass. 10 luglio 2018, n. 18047; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, p. 845 ss., con commento di L. delli Priscoli, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 531 ss. con nota di commento S. Nardi, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; in *Contratti*, 2008, p. 241 ss., con commento di C. Cavajoni, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*; in *Dir. del turismo*, 2007, p. 375 ss., con commento di G. Benelli, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*. La sentenza ha deciso una controversia relativa a un contratto di pacchetto turistico per un soggiorno a Cuba, solo parzialmente goduto a causa della persistenza di un focolaio endemico, non ancora completamente debellato, di dengue emorragico. In punto di impossibilità la Suprema corte ha riletto la figura in termini per cui «la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.), che consiste in un impedimento assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo, della prestazione (v. Cass., 16/2/2006, n. 3440; Cass., 22/10/1982, n. 5496), integra infatti un fenomeno di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte ai sensi dell'art. 1463 c.c. e art. 1256 c.c., comma 1 (v. Cass., 28/1/1995, n. 1037; Cass., 9/11/1994, n. 9304), in ragione del venir meno della relazione di interdipendenza funzionale in cui la medesima si trova con la prestazione della controparte (cd. sinallagma funzionale), a tale stregua conseguendo la irrealizzabilità della causa concreta del contratto (cfr. Cass., 24/4/1982, n. 2548). Pur essendo la prestazione in astratto ancora eseguibile (cfr. Cass., 27/9/1999, n. 10690), il venir meno della possibilità che essa realizzi lo scopo dalle parti perseguito con la stipulazione del contratto (nel caso, lo "scopo di piacere" in cui si sostanzia la "finalità turistica"), essa implica il venir meno dell'interesse creditorio, quale vicenda che attiene esclusivamente alla sfera del creditore». Ma v. anche Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, p. 786 ss., con nota di L. Barbiera, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*; in *Corr. giur.*, 2008, p. 921 ss., con nota di F. Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*. Per spunti critici sulle sentenze del 2007 cfr. E. Ferrante, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 151 ss.; S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, p. 1211 ss.; A. De Mauro, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, cit., p. 40, nt. 58. In passato ha escluso l'impossibilità per perdita di utilità della prestazione Cass. 26 marzo, 1947, n. 432, in *Foro it.*, 1947, I, c. 265 ss., con nota di G. Pescatore, *Effetti dell'impedimento personale al singolo viaggiatore del contratto di crociera turistica*; e in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, p. 286 ss., con nota di A. Mignoli, *Impossibilità del creditore e*

prevede la valorizzazione della causa del contratto⁷¹, nella variante un poco equivoca della causa concreta⁷².

La lettura più matura dell'istituto dell'impossibilità, condivisa anche in giurisprudenza⁷³, equipara l'impedimento non imputabile della condotta (i mezzi) all'impedimento del soddisfacimento dell'interesse creditorio (il risultato)⁷⁴. E gli osservatori più acuti sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria non hanno dubitato sull'equiparazioni della sopravvenuta inutilità oggettiva della prestazione per il creditore all'impossibilità di prestare del debitore⁷⁵.

6. LA QUESTIONE DELLA MANUTENZIONE DEL CONTRATTO E DEL SUO ADEGUAMENTO. IL NODO DELLA RINEGOZIAZIONE

Come si è avuto modo di constatare, il ricorso agli istituti dell'impossibilità temporanea e della sospensione della controprestazione ex artt. 1256, comma 2, e 1460 c.c. e, nei contratti di durata e ad efficacia differita, a quelli dell'impossibilità parziale di cui all'art. 1258 c.c. e della risoluzione parziale ex art. 1464 c.c. consente di intervenire sui contratti pendenti durante la vigenza delle misure normative di limitazione delle attività economiche in chiave manutentiva. Una possibilità, questa, che stride con il giudizio, tanto diffuso quanto evidentemente infondato, di inadeguatezza del diritto italiano al cospetto di sopravvenienze diverse da quelle economiche che possono dare la stura alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.

La critica si appunta per lo più proprio sulla tendenza del diritto contrattuale a privilegiare il rimedio ablativo della risoluzione, ma alla prova dell'epidemia la disciplina generale del contratto, adeguatamente inteso, ha smentito questi giudizi facilmente liquidatori, mostrandosi capace di preservare il vincolo contrattuale funestato da eventi che ne impediscono l'esecuzione. Per di più, nei

incidenza del fortuito.

⁷¹ Dà credito a questa figura, nel quadro delle ripercussioni sui contratti di locazione delle misure emergenziali di contenimento della pandemia, V. Barba, *Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del COVID-19 actualizado al 6 de abril de 2020*, cit., p. 82.

⁷² Per una critica degli usi giurisprudenziali della c.d. causa concreta cfr. V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 969 ss. Una difesa della figura è approntata da C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss., in part. p. 256 ss. Mi sono soffermato sul punto, tentando di far emergere alcuni elementi di ambiguità del dibattito, in F. Piraino, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 1045 ss., in part. p. 1092 ss. e nt. 125.

⁷³ Cass., 29 marzo 2019, n. 8766; Cass., 10 luglio 2018, n. 18047; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958.

⁷⁴ Cfr. di recente A. Nicolussi, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, p. 153, il quale, peraltro, ravvisa indici normativi di tale equiparazione negli artt. 1693 e 1785 c.c. e 422 cod. nav.

⁷⁵ V. Roppo, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli*, cit., p. 3.

contratti di durata la risoluzione parziale consente anche l'adeguamento delle condizioni contrattuali originarie al mutato contesto e all'impossibilità parziale oppure alla diminuzione dell'utilità per il creditore della prestazione rimasta materialmente possibile⁷⁶. Proprio quell'esito da molti invocato e ritenuto conseguibile soltanto introducendo nell'ordinamento italiano la rinegoziazione come istituto del diritto generale, salvo poi dividersi tra chi circoscriverebbe l'innovazione alla rinegoziazione volontaria e chi, invece, si spinge sino a prefigurare l'imposizione di un obbligo di rinegoziare, sulla violazione del quale non si registra, peraltro, unanimità di vedute in ordine al rimedio invocabile⁷⁷.

Uno dei rimedi invocato da più parti sin dal primo infuriare dell'emergenza sanitaria è stata la rinegoziazione⁷⁸, come d'altro canto è avvenuto anche in altri ordinamenti, come quello tedesco⁷⁹. Già a una prima valutazione l'enfasi posta sulla rinegoziazione ci era parsa eccessiva, al punto da sollecitare il legittimo sospetto che si volesse cogliere l'occasione dell'emergenza per presentare come ancora più auspicabile e urgente l'introduzione nell'ordinamento italiano dell'obbligo legale di rinegoziazione dei contratti a lungo termine, presidiato per di più dal riconoscimento del potere giudiziale di adeguamento⁸⁰. Nei primi mesi del 2020 sembrava infatti ancora sorretto da volontà politica il disegno di legge delega al Governo per la revisione del codice civile (d.d.l. Senato 1151), il quale include il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». E una parte autorevole della dottrina ha suggerito, proprio a causa dell'emergenza e sul presupposto della crucialità della rinegoziazione obbligatoria, di percorrere la via dell'introduzione di una norma di carattere eccezionale per mettere a disposizione dei contraenti un tale strumento, pur avendo cura di segnalare - assai correttamente - che «occorre essere consapevoli che la disciplina 'generale' per la gestione del rischio contrattuale e, dunque, degli effetti delle sopravvenienze, è tutt'altra cosa, in termini tanto di formulazione delle regole quanto della loro operatività, rispetto alla più agevole 'facilitazione' introdotta con il rinvio di un termine (per il versamento di somme, ad esempio: imposte o rate di mutui)»⁸¹.

⁷⁶ Lo segnala in maniera particolarmente efficace G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 2.

⁷⁷ Per una valutazione di tale dibattito sia consentito il rinvio a F. Piraino, *Osservazioni intorno a Sopravvenienza e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 585 ss.

⁷⁸ Cfr. ora B. Sirgiovanni, *Revisione del contratto al tempo del COVID-19*, cit., p. 71 ss.

⁷⁹ M.P. Weller-M. Lieberknecht-V. Habrich, *Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, in *NJW*, 2020, p. 1017 ss., in part. pp.1021-1022.

⁸⁰ F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 504.

⁸¹ F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, cit., pp. 131-132; Id., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit., p. 207 ss.; A.M. Benedetti – R.

In un contesto di emergenza sanitaria, sociale ed economica, la via della rinegoziazione dei termini del contratto è certamente auspicabile, purché per via volontaria⁸², specie nel rispetto del criterio guida, in precedenza indicato, della distribuzione tra le parti⁸³ del costo delle alterazioni subite dall'operazione economica in conseguenza della pandemia e della normativa emergenziale⁸⁴.

E tuttavia dovrebbe apparire chiaro al giurista che, più ancora del riequilibrio del contratto, in questa fase si rivela essenziale escogitare percorsi stragiudiziali di composizione delle controversie, visto che l'epilogo giudiziario rischia di essere più nefasto del mancato adattamento del contenuto del contratto al mutato contesto⁸⁵. Sotto questo profilo, la rinegoziazione obbligatoria⁸⁶ - volendo lasciare impregiudicata l'opportunità o meno di un suo inserimento nell'ordinamento per via legislativa, viste le resistenze al suo riconoscimento per via interpretativa e dogmatica⁸⁷ - rischia di rivelarsi la classica pezza peggiore del buco⁸⁸, perché, con il suo connotato di doverosità e, soprattutto, con il presidio dell'adattamento *ope iudicis* del contenuto del contratto in caso di fallimento delle trattative, sospinge verso approdi giudiziari, inadatti a fronteggiare gli attuali problemi di gestione e di manutenzione dei rapporti obbligatori e di quelli contrattuali destinati a prolungarsi nel tempo⁸⁹.

Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., p. 3.

⁸² Né si può trascurare che molti contratti di durata contengono clausole di rinegoziazione volontaria, ossia la ben nota *hardship clause*, come correttamente ricorda B. Sirgiovanni, *Revisione del contratto al tempo del COVID-19*, cit., p. 79 ss.

⁸³ Indica questa via come criterio di concretizzazione della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. V. Roppo, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, cit., pp. 4-5, il quale ritiene altresì che il principio di solidarietà dovrebbe imporre nei contratti di locazione ad uso commerciale l'esclusione dello scioglimento indiscriminato del contratto da parte del locatore.

⁸⁴ Un analogo scetticismo sull'essenzialità dell'introduzione in via d'urgenza della rinegoziazione come istituto di diritto generale esprimono sia U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 235 ss., spec. p. 240, sia G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., pp. 429-430 sia ancora E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 472 ss., p. 510 ss. Per l'ordinamento peruviano cfr. L. León Hilario, *COVID-19, Crisis sanitaria y retos del derecho civil*, cit., p. 21, anch'egli fortemente dubbioso sulla via della rinegoziazione obbligatoria per lo meno nell'attuale quadro normativo dominato dall'art. 1440 *Código civil*, per lo meno con riguardo alle sopravvenienze di tipo qualitativo.

⁸⁵ Mi pare giudizio condiviso tanto C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., p. 165 ss., quanto da D. Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., pp. 7-8, nonché da E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 470 ss.

⁸⁶ Aperture in tal senso invece in M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p. 12 ss.

⁸⁷ In senso contrario, di recente, E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 56 ss.; Id., *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg., XII*; diretto da R. Sacco, Torino, 2019, p. 97 ss., in part. p. 100 ss.; e, pur in termini diversi, F. Piraino, *Osservazioni intorno a Sopravvenienza e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 585 ss., in part. p. 600.

⁸⁸ Un giudizio analogo è espresso da C. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., p. 163.

⁸⁹ Un'analogha contrarietà è espressa da Benatti, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, cit., 209, la quale correttamente osserva che «in assenza della volontà delle parti di avviarla o di suo fallimento, non pare opportuno affidare al giudice la modifica dei termini contrattuali. Si tratta, infatti, di una operazione che necessita di dati tecnici, scientifici, economici, che sono estranei alle conoscenze del decisore. La variazione potrebbe non attenere solo al prezzo, ma anche ad altri elementi dell'accordo». Molto cauto sull'ammissibilità del potere

In dottrina si è peraltro sottolineato assai opportunamente che, quando ha ravvisato nella rinegoziazione il rimedio più opportuno, il legislatore dell'emergenza non ha esitato a precisarlo⁹⁰, come accade nell'art. 78, comma 4 *sexies*, D.L. n. 18/2020, nel testo convertito dalla L. n. 27/2020, secondo cui «al fine di garantire la continuità aziendale delle imprese agricole di cui all'articolo 2135 del codice civile, in forma singola o associata, a valere sulle risorse di cui all'articolo 56, comma 12, i mutui e gli altri finanziamenti destinati a soddisfare le esigenze di conduzione o miglioramento delle strutture produttive, in essere al 1° marzo 2020, anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie, sono rinegoziabili. La rinegoziazione, tenuto conto delle esigenze economiche e finanziarie delle imprese agricole, assicura condizioni migliorative incidendo sul piano di ammortamento e sulla misura del tasso di interesse. Le operazioni di rinegoziazione sono esenti da ogni imposta e da ogni altro onere, anche amministrativo, a carico dell'impresa, ivi comprese le spese istruttorie».

A tale fattispecie si affianca un'altra, prevista dall'art. 216, comma 2, d.l. 34/2020 in materia di contratti di locazione, o in senso lato di concessione, di impianti sportivi. La disposizione è particolarmente significativa perché, anche in questa ipotesi, è privilegiata la via della rinegoziazione volontaria, offrendo anche dei criteri guida per la revisione del contenuto del contratto, peraltro opportunamente di carattere bilaterale: le modifiche, per un verso, non devono alterare il rischio assunto dall'operatore economico e, per altro verso, conservare condizioni di equilibrio economico finanziario proprie del contratto di concessione. L'obiettivo è quello di perseguire il graduale recupero degli introiti non conseguiti a causa dell'interdizione delle attività sportive e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. In caso di fallimento delle trattative di rinegoziazione, il rimedio accordato consiste nel recesso dal contratto, cui si abbina il diritto del concessionario dell'impianto al rimborso del valore delle opere realizzate o, in alternative, dei costi sostenuti.

L'art. 216, comma 2, d.l. 34/2020 prevede, infatti, che «in ragione della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. L'adeguamento deve consentire la permanenza dei rischi

correttivo del giudice in caso di fallimento della rinegoziazione, specie se fondato sull'art. 2932 c.c., è M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., pp. 18-19.

⁹⁰ L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, cit., p. 13.

trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione. In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto. In tale caso, il concessionario ha diritto al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto».

Inoltre, la norma introduce a favore del concessionario il diritto alla revisione del contratto, ancorandolo a una presunzione relativa di incidenza delle misure di contenimento pari, nelle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, al 50 % del canone concordato. A una lettura accorta, quest'ultimo rimedio appare una piana applicazione dell'impossibilità parziale ex art. 1464 c.c., semplicemente semplificata dal *forfait* legale, affidato alla tecnica della presunzione, con l'evidente intento di ridurre il contenzioso giudiziario⁹¹.

Pare invece percorsa da profonda ambiguità la disposizione contenuta nell'art. 6-*novies* D.L. 41/2021, rubricata "Percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali". In bilico tra la formulazione di un auspicio e il riconoscimento di un obbligo, la norma sollecita un «un percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, a tutela delle imprese e delle controparti locatrici, nei casi in cui il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi, derivante dalle restrizioni sanitarie, nonché dalla crisi economica di taluni comparti e dalla riduzione dei flussi turistici legati alla crisi pandemica in atto. Locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione».

La disposizione trasuda ingenuità perché pencola tra l'esplicito riconoscimento, per di più in termini generali, di una possibilità già ampiamente inclusa nel perimetro dell'autonomia privata e la prospettazione di questa facoltà in termini tanto seri da scomodare la categoria dell'obbligo. Questa formalizzazione del rinegoziare non viene spinta, tuttavia, sino al punto di imporre l'esito della modifica del contenuto del contratto, ma è circoscritta all'apertura delle trattative finalizzate a saggiare la possibilità o meno di giungere all'accordo modificativo. Se ci si interroga sull'idoneità di tale norma a schiarire l'orizzonte sulla configurazione giuridica della rinegoziazione, è davvero arduo dare una risposta positiva. Tutti i nodi sin qui evidenziati in tema di rinegoziazione restano irrisolti: il carattere volontario od obbligatorio della rinegoziazione; in caso di rinegoziazione obbligatoria, l'ampiezza dell'obbligo e le conseguenze rimediali dell'eventuale inadempimento.

⁹¹ Cfr. G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 3.

7. LE LOCAZIONI DI IMMOBILI AD USO COMMERCIALE

L'ambito negoziale più colpito dalle conseguenze della pandemia è, senza dubbio, quello dei contratti di durata. E in tale contesto l'istituto che, più di ogni altro, ha catturato l'attenzione nel dibattito sviluppatosi intorno alle norme di contrasto della pandemia è, altrettanto indubbiamente, quello delle locazioni di immobili a uso commerciale⁹² e dell'affitto di ramo di azienda⁹³, colpiti – come si avrà modo di chiarire – da impossibilità parziale e temporanea⁹⁴.

In sede descrittiva del fenomeno si è sottolineato che le sopravvenienze legate al rispetto delle misure di contenimento della pandemia si sono abbattute sulle locazioni tanto da minarne spesso le fondamenta, devitalizzandole⁹⁵ ancorché transitoriamente. Da ciò l'esigenza di individuare strumenti di reazione alla sopravvenienza o di natura manutentiva o di natura ablativa, sebbene i primi siano certamente preferibili⁹⁶. Si è altresì rimarcato⁹⁷ che esistono contratti nei quali la dinamica dello scambio non può prescindere da una certa precondizione. Nei contratti di locazione di immobili ad uso commerciale, la precondizione che – se inficiata – compromette l'assetto degli interessi consacrato nel regolamento contrattuale è la possibilità di un godimento pieno da parte del conduttore del bene al fine della realizzazione di un'attività di carattere, per l'appunto, commerciale. Va da sé che quando tale attività è in radice inibita, o ampiamente preclusa, da un divieto governativo – come è avvenuto nella fase del blocco di larga parte delle attività economiche aperte al pubblico – il sinallagma contrattuale risulta irrimediabilmente alterato dall'impossibilità del pieno esercizio dell'attività commerciale, anche nei casi in cui non sia precluso il godimento del bene in sé e per sé considerato.

⁹² Cfr. V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 233 ss.; A. D'Adda, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, in *NGCC*, suppl. 3, 2020, p. 102 ss.

⁹³ Per uno sguardo alla sorte delle locazioni ad uso abitativo cfr. E. Bargelli, *Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza*, in *Jus civile*, 2021, p. 82 ss.

⁹⁴ Sul punto cfr. U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 235 ss., (seguito da E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 499 ss.), la cui posizione è particolarmente elaborata, distinguendo la fattispecie dell'impossibilità dell'uso del bene da parte del conduttore per impedimenti relativi all'attività del conduttore, il cui rischio non può che ricadere sul conduttore stesso che non può pretendere di sospendere o di ridurre il pagamento del canone, e la fattispecie dell'impossibilità dell'uso legata a impedimenti connessi alle caratteristiche del bene, il cui rischio va invece addossato al locatore (in tale ultima fattispecie la giurisprudenza favorevole a riconoscere la risoluzione al conduttore: Cass. n. 16918 del 2019; Cass. n. 19205 del 2018; Cass. n. 15377 del 2016; Cass. n. 666 del 2016; Cass. n. 13651 del 2014); V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., p. 233 ss., in part. p. 235 ss.; G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 430 ss.

⁹⁵ La considerazione è di R. Calvo, *Covid, impossibilità sopravvenuta e forza maggiore: ambito e limiti*, in *Studium Iuris*, 5, 2021, p. 569. Cfr. altresì A. Zaccaria, *L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19*, in *Studium Iuris*, 5, 2021, 2020, p. 1154.

⁹⁶ E infatti il § 2 dell'art. 240 EGBGB ha interdetto il potere di disdetta del locatore in caso di mancato pagamento dei canoni scaduti tra il 1° aprile e il 30 giugno 2020, se tale inadempimento sia ascrivibile alla crisi sanitaria.

⁹⁷ M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p. 11.

Ciò potrebbe legittimare qualcuno a pensare che l'impedimento dell'uso pattuito incida su una circostanza presupposta dal contratto, secondo la dottrina della presupposizione⁹⁸.

In dottrina si obietta però – e a ragione – che l'idoneità del bene a essere adibito all'uso pattuito non costituisce un fatto esterno all'oggetto del contratto, assunto dalle parti come elemento di contesto e, quindi, considerato come fondamento del regolamento contrattuale, ma rientra nella prestazione del locatore (art. 1575, n. 2, c.c.)⁹⁹. Se si è potuta diffondere l'idea che l'impedimento, anche solo parziale, dell'uso del bene costituisce un evento che colpisce il fondamento negoziale¹⁰⁰, forse ciò è dipeso dalla circostanza che raramente il regolamento contrattuale delle locazioni ad uso commerciale specifica l'uso particolare al quale il bene locato è destinato e, in assenza di un'indicazione testuale e a disagio con i canoni interpretativi contestuale e cotestuale, inclusi – contro le apparenze – nel generico richiamo alla comune intenzione delle parti contenuto nell'art. 1362 c.c.¹⁰¹,

⁹⁸ Sul punto cfr., *ex multis*, R. Sacco, *La presupposizione e l'art. 1467*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 163; nonché Id., in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, p. 529 ss.; F. Girino, *Presupposizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 775 ss.; M. Bessone, *Adempimento e rischi contrattuale*, Milano, 1969, *passim*, in part. pp. 49-51, p. 268 ss.; Id., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid ed Oertmann, gli «obiter dicta» della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, p. 281 ss.; Id., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 146 ss.; V. Roppo, *Orientamenti tradizionali e recenti tendenze in tema di «presupposizione»*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 211; Id., *Il contratto*, cit., p. 964 ss.; M. Cassottana, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 11; M. Bessone-A. D'Angelo, *«Presupposizione», sopravvenienza di eventi e problemi di teoria generale del contratto*, in *Riv. notar.*, 1981, p. 1005 ss.; Id., *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1986, p. 326 ss.; M. Costanza, *La presupposizione nella giurisprudenza*, in *Quadr.*, 1984, p. 597 ss.; Id., *La teoria della presupposizione*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. Visintini, I. *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 571 ss.; C. Scognamiglio, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 138 ss.; V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 503 ss.; Id., *La presupposizione*, in *Quadr.*, 1987, p. 599 ss.; Id., *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 1 ss.; C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, *passim*, in part. p. 436 ss.; A. Belfiore, *La presupposizione*², estr. da *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, *passim*, A. Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 843 ss.; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; E. Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 32 ss.; A. Riccio, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 11 ss.; G.B. Ferri, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa dir. priv.*, 2009, p. 331 ss.; M. Maggiolo, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 867 ss.; A. Cataudella, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 789 ss.; G. Varanese, *Windscheid e il legislatore nella dottrina della presupposizione*, in *Contr. impr./Europa*, 2016, p. 573 ss.

⁹⁹ G. Carapezza Figlia, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, in *Contratti*, 2020, p. 714 ss., in part. pp. 716-717.

¹⁰⁰ Per una puntuale critica di tale soluzione cfr. G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 5.2.

¹⁰¹ Sul punto v. ora A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, p. 492 ss.

dottrina¹⁰² e giurisprudenza hanno ricercato all'esterno del contratto quella rilevanza dell'uso particolare del bene locato che non sono stati in grado di rintracciare al suo interno.

Le sopravvenienze legate all'emergenza sanitaria e destinate a incidere sulle locazioni commerciali e sugli affitti di ramo d'azienda possono essere distinte in due categorie: le limitazioni del godimento del bene, o la ridotta utilità di quest'ultimo, a seguito di interventi normativi volti a contenere la pandemia¹⁰³; e la riduzione della redditività dell'attività economica svolta nell'immobile locato sempre a causa delle misure sanitarie. Questo secondo tipo di sopravvenienze è strettamente legato alla sorte delle obbligazioni pecuniarie sotto l'infuriare della crisi economica prodotta dalla pandemia e vi si accennerà nel prosieguo. Qui è necessario concentrare l'attenzione sugli impedimenti sopravvenuti alla destinazione del bene all'uso impresso al bene locato.

Agli esordi della riflessione sulle conseguenze della pandemia sulle locazioni commerciali, l'atteggiamento della dottrina è stato variegato: da un lato, si è manifestata l'opinione dell'irrelevanza delle misure di contenimento, annoverate tra i rischi ordinari posti a carico del conduttore/affittuario¹⁰⁴, in continuità con un orientamento giurisprudenziale che esclude la riduzione del canone se il conduttore/affittuario rimane nella detenzione del bene, ma che si è formato in un'epoca di ordinarietà; dall'altro lato, è emersa l'opinione contraria favorevole a riconoscere rilievo a tali sopravvenienze.

Questa corrente di pensiero si è al suo interno divisa. V'è chi ha rintracciato il fondamento di tale rilevanza nella regola sulla distribuzione dei rischi tra locatore e conduttore, desumibile dalla disciplina codicistica, in forza della quale sono a carico del primo le sopravvenienze che attengono al bene e alla sua idoneità all'uso convenuto (ed es.: evento sismico, immobile rimasto isolato, zona infestata da briganti)¹⁰⁵. Tra queste ultime rientrano anche le misure che hanno limitato o impedito lo svolgimento delle attività commerciali: misure che hanno reso impossibile la prestazione del locatore di garantire che il bene sia idoneo all'uso pattuito nel contratto o desumibile dalle circostanze¹⁰⁶. A questa lettura viene obiettato che il rispetto delle norme limitative e impeditive delle attività economiche non ha impedito al locatore di eseguire la prestazione di far godere il bene al conduttore,

¹⁰² E. Navarretta, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, p. 87 ss., la quale, tuttavia, ritiene che il sopravvenuto venir meno della presupposizione vada disciplinato alla stessa stregua dell'impossibilità temporanea (*ibidem*, p. 88).

¹⁰³ Sempreché – come puntualizza correttamente G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 5.2 – tutto ciò si traduce nell'oggettiva impossibilità per il creditore/conduttore di fruire della prestazione.

¹⁰⁴ A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, cit., p. 6 ss.

¹⁰⁵ U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 235 ss.; *Id.*, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciale e impossibilità temporanea*, in *NGCC*, 2020, p. 110 ss.

¹⁰⁶ U. Salanitro, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciale e impossibilità temporanea*, cit., p. 113.

sancita dall'art. 1575, n. 2, c.c., sicché non è corretto inquadrare la sopravvenienza come un'impossibilità della prestazione-attività del locatore, configurando piuttosto un'ipotesi di impossibilità per il conduttore di conseguire la prestazione-risultato¹⁰⁷. Entrambe le tesi concordano, tuttavia, sulla riconduzione del rispetto delle misure di contenimento da parte del conduttore nell'alveo dell'impossibilità temporanea¹⁰⁸.

Nel dibattito si è prospettato che alle locazioni commerciali e agli affitti di ramo d'azienda non si possa applicare l'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020, visto che l'osservanza delle misure di contenimento non rende impossibile l'obbligazione del locatore di far godere al conduttore/affittuario il bene locato. Ne consegue che «poiché la prestazione può trovare esatta esecuzione, senza alcun conflitto con le previsioni emergenziali, resta esclusa ogni legittimazione a non adempiere giustificata dal precetto eccezionale»¹⁰⁹. L'istituto al quale ci si appella è allora l'impossibilità di utilizzazione temporanea di utilizzazione della prestazione da parte del conduttore, correntemente ricondotta alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1256 ss. e 1463 ss. c.c.)¹¹⁰. La conclusione non diverge da quella cui si perviene applicando l'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 e intendendo l'impossibilità temporanea ivi richiamata – come qui di propone – come non circoscritta all'impedimento della condotta del debitore, ma estesa all'impedimento all'utilizzazione piena della prestazione da parte del creditore.

Rispetto al quadro generale sui contratti di durata tracciato in precedenza, la materia delle locazioni commerciali e gli affitti di ramo d'azienda rende lo scenario più complesso¹¹¹. L'impossibilità temporanea di godimento del bene si presenta, infatti, doppiamente parziale: lo è nei termini in precedenza segnalati, in quanto l'effetto impossibilitante colpisce soltanto un segmento temporale del contratto di durata, ma lo è anche in termini assoluti¹¹². Anche durante il vigore delle misure limitative

¹⁰⁷ G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., p. 430 ss.; Id., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, p. 705.

¹⁰⁸ U. Salanitro, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciale e impossibilità temporanea*, cit., pp. 114-115; G. Carapezza Figlia, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, cit., p. 706. E nello stesso senso v. O. Clarizia, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, cit., p. 358 ss.; E. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., p. 499 ss.; A. D'Adda, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19*, cit., p. 106.

¹⁰⁹ G. Carapezza Figlia, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, cit., p. 703.

¹¹⁰ G. Carapezza Figlia, *op. cit.*, p. 706.

¹¹¹ Sono dunque comprensibili le perplessità nutrite da U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 240 ss., in ordine al ricorso al combinato disposto dell'impossibilità temporanea ex art. 1256, comma 2, c.c. e della risoluzione ex artt. 1463 e 1464 c.c. V. tuttavia il successivo mutato avviso di S. a favore del ricorso alla risoluzione ex art. 1464 c.c.: Id., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciale e impossibilità temporanea*, cit., p. 115.

¹¹² Trova così conferma la posizione di L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di*

dello svolgimento delle attività economiche, il godimento del bene immobile infatti perdura, sebbene in misura drasticamente ridotta, conservando al conduttore la detenzione dell'immobile e dunque la possibilità di servirsene per lo meno sotto il profilo della conservazione e della custodia dei fattori produttivi (macchinari, arredi, materie prime etc.)¹¹³. Ecco allora che è necessario immaginare un ricorso più accorto e misurato alla risoluzione parziale¹¹⁴ finalizzato a non resecare l'intero ammontare dei corrispettivi dovuti nel periodo di impossibilitata utilizzazione del bene immobile, come invece accadrebbe nel caso di inutilità totale nel periodo considerato, ma a ridurre l'ammontare in misura tale da ripristinare l'equilibrio con l'utilità residua che la prestazione di dazione in godimento continua comunque a offrire al conduttore¹¹⁵.

In effetti, è inverosimile ritenere che un'operazione di riduzione del canone così delicata possa avvenire in via automatica e in sede stragiudiziale, potendosi al limite ottenere soltanto nell'ambito di una rinegoziazione volontaria. In assenza di un accordo modificativo tra le parti¹¹⁶, pare giocoforza la mediazione giudiziale¹¹⁷. Una conferma della bontà di questa impostazione proviene dal fronte della legislazione emergenziale che ha espressamente inquadrato le ricadute delle misure emergenziali limitative delle attività individuali e collettive sui contratti di locazione, o comunque di concessione, di impianti sportivi nel contesto dell'impossibilità temporanea e della risoluzione per impossibilità parziale ex art. 1464 c.c. Il riferimento va al già menzionato art. 216, comma 3, d.l. 34/2020, con il suo

lavoro, cit., p. 120 secondo cui «se si guarda all'oggetto, l'impossibilità temporanea può essere totale o parziale; e, corrispondentemente, l'impossibilità parziale, quando sia valutata in funzione del tempo, può essere temporanea o definitiva». E tuttavia M. poi aggiunge che «da queste valutazioni la legge rispettivamente prescinde: nell'impossibilità temporanea rileva esclusivamente il fatto del ritardo della prestazione; nell'impossibilità parziale, esclusivamente il fatto che la prestazione è *attualmente* possibile solo per una parte».

¹¹³ Lo segnala opportunamente A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 7.

¹¹⁴ Molto cauto sul punto V. Barba, *Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del COVID-19 actualizado al 6 de abril de 2020*, cit., p. 82, il quale ammette il ricorso all'art. 1464 c.c. ma non in termini generali.

¹¹⁵ Non mi pare che precluda la riduzione del canone di locazione l'art. 65, D.L. n. 18/2020 sul riconoscimento, per l'anno 2020, di un credito di imposta un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1 (così invece Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, cit., 502 ss.). La disposizione si applica sul presupposto che il canone sia dovuto e sia stato pagato, come sicuramente accade in moltissime ipotesi concrete, ma non esclude che vi siano casi in cui invece esso sia parzialmente ripetibile o addirittura integralmente. La misura è stata prorogata, dapprima, dall'art. 28 D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 e poi dagli artt. 8 e 8-bis D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176 e dall'art. 4. D.L. 73/2021.

¹¹⁶ Ed è questa la via auspicata da L. León Hilario, *COVID-19, Crisis sanitaria y retos del derecho civil*, cit., p. 27.

¹¹⁷ In tal senso U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 242. *Contra* G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., pp. 431-432. Sulla posizione di C.F. è infine convertito anche U. Salanitro, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciale e impossibilità temporanea*, cit., p. 115.

rinvio agli artt. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c.¹¹⁸. Il riferimento agli artt. 1467 e 1468 c.c. non è affatto felice, per le ragioni che verranno chiarite nel prosieguo, ma il richiamo del combinato disposto degli artt. 1256 e 1464 c.c. è invece opportuno perché consente quell'automatica rimodulazione del contenuto del contratto di durata auspicato in questa sede. Per di più, la norma si segnala per la presa di coscienza che nel caso delle locazioni commerciali l'impossibilità si atteggia come duplicemente parziale, nel senso sottolineato in precedenza, e da ciò l'introduzione della presunzione legale relativa dell'entità della parziale inutilizzabilità del bene, commisurata nel cinquanta per cento dell'ammontare dei canoni maturati nelle mensilità da marzo a luglio 2020.

Il vantaggio applicativo connesso al combinato disposto della causa impossibilitante di cui all'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 e della risoluzione parziale *ex art.* 1464 c.c. risiede nell'effetto automatico della riduzione proporzionale del corrispettivo, la quale opera *ex lege* senza la necessità di ottenere una pronuncia costitutiva del giudice, lasciando aperta sempre la possibilità del recesso nel caso in cui la causa di impossibilità temporanea si prolunghi tanto a lungo da far perdere in termini oggettivi al creditore l'interesse all'adempimento parziale *ex art.* 1258 c.c., ossia all'esecuzione delle prestazioni non ancora scadute. Una riduzione automatica che però – come si è chiarito – è più arduo affermare in presenza di un'impossibilità parziale qualitativa e non quantitativa, com'è quella che colpisce le locazioni commerciali e gli affitti di ramo d'azienda.

Il rimedio in esame sembra preferibile anche rispetto alla rinegoziazione volontaria, visti i costi di transazione in essa comunque implicati oppure - come sostenuto da alcuni autorevoli esponenti della dottrina¹¹⁹ - della rinegoziazione obbligatoria, la quale presuppone pur sempre una fase negoziata, che dunque solleva i medesimi inconvenienti di quella volontaria, ma per di più, non essendo legata ad alcun automatismo, produce l'ulteriore svantaggio dell'accentuazione, non certo desiderabile, dei poteri conformativi del giudice sull'autonomia privata. Sotto questo profilo, il ricorso nei rapporti contrattuali di durata alla risoluzione parziale è di gran lunga preferibile rispetto alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.¹²⁰, che peraltro è sovente

¹¹⁸ La disposizione prevede che «La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito».

¹¹⁹ F. Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, cit., pp. 131-132.

¹²⁰ Sull'eccessiva onerosità sopravvenuta cfr., *ex multis*, E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. dir. priv.*, diritto da M. Bessone, XIII, VIII**, Torino, 2012, estratto, p. 1 ss., di cui v. anche Id., *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*, Buenos Aires, 2016, *passim*, in part. p. 93 ss.; Id., *La excesiva onerosidad*

invocata dai fautori della rinegoziazione come presupposto per l'instaurazione della sua variante volontaria ex art. 1467, comma 3, c.c., ma in tal modo commettendo un errore di impostazione.

Nel dibattito sulla rinegoziazione la disposizione in esame è oggetto di una torsione prossima alla deformazione, che concepisce il potere riconosciuto alla parte avvantaggiata dall'eccessiva onerosità di evitare la risoluzione domandata da controparte, «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto», come potere di instaurare una trattativa stragiudiziale finalizzata alla rinegoziazione dei termini del contratto¹²¹. Questa lettura trascura, però, la dimensione giudiziale di tale prerogativa¹²² e questa caratteristica¹²³, se intesa, dovrebbe consentire di inquadrare correttamente la riconduzione ad equità come un diritto potestativo della parte avvantaggiata dalle sopravvenienze volto a impedire l'accoglimento della domanda di risoluzione, sottoponendo al giudice una proposta di modifica perequativa del contenuto del contratto che neutralizzi l'eccessiva onerosità provocata dalla sopravvenienza quantitativa¹²⁴. Una parte significativa della dottrina è addirittura

sobrevenida de la prestación, Madrid, 2019, *passim*, in part. p. 37 ss.; P. Gallo, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 235 ss.; Id., *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 182 ss.; G. Scalfi, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 109 ss.; M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 211 ss. Cfr. altresì G. Perlingieri, *Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Domenico Rubino. I Maestri italiani del diritto civile a cura della Società italiana degli Studiosi del diritto civile (S.I.S.Di.C.)*, a cura di P. Perlingieri - S. Polidori, Napoli, 2009, p. 1005 ss., muovendo dalla prospettiva estremamente affascinante dagli studi dedicati al tema da Domenico Rubino: *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, nota critica a Cass. 23 aprile 1947, n. 610, in *Foro it.*, 1947, I, c. 727 ss., ora anche in *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 251 ss.; Id., *In tema di determinazione di prezzo nella rescissione per lesione e di svalutazione monetaria*, nota critica a Cass. 11 giugno 1948, n. 889, in *Foro it.*, 1948, I, c. 728 ss., ora in Id., *Studi giuridici*, cit., p. 231 ss.

¹²¹ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 292 e sostanzialmente anche C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 185 ss.

¹²² Così, in vario senso però, A. De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 129 ss., nei termini di un'eccezione in senso tecnico; G. Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, p. 206, p. 299, nei termini di un'istanza produttiva dell'effetto processuale di imporre al giudice di pronunziarsi sull'idoneità o meno delle modifiche proposte; C. Braccianti, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1947, p. 77, nei termini di una domanda riconvenzionale; A. Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, 293, p. 319; E. Enrietti, *Della risoluzione del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'Amelio - E. Finzi, I, Firenze, 1948, p. 901; E. Redenti, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 576 ss. nei termini di una contro-domanda tesa al rigetto della domanda attorea e alla modifica del contenuto originario del contratto.

¹²³ Osserva peraltro E. Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, Torino, 2017, p. 11 che «la possibilità di un'offerta effettuata al di fuori del processo non tocca peraltro il problema della configurazione della fattispecie, poiché rientra comunque nell'autonomia delle parti il potere di modificare in qualunque momento, e quindi anche nel corso del giudizio, l'assetto dato ai loro rapporti economici».

¹²⁴ Così E. Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 75; Id., *Studi sulle tutele contrattuali*, cit., p. 1 ss.; Id., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 72 ss.; F. Pannuccio Dattola, *L'offerta di riconduzione a equità*, Milano, 1990, p. 42 ss.; Id., *Offerta di riduzione ad equità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1997, p. 603 ss.; S. D'Andrea, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, p. 139; V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 957 ss.; E. Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, p. 83 ss. Sono addirittura a favore dell'efficacia diretta dell'offerta di riconduzione ad equità, non subordinata al provvedimento giudiziario G. Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, p. 103 ss.; P. Sirena, *Le modificazioni unilaterali*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, *Effetti*, III, a cura di M.

favorevole a inquadrare la riconduzione ad equità di cui all'art. 1467, comma 3, c.c. come *ius variandi* e, dunque, nei termini di una posizione sostanziale rispetto alla quale l'attore in risoluzione versa in condizione di mera soggezione, tanto che la modificazione può prodursi per via giudiziale anche nel caso di mancata adesione di controparte¹²⁵.

Nei casi di impossibilità parziale quantitativa, il carattere automatico e stragiudiziale della risoluzione parziale, con riduzione proporzionale della controprestazione e l'effetto manutentivo del contratto, rendono particolarmente opportuna tale soluzione rimediale rispetto ad alternative giudiziali quali la risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c.¹²⁶, per di più difficilmente prefigurabile visto che a mutare non è il valore di mercato delle prestazioni corrispettive¹²⁷, la risoluzione per il venire meno della presupposizione¹²⁸, l'adeguamento giudiziale del contenuto del contratto, la ripetizione per arricchimento ingiustificato¹²⁹ o il rimedio *bonne à tout faire* del risarcimento del danno.

La mancata adozione di una norma specifica da parte del legislatore¹³⁰, in grado di dosare soluzioni ispirate a esigenze di conservazione del rapporto contrattuale che tengano conto di diritti ed obblighi di entrambe le parti¹³¹, ma soprattutto le difficoltà sin qui registratesi a cogliere quel raccordo

Costanza, Milano, 2006, p. 141, ma la tesi della natura di *ius variandi* ha largo seguito da lungo tempo e v. al riguardo la nota successiva.

¹²⁵ Redenti, *L'offerta di riduzione ad equità*, cit., p. 576; L. Padula, *L'offerta di equa modifica delle condizioni un escamotage per evitare la risoluzione del contratto eccessivamente oneroso*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 17; Pannuccio Dattola, *L'offerta di riconduzione a equità*, cit., 42; R. Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, cit., pp. 1705-1706 e così sostanzialmente anche V. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 842-843, p. 958, il quale predilige tuttavia la qualificazione dell'offerta di riconduzione ad equità come negozio unilaterale recettizio, ammettendone peraltro l'operatività anche stragiudiziale, sicché assegna alla sentenza del giudice natura dichiarativa. R. ammette tuttavia che la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze possa anche non definire puntualmente la modificazione perequativa del contratto, rimettendo al giudice la sua determinazione, e allora la sentenza acquista natura costitutiva (*ibidem*, p. 843).

¹²⁶ Per quanto G. D'Amico, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, cit., p. 254 ci rammenta che risale proprio al primo dopoguerra il dibattito che poi ha condotto all'introduzione nel codice civile del 1942 della risoluzione per eccessiva onerosità, la quale è dunque uno dei frutti della situazione emergenziale determinatasi durante e a seguito della Prima Guerra Mondiale.

¹²⁷ Cfr. A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., pp. 8-9; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., p. 240, sul presupposto che la sopravvenienza prodotta dalla normativa emergenziale sia qualitativa e non quantitativa e che l'art. 1467 c.c. reagisca soltanto alla seconda, sempre che concorrano i requisiti della straordinarietà e imprevedibilità; G. Carapezza Figlia, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, cit., pp. 429-430, nonché G. D'Amico, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, cit., p. 255.

¹²⁸ Cfr. al riguardo A. Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 846 ss.

¹²⁹ Sul punto cfr., specie in chiave restitutoria, P. Sirena, *Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 657 ss.

¹³⁰ L'intervento è particolarmente auspicato da C. Scognamiglio, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID 19*, cit., p. 578, che lo intende quale «chiave di volta per una soluzione la più efficiente possibile del problema delle sopravvenienze contrattuali nel contesto emergenziale». Secondo l'autore, «ove il legislatore intendesse percorrere questa strada, potrebbe giovare proprio della elaborazione dottrinale».

¹³¹ E. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit.

sistematico tra gli artt. 1256, comma, 2, 1258 e 1464 c.c., capace di offrire, tramite la risoluzione parziale e la riduzione del canone oppure il recesso da parte del locatore, strumenti adeguati alla conservazione del contratto e alla suo adeguamento alla ridotta fruibilità del bene locato, stanno favorendo il formarsi di una giurisprudenza disorganica. È una grave responsabilità non fornire alla giurisprudenza punti di riferimento perché la si lascia in balia della varietà del caso e, soprattutto, si accetta che l'intervento pretorio si presenti disparato, disomogeneo e imprevedibile. Quest'atteggiamento di indolente rassegnazione è tanto più grave in un momento come quello attuale nel quale la varietà delle soluzioni giurisprudenziali cozza con l'esigenza, fortemente avvertita, di risposte non occasionali a problemi di gestione dei rapporti contrattuali nel corso della pandemia che presentano un carattere di non certo estemporaneo¹³².

8. SEGUE. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI LOCAZIONI COMMERCIALI

Il contenzioso in materia di locazioni commerciali e di affitti di ramo di azienda inizia a divenire imponente, e per lo più si sta formando in sede cautelare, dove è in discussione il pagamento dei canoni scaduti e non pagati o l'esazione delle garanzie rilasciate dal conduttore/affittuario a rafforzamento del diritto del locatore alla riscossione dei canoni. Come si è anticipato, il panorama si presenta piuttosto variegato ed ondivago nel quale spicca la tendenziale apertura giudiziale nei confronti di una rinegoziazione secondo buona fede oggettiva in fase di esecuzione del contratto (1375 c.c.), volta a neutralizzare lo svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del medesimo alle stesse condizioni pattuite inizialmente¹³³. Non mancano decisioni inclini a negare rilievo al rispetto delle misure emergenziali di divieto o di limitazione dello svolgimento delle attività economiche per di più sulla base dei motivi più svariati¹³⁴, ma accomunate dalla tendenza a dare continuità alla

¹³² Una valutazione analoga in G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 1. Lo ricorda, altresì, C. Twigg Flesner, *A comparative Perspective of Commercial Contracts and the impact of Covid-19. Change of circumstances, force majeure or what?*, in K. Pistor, *Law in the time of Covid-19*, Columbia Law School, 2020, p. 155 ss.

¹³³ In tal senso, Trib. Roma, 27 agosto 2020, G.I. Grauso, in *Contratti*, 2021, p. 23 ss., con commento di R. Gelli, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e affitto d'azienda* e in *Giur. it.*, 2020, p. 2433 ss., con note di G. Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?* e di P. Gallo, *Emergenza Covid e revisione del contratto*; in *NGCC*, 2021, I, p. 27 ss., con nota di commento di M. Scaldaferrì, *La pandemia e la crisi delle locazioni commerciali tra autonomia privata ed intervento del giudice*; Trib. Venezia, 28 luglio 2020, in *dejure.it*, 2020. Cfr., altresì, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, "Novità normative sostanziali del diritto emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", cit.

¹³⁴ Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in *dejure.it*, 2020, che, *incidenter tantum*, ha rilevato come «nessuna norma connessa all'emergenza conseguente alla pandemia da Covid-19 abbia previsto che l'affittuario di un'azienda o il conduttore di un immobile possano sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell'ipotesi in cui l'attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali»; Trib. Roma, 31 luglio 2020, che ha rigettato la richiesta di riduzione del canone ritenendo che il pagamento dello stesso potesse essere posticipato, ma non

giurisprudenza di legittimità – già segnalata – sull'irrelevanza delle sopravvenienze prodottesi nella sfera del conduttore e non relative al bene locato. Vanno rimarcate, tuttavia, alcune pronunzie che rifiutano il ricorso all'obbligo di rinegoziazione e imboccano la corretta via dell'impossibilità parziale e della risoluzione *ex art. 1464 c.c.*¹³⁵.

Grande risalto è stata riservata alla decisione del Tribunale di Roma del 27.8.2020¹³⁶, la quale, in una vicenda tipica del contenzioso in materia di locazioni commerciali¹³⁷, si spinge sul terreno insidioso dei rapporti tra formante legislativo e quello giurisprudenziale, del ruolo delle clausole generali, della funzione della buona fede integrativa; della configurabilità di un obbligo di rinegoziazione fondato su quest'ultima e dell'ammissibilità dell'intervento correttivo del giudice in caso di inadempimento dell'obbligo medesimo *etc.*¹³⁸.

La Corte reputa che, in ossequio al principio *rebus sic stantibus*, i termini originari del contratto debbano essere rispettati finché le condizioni e i presupposti esistenti al momento della stipula del rapporto contrattuale rimangano inalterati, mentre in presenza di sopravvenienza «nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)». A sostegno di tale assunto, il giudice invoca l'autorevolezza di Enzo Roppo¹³⁹, il quale è favorevole a riconoscere alla buona fede, nella sua funzione integrativa cogente del contratto, l'attitudine a conferire rilievo a fatti sopravvenuti e imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto e tali da sospingere lo squilibrio

escluso, in quanto «l'eventuale crisi di liquidità del debitore va valutata quale rischio posto a carico dello stesso»; Trib. Roma, 16 dicembre 2020, in *dejure.it*, che ha ritenuto che il danno patito dal conduttore stesso fosse da addebitare non all'emergenza sanitaria, ma all'attività provvedimento dell'adozione di D.P.C.M. viziati «da molteplici profili di illegittimità e, come tali caducabili».

¹³⁵ Trib. Roma, 29 maggio 2020, G.I. Miccio, e Trib. Roma, 25 luglio 2020, G.I. Corbo, in *Contratti*, 2021, p. 19 ss., giudicate da G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 3 nt. 16 esemplari per la chiarezza e il rigore argomentativo.

¹³⁶ Trib. Roma, 27 agosto 2020 cit., su cui v. la critica condivisibile di G. Carapezza Figlia, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, cit., p. 714.

¹³⁷ La controversia ruota attorno a un contratto di locazione ad uso commerciale per attività di ristorazione di un immobile ubicato in Roma; considerata l'impossibilità, causa lockdown (D.P.C.M. 11/03/2021 e 22/03/2020), di proseguire l'attività medesima a causa della totale chiusura degli esercizi commerciali, e conseguentemente la difficoltà del conduttore di continuare a corrispondere il canone di locazione, il medesimo chiedeva dapprima stragiudizialmente al locatore la riduzione del canone, garantito peraltro da una fideiussione bancaria, per poi adire sul punto l'autorità giudiziaria (senza previa domanda di risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità), la quale accoglieva la sua pretesa riducendo il canone in misura pari al 40% per i primi due mesi di chiusura, e del 20% per i successivi, disponendo altresì la sospensione della garanzia fideiussoria.

¹³⁸ Lo ricorda P. Gallo, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, cit., p. 2440.

¹³⁹ V. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 972-973.

negoziale oltre l'alea normale del contratto, specie nei contratti di durata. Forte dell'obbligo di buona fede, che «ha la funzione di rendere flessibile l'ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore», e del suo connubio con il principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost., il giudice constata la tendenziale inadeguatezza del rimedio della risoluzione per eccessiva sopravvenuta onerosità a fare fronte alle conseguenze della pandemia. La risoluzione, infatti, scioglie il vincolo e determina di conseguenza la perdita dell'avviamento per l'impresa colpita dall'eccessiva onerosità, o peggio la cessazione dell'attività economica, con l'effetto ulteriore di allocare l'intero costo della sopravvenienza sul debitore del rapporto contrattuale, piuttosto che distribuirla equamente tra le parti. Da qui il giudice ricava la necessità di imporre alle parti un obbligo *ex fide bona* di rinegoziare le condizioni contrattuali alla luce delle nuove circostanze nelle quali il contratto si trova a venir eseguito, al fine di ricondurlo entro i limiti di un'alea normale¹⁴⁰. Per di più, tale obbligo è presidiato dal potere del giudice di ricondurre al giusto equilibrio il contratto perturbato dalle sopravvenienze, sicché, se, come nella vicenda in esame, le parti non abbiano trovato un accordo modificativo del regolamento contrattuale, è il giudice che può procedere alla revisione dei termini del contratto¹⁴¹.

Ne deriva, a ben vedere, una vera e propria riscrittura del contratto, che, già in chiave generale, solleva molte perplessità in dottrina¹⁴², nonostante alcune autorevoli prese di posizione a favore¹⁴³. La

¹⁴⁰ Questa posizione non è affatto isolata: v., tra le tante, Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, G.I. Barbazza, in *Giur. it.*, 2021, p. 590 ss. con nota di G. Siccherio, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, secondo cui nel caso dei contratti a prestazioni corrispettive ed in relazione agli effetti della pandemia causata dal Covid-19, sussiste un obbligo delle parti, di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale dello stesso sussistente al momento della contrattazione iniziale che si fonda sulla clausola generale di buona fede e di solidarietà sancita dall'art. 2 Cost.

¹⁴¹ Nel caso in esame il giudice ha disposto la riduzione dei canoni di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, nonché la sospensione della garanzia fideiussoria fino ad un'esposizione debitoria di 30.000 euro

¹⁴² P. Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano, Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, a cura di U. Draetta-C. Vaccà, Milano, 1992, p. 299 ss., in part. pp. 304-305; A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 701 ss.; M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 467 ss., in part. p. 487 ss.; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, *passim*, in part. p. 64 ss.; Id., *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, 2006, p. 1 ss.; Id., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347 ss., in part. p. 357 ss.; Id., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 41 ss.; E. Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 55 ss., in part. pp. 79-80; Id., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, VIII**, Torino, 2012, p. 95 ss.; Id., *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, pp. 112-113; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 774 ss. in part. p. 796 ss.; Id., *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. II*, Torino, 2003, p. 1200 ss.; G. Amore, *Appalto e claim*², Padova, 2018, 150 ss.; E. Tuccari, *Soprapvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 56 ss.

¹⁴³ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 311 ss.; nonché Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., p. 63 ss.; Id., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, p. 1026 ss.; Id., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 ss. R. Sacco, in R. Sacco-

pronuncia in esame ha attirato l'attenzione di diversi commentatori, alcuni dei quali hanno espresso condivisione¹⁴⁴, altri hanno proposto una correzione, non certo decisiva, del fondamento del potere giudiziale di revisione del contratto individuandolo non già nella buona fede ma nell'equità¹⁴⁵, altri ancora hanno formulato un giudizio irrimediabilmente negativo¹⁴⁶. Al di là delle forzature alle quali può dare luogo la configurazione di un obbligo di rinegoziare, che neppure in Francia si è ritenuto di configurare come obbligo sostanziale nonostante la scelta di positivizzare la dottrina dell'*imprévision*¹⁴⁷, quel che conta evidenziare è che, a dispetto di talune posizioni forse non

G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 1708 ss., in part. pp. 1710-1711; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 972-973; Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, *passim*; Id., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, p. 804 ss.; Id., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2017, p. 1039 ss.

¹⁴⁴ Gallo, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, cit., p. 2442 ss., per il quale «risulta evidente che è proprio dalla buona fede integrativa che è possibile far scaturire il dovere di rinegoziare i termini dei contratti di durata in caso di eventi straordinari ed imprevedibili tali da determinare una rottura dell'equilibrio originario tra le prestazioni fissate dai contraenti» (*ibidem*, 2443). Su tale presupposto G. reputa l'ordinanza in esame addirittura "illuminata" perché «ha saputo fare tesoro dell'insegnamento della dottrina e che si spera possa sdoganare definitivamente la revisione del contratto anche in Italia, come del resto è già avvenuto nel resto dell'Europa, nell'attesa dell'annunciata ed auspicata riforma del codice civile; quello che comunque è sicuro è che ai fini della revisione dei contratti di durata non occorre necessariamente una specifica riforma legislativa; a questi fini sono infatti del tutto sufficienti gli strumenti generali presenti nel codice ed in particolare le clausole generali, come del resto sta a dimostrare l'esempio tedesco; salva ovviamente la possibilità per i contraenti di disporre diversamente, escludendo il dovere di rinegoziare e la conseguente revisione giudiziale del contratto in virtù di apposite clausole». M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p. 18 giudica la decisione "non irragionevole". V. anche B. Sirgiovanni, *Revisione del contratto al tempo del COVID-19*, cit., p. 91 ss.

¹⁴⁵ Cfr. G. Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, cit., p. 2437 ss., il quale, però, elude il cuore del problema, dando per acclarato ciò che meriterebbe invece una puntuale dimostrazione, vale a dire che l'equità ex art. 1374 c.c. possa spingersi oltre il limite dell'integrazione suppletiva. E qualunque cosa si pensi dell'obbligo di rinegoziazione, così come delineato da Trib. Roma, 27 agosto 2020 cit. e da talune delle posizioni dottrinali favorevoli a tale figura in termini generali, esso non si limita a colmare lacune del regolamento contrattuale, ma consente una ridefinizione dei termini dell'accordo. Non a caso S. discorre di equità correttiva. Nell'ulteriore approfondimento, Id., *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, cit., p. 590 ss., una più articolata spiegazione è tentata, ma si rivela fuori fuoco. S. si preoccupa di superare l'ostacolo al ricorso all'equità correttiva frapposto dall'art. 1467 c.c., dove la riconduzione ad equità è rimessa alla scelta della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza. Tale scelta appare a S. aggirabile in forza del principio di solidarietà sociale, il quale «consente di valutare il merito delle decisioni dei privati». Anche a voler tralasciare il fatto che pure tale ultima conclusione è fortemente contrastata (v. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 37 ss.; G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 34 ss. e si concesso anche il rinvio a F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 523 ss., p. 574 ss.), nel ragionamento di S. c'è un *non sequitur*: se per fondare il potere correttivo del giudice è necessario invocare il principio di solidarietà, è su quest'ultimo che esso si radica e non già sull'equità ex art. 1374 c.c., come invece reputa S. (*La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, cit., p. 591, p. 592). In questa commistione di solidarietà ed equità si consuma un difetto che da lungo tempo affligge buona parte della dottrina italiana: la difficoltà di sciogliere il nodo della *mittelbare Drittwirkung* dei principi costituzionale e dei diritti inviolabili in maniera rigorosa e analitica e in chiave dogmatica.

¹⁴⁶ G. Carapezza Figlia, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19*, cit., p. 714, Id., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, cit., pp. 703-704; G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., § 3 e nt. 15.

¹⁴⁷ In Francia, la c.d. *théorie de l'imprévision des contrats* è stata consacrata nel novellato art. 1195 code civil,

adeguatamente ponderate¹⁴⁸, la gestione dei rapporti contrattuali colpiti dalle misure di contenimento della pandemia può essere adeguatamente affidata al rimedio della risoluzione parziale per impossibilità parziale qualitativa sulla base delle ragioni che si confida di aver adeguatamente chiarito in precedenza.

È questa la strada battuta da una recente ed esemplare sentenza del Tribunale di Milano, resa in una controversia di sfratto per morosità nel pagamento dei canoni di una locazione ad uso commerciale¹⁴⁹. Nel caso in esame, il Tribunale, esclusa la ricorrenza della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁵⁰, ha riconosciuto che, nel periodo di c.d. lockdown che si è esteso dall'11 marzo al 18 maggio 2020, la prestazione del locatore di mantenere il bene locato in uno stato idoneo all'uso convenuto è stata colpita la impossibilità parziale, la quale, per la conformazione della locazione come contratto di durata, si presenta (doppiamente) parziale e (parzialmente) definitiva: «l'inadempimento del locatore è parziale sotto un duplice profilo: sia perché concerne solo una delle prestazioni cui egli è tenuto (quella di mantenere il bene locato in stato da servire all'uso convenuto), sia perché riguarda le prestazioni attuali, che ricadono nell'arco temporale considerato, ma non pregiudica quelle future, destinate a svolgersi nel prosieguo del rapporto, una volta cessate le misure restrittive. Al contempo, con riguardo alle prestazioni periodiche pregresse, in relazione alle quali è maturata la scadenza contrattuale, l'inadempimento è definitivo, perché esse non potranno più essere rese, essendo strutturalmente connaturate al fattore temporale»¹⁵¹. Da ciò l'individuazione del

frutto della riforma disposta con ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016: «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. Encas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». Sull'art. 1195 code civil riformato cfr. G. Chantepie-M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, p. 441 ss.; O. Deshayes-T. Genicon-Y.M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, 384 ss.; B. Fages, *Droit des obligations*⁶, Paris, 2016, p. 295; B. Fauvarque Cosson, *Does Review on the Ground of Imprévision Breach the Principle of the Bind Contracts?*, in *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, a cura di J. Cartwright-S. Whittaker, Oxford Portland-Oregon, 2017, p. 187 ss.; Ph. Stoffel Munck, *L'imprévision et la réforme des effets du contrat*, in *Rev. contr.*, Dossier hors-serie, 2016, p. 30 ss.; e, in lingua italiana, F.sca Benatti, *L'imprévision nel code civil riformato*, in *Giur. it.*, 2018, 1302 ss.; V. Di Gregorio, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *NGCC*, 2018, II, p. 392 ss.; E. Tuccari, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 1517 ss. nonché Id., *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 324 ss.; Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 56 ss.; Piraino, *Osservazioni intorno a Sopravvenienza e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 607 ss.

¹⁴⁸ G. Sicchiero, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, cit., pp. 2438-2439.

¹⁴⁹ Trib. Milano, 25 giugno 2021, G. Savignano, inedita.

¹⁵⁰ Trib. Milano, 25 giugno 2021, cit., n. 3.

¹⁵¹ Trib. Milano, 25 giugno 2021, cit., n. 2.

rimedio più idoneo nella riduzione del corrispettivo in misura pari alla più limitata fruibilità del bene locato, in applicazione dell'art. 1464 c.c. e dello specifico principio ricavabile dalle norme speciali di cui agli artt. 1578, 1581 e 1584, comma 1, c.c.¹⁵², nonché alla luce della *ratio* delle norme emergenziali contenute negli artt. 216, comma 3, D.L. n. 34/2020 e 65, comma 1, D.L. n. 18/2020¹⁵³.

Nel prediligere la via dell'obbligo di rinegoziazione e dell'eventuale correzione giudiziale del contenuto del contratto reso squilibrato dalle sopravvenienze, la giurisprudenza di merito può essere stata incoraggiata dalla relazione tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale" del 8 luglio 2020, n. 56¹⁵⁴. Nella parte relativa alla rinegoziazione, la relazione reputa che l'imperativo di buona fede/correttezza si coniughi con il principio di solidarietà sociale, sancito dall'art. 2 Cost., e funga da «limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva o passiva) contrattualmente attribuita, concorrendo alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale»¹⁵⁵. In materia di contratto, la tensione della buona fede a fare prevalere la sostanza sulla forma, imponendo al soggetto di un rapporto giuridico di tenere conto dell'interesse dell'altra parte sino al limite dell'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio¹⁵⁶, si

¹⁵² Critico sull'operazione di estrapolazione di un principio dalle disposizioni della parte speciale del Libro IV del codice civile M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., pp. 11-12.

¹⁵³ Nel quantificare la riduzione del canone il Tribunale si avvale in via analogica dei criteri fissati dall'art. 216 D.L. n. 18/2020: «circa la misura della riduzione del canone, in assenza di disposizioni specifiche per le locazioni commerciali diverse da quelle concernenti attività sportive, l'art. 216 del D.L. n. 18/2020 citato costituisce l'unico parametro normativo che può essere assunto a riferimento di una valutazione giudiziale, anche in via equitativa. Sussistendo il medesimo presupposto, ivi previsto, della chiusura totale dell'esercizio commerciale dall'11 marzo al 18 maggio 2020, si ritiene dovuto il 50% del canone negoziale per 69 giorni, pari a € 21.405,63, di cui € 6.139,76 per ventuno giorni di marzo (50% del canone mensile di € 18.126,93) e € 15.265,87 per aprile ed i primi diciotto giorni di maggio 2020 (50% del canone mensile di € 19,316,00, così previsto in contratto con decorrenza da aprile 2020)» (Trib. Milano, 25 giugno 2021, cit., n. 4). Giacché la conduttrice è rimasta inadempiente rispetto al pagamento di parte delle somme così rideterminate, il Tribunale non ha potuto fare a meno di accertare il grave inadempimento e di risolvere il contratto di locazione, con condanna però della parte locatrice a restituire parte delle somme ottenute escludendo la fideiussione stipulata a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione di pagamento dei canoni.

¹⁵⁴ Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, "Novità normative sostanziali del diritto emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", cit., 20 ss.

¹⁵⁵ Relazione tematica, "Novità normative sostanziali del diritto emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", cit., 22.

¹⁵⁶ La relazione tematica attribuisce erroneamente questa concretizzazione dell'imperativo di buona fede alla giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass., 9 dicembre 2003, n. 18743 e Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, ma a dire il vero v. già Cass., 18 luglio, 1989, m. 3362 e Cass., 20 luglio 1989, n. 3386), mentre – com'è sin troppo noto a chiunque abbia una conoscenza non soltanto epidermica della letteratura sulla buona fede – tale specificazione della clausola generale è stata prospettata da C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 208 ss.; Id., *Diritto civile. 3. Il contratto*³, Milano, 2019, p. 454 ss., in part. p. 456; e Id., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 86 ss. A onor del vero, la relazione tematica cita Bianca nella nt. 78, ma, capovolgendo lo sviluppo della riflessione in materia, continua ad attribuire

tradurrebbe nell'istituire «la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale»¹⁵⁷.

La relazione tematica concepisce l'obbligo *ex fide bona* di rinegoziare come prescrizione di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo, ma poi, contraddittoriamente, individua il rimedio più adeguato in caso di inadempimento nella sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, grazie alla quale il giudice può procedere alla modificazione del contratto¹⁵⁸. La relazione tematica non percepisce l'aporia che si annida nel concepire la rinegoziazione come un obbligo a trattare la modifica del contratto divenuto squilibrato e non a modificarlo e nel connettervi però un rimedio che sporge rispetto al contenuto dell'obbligo, consentendo al giudice di pervenire a quell'esito che il precetto non impone alle parti. Con tutta evidenza, si tratta di una posizione non adeguatamente ponderata, che non ha saputo o potuto giovare della ricca letteratura sul tema, di recente per di più ulteriormente ampliata.

Dal punto di vista scientifico tale sortita dell'Ufficio del massimario su un terreno non adeguatamente conosciuto andrebbe trascurata, se non fosse per l'effetto che ha esercitato sulla giurisprudenza investita delle prime controversie sulla sorte dei contratti alterati dal rispetto delle misure sanitarie. L'inadeguatezza della soluzione suggerita dalla relazione emerge dall'esame di ulteriori provvedimenti che, ispirati da ben altro rigore ed equilibrio rispetto all'ordinanza del Tribunale di Roma 27 agosto 2020, hanno ritenuto di non potersi incamminare sulla via tracciata dalla relazione, privilegiando sì la rinegoziazione ma preferendo piuttosto invitare le parti d'ufficio a rinegoziare tramite la fissazione di un termine e l'indicazione delle modalità della rinegoziazione: «la rinegoziazione dell'importo del canone deve risolversi nel senso di una sua temporanea riduzione - e/o delle modalità di corresponsione»¹⁵⁹. L'ordinanza impone altresì alle parti un «obbligo di motivazione sulle ragioni economiche sottese alla eventuale mancata accettazione» o l'obbligo di formulare una motivata controproposta¹⁶⁰.

la massima ricordata *supra* nel testo alla giurisprudenza costante della Suprema corte. Sulla portata di tale definizione v. F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 32 ss.

¹⁵⁷ Relazione tematica, "Novità normative sostanziali del diritto emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", cit., 25.

¹⁵⁸ Relazione tematica, "Novità normative sostanziali del diritto emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", cit., 26-27.

¹⁵⁹ Trib. Milano, Sez. Contr., 21 ottobre 2020, G.I. Chiarentin, in *Contratti*, 2021, p. 161 ss., con commento di M. Manelli, *Sopravvenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020*.

¹⁶⁰ Trib. Milano, Sez. Contr., 21 ottobre 2020, cit.

La soluzione di invitare le parti a rinegoziare potrà anche apparire a taluno “tempo perso” ed espressione di paternalismo giuridico¹⁶¹, ma si rivela invece pervasa da senso dell’equilibrio e dal rovello di chi percepisce che la manutenzione del contratto rappresenti la via elettiva, ma al contempo teme di compiere un arbitrio sostituendosi alle parti nella revisione del contratto.

Per di più, questa posizione si concilia con la proposta, di recente avanzata, di abbandonare la via senza sbocco della rinegoziazione obbligatoria e di imboccare invece quella più conducente di una rinegoziazione su base legale, ancorata alla buona fede in funzione valutativa¹⁶². In qualità di limite delle pretese individuali, quest’ultima consente alla parte svantaggiata da una sopravvenienza atipica di sollevare *exceptio doli generalis* per paralizzare la richiesta di controparte di eseguire il contratto secondo le condizioni originarie nonostante il fatto che siano divenute iugulatorie¹⁶³, oppure quella di risolvere il contratto¹⁶⁴. In tal modo, si viene a creare una situazione di stasi che rende conveniente per entrambe le parti la rinegoziazione volontaria del contenuto del contratto. Forte è infatti per le parti l’incentivo ad adoperarsi nel modo più serio e determinato, perché il tal senso spinge il riconoscimento giudiziale della sostanziale scorrettezza della richiesta di esecuzione del contratto in conformità dell’assetto originario avanzata alla parte avvantaggiata¹⁶⁵.

Al di là di questa felice convergenza, quel che va rimarcato dell’ordinanza in esame è la piena coerenza tra premesse e conclusioni: la rinegoziazione viene considerata necessaria, sempre in forza della congiunzione di buona fede e solidarietà sociale¹⁶⁶, ma tratteggiata come obbligo di contrattare, sicché, piuttosto che ricorrere all’incongruo rimedio della revisione giudiziale in caso di infruttuoso esperimento delle trattative in vista della modifica del contratto, il giudice ha imposto un obbligo di motivare il rifiuto o, comunque, di dare seguito alla proposta di revisione della parte svantaggiata. Convincente o meno che possa apparire, tale conclusione è, però, senza dubbio conseguente sul piano logico.

Alcune pronunce si sono spinte ben più in là, scendendo sul terreno dell’integrazione del regolamento contrattuale. È il caso della decisione del Tribunale di Palermo del 26 maggio 2020, la quale ha autorizzato il custode giudiziario di una struttura sportiva concessa in locazione ad inserire nel contratto di locazione la seguente clausola: «tenuto conto della c.d. emergenza Covid-19 sopravvenuta durante la pendenza del contratto, le Parti stabiliscono secondo buona fede ed equità

¹⁶¹ G. Sicchiero, *La prima applicazione dell’intervento giudiziale fondato sull’equità ex art. 1374 c.c.*, cit., pp. 592-593.

¹⁶² Piraino, *Osservazioni intorno a Sopravvenienza e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 613 ss.

¹⁶³ Piraino, *op. cit.*, pp. 615-616.

¹⁶⁴ In tal senso V. Roppo, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, cit., 5, il quale perviene a una conclusione sostanzialmente coincidente con quella proposta da me.

¹⁶⁵ Piraino, *op. cit.*, 617 ss. e v. anche gli ulteriori svolgimenti.

¹⁶⁶ Trib. Milano, Sez. Contr., 21 ottobre 2020, cit.

che per i mesi di marzo, aprile, maggio, giugno, luglio, agosto, settembre, il canone si intende ridotto ad euro 940,00». Su questa linea, c'è chi ipotizza l'introduzione di clausole di regolazione della sopravvenienza simili a "forchette di canone"¹⁶⁷, che prevedano una forbice quantitativa dell'importo del corrispettivo di locazione che vari in relazione ai periodi più o meno critici di crisi pandemica, e ciò col fine di incentivare la rinegoziazione volontaria e, nei casi in cui non sia sufficiente, di fornire al giudice uno strumento che scongiuri il rischio della decisione arbitraria. Secondo altri¹⁶⁸ un'eventuale clausola che regoli in qualche modo le sopravvenienze inibirebbe, invece, in radice l'intervento del giudice, sul presupposto che l'integrazione giudiziale del regolamento contrattuale possa intervenire ex art. 1374 c.c. solo quando le parti abbiano omesso di disciplinare alcuni aspetti del rapporto¹⁶⁹.

Altra e diversa questione si ha nel caso in cui il conduttore, prima dell'esplosione della pandemia e dunque della chiusura dell'esercizio commerciale da egli locato, vertesse già in condizione di morosità pregressa. Secondo parte della dottrina, infatti, la sopravvenienza causata dal lockdown dovrebbe essere la causa esclusiva dell'alterazione del sinallagma, e non elemento che concorre con il fatto del debitore. Ad esempio, chi sia già inadempiente, ancorché non costituito formalmente in mora, non dovrebbe poter invocare, secondo alcuni, il diritto di rinegoziare i patti di un accordo che già prima della sopravvenienza aveva violato¹⁷⁰.

Una menzione a sé merita uno specifico ambito del contenzioso sulle locazioni funestate dalle preclusioni e limitazioni imposte per contenere la pandemia: l'escussione delle garanzie, fideiussorie o autonome, ad opera del locatore a fronte del mancato pagamento dei canoni da parte del conduttore¹⁷¹. Una certa risonanza ha avuto la decisione del Tribunale di Milano del 24 luglio 2020, nella quale per rifarsi del mancato pagamento del canone di locazione di un immobile adibito ad uso commerciale durante la fase del lockdown la società locatrice ha richiesto il pagamento dei canoni scaduti all'istituto di credito che aveva concesso la fideiussione su mandato della società conduttrice

¹⁶⁷ Cfr. M. Scalfarri, *La pandemia e la crisi delle locazioni commerciali tra autonomia privata ed intervento del giudice*, cit., p. 35.

¹⁶⁸ G. Siccherio, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 c.c.*, cit., p. 591 ss.

¹⁶⁹ Così in tempi risalenti Cass. civ., 22 luglio 1966, n. 1995, in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 1654 ss.; e meno risalenti, cfr. Cass. civ., 14 giugno 2002, n. 8577.

¹⁷⁰ M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p. 12.

¹⁷¹ Trib. Venezia, decr. 22 maggio 2020; Trib. Genova, decr., 1° giugno 2020; Trib. Bologna, decr., 12 giugno 2020; Trib. Roma, ord., 19 maggio 2020; Trib. Roma, ord., 29 maggio 2020; Trib. Milano, 24 luglio 2020; Trib. Catania, ord., 30 luglio 2020; Trib. Roma, ord., 27 agosto 2020; Trib. Bologna, 12.5.2020 n. 4976, in *dejure.it*, 2020, che ha accolto l'istanza del titolare di un centro estetico, disponendo di bloccare l'incasso di alcuni assegni bancari emessi a garanzia del pagamento dei canoni locatizi per il periodo aprile-luglio 2020; Trib. Rimini, 25.5.2020, in *Foro it.*, 2020, 7-8, I, c. 2498 ss., che, allo stesso modo, ha ordinato di non mettere all'incasso gli assegni bancari detenuti dal locatore a titolo di garanzia.

dell'immobile¹⁷². Quest'ultima agiva ex art. 700 c.p.c. al fine di inibire il pagamento della garanzia e, trattandosi di un contratto autonomo, la ricorrente non ha potuto eccepire le sopravvenienze che si abbattute sul rapporto principale, invocando piuttosto il carattere abusivo dell'escussione e, di conseguenza, sollevando l'*exceptio doli generalis*, sul duplice presupposto che parte locatrice abbia violato l'obbligo di rinegoziazione derivante dalla buona fede *in executivis* e che la prestazione di pagamento del canone si sia incontestabilmente estinta limitatamente ai mesi del *lockdown* per impossibilità sopravvenuta. Il tribunale ha rigettato la domanda cautelare, non ravvisando i presupposti dell'*exceptio doli generalis* in quanto, per un verso, non ha riscontrato una prova pronta e liquida dell'abusività del rifiuto di rinegoziare le condizioni contrattuali e, per altro verso, ha considerato incerta l'incidenza dei provvedimenti di governo della pandemia sul sinallagma contrattuale¹⁷³.

La decisione è stata censurata da chi¹⁷⁴ contrappone una più moderna lettura dell'*exceptio doli generalis*, concepita in termini oggettivi tali da affrancare il giudice dalla ricerca di un intento malizioso di controparte, consentendogli di limitarsi a verificare, tenendo conto delle circostanze concrete, il carattere ingiustificato della pretesa del creditore sul piano della conformità a buona fede¹⁷⁵. Così intesa, l'*exceptio doli generalis* trova invece, secondo l'opinione in esame, pieno fondamento nella vicenda in esame e la ragione risiede nel rilievo che, a una valutazione complessiva del rapporto, la richiesta di pagamento dei canoni relativi ai mesi di sospensione dell'attività commerciale da parte del creditore risulta sleale, nella logica relazionale del concreto rapporto, in quanto ingiustificata nel confronto con gli interessi concorrenti della controparte debitrice alla luce dell'estinzione parziale della prestazione del locatore, conseguente al rispetto delle misure di contenimento, con proporzionale riduzione del canone ex art. 1464¹⁷⁶.

La conclusione è senza dubbio condivisibile sul versante della rilettura ammodernata dell'eccezione di dolo generale¹⁷⁷, ma è forse inadeguata sotto il profilo della valorizzazione della natura non accessoria della garanzia autonoma, la quale esige un *quid pluris* rappresentato, per l'appunto, dalla prova pronta e liquida dell'estinzione parziale. Tale ulteriore requisito, richiesto

¹⁷² Trib. Milano, 27 luglio 2020, in *NGCC*, 2021, p. 133 ss., con nota di commento di G. Carapezza Figlia, *Stato di emergenza e garanzie autonome. L'exceptio doli generalis al tempo della pandemia*.

¹⁷³ Trib. Milano, 27 luglio 2020, cit., 140.

¹⁷⁴ G. Carapezza Figlia, *Stato di emergenza e garanzie autonome. L'exceptio doli generalis al tempo della pandemia*, cit., p. 136.

¹⁷⁵ L. Garofalo, *Per un'applicazione dell'«exceptio doli generalis» romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 650 ss.

¹⁷⁶ G. Carapezza Figlia, *Stato di emergenza e garanzie autonome. L'exceptio doli generalis al tempo della pandemia*, cit., p. 137.

¹⁷⁷ V. infatti F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 431 ss.

quando l'*exceptio doli generalis* è applicata al contratto autonomo di garanzia¹⁷⁸, si potrà dire integrato soltanto quando la giurisprudenza si orienterà in misura maggioritaria a favore del riconoscimento al rispetto delle misure di contenimento della pandemia dell'efficacia parzialmente estintive delle prestazioni corrispettive, come qui sostenuto e come auspicato anche dalla dottrina in esame. L'eterogeneità degli approdi giurisprudenziali qui censito dimostra, però, che tale esito è ancora di là dal conseguirsi.

9. LA QUESTIONE DELLA SORTE DELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE

Il già ricordato art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 può incidere anche sulle obbligazioni pecuniarie e proprio per questa ragione va condivisa la censura di eccessiva genericità della norma formulata da chi osserva che la disposizione non chiarisce se l'ambito di applicazione si arresti ai corrispettivi pecuniarie oppure abbracci anche alle obbligazioni restitutorie, se concerna solo le prestazioni principali o anche quelle accessorie e, infine, se riguardi soltanto le obbligazioni pecuniarie divenute esigibili dopo l'entrata in vigore della norma o anche quelle esigibili già anteriormente¹⁷⁹.

Il dibattito sinora non è stato in grado di mettere correttamente a fuoco anche la questione dell'impossibilità delle obbligazioni pecuniarie¹⁸⁰. In primo luogo, il principio *genus numquam perit*, tralattivamente ritenuto applicabile ai debiti pecuniarie, nonostante il loro progressivo allontanamento dal modello delle obbligazioni generiche¹⁸¹, o, per meglio dire, il principio di indistruttibilità delle obbligazioni pecuniarie e di responsabilità per inadempimento incondizionata¹⁸² hanno generato una cortina di fumo, inducendo a trascurare che, se non è concepibile l'impossibilità oggettiva della

¹⁷⁸ Sul punto è d'obbligo il rinvio a G.B. Portale, *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, I, p. 1 ss., anche in Id., *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, in part. p. 83 ss. Per una panoramica v. A. Montanari, *Il contratto autonomo di garanzia*, in I contratti bancari, a cura di F. Piraino-S. Cherti, Torino, 2016, p. 389 ss., in part. p. 420 ss.

¹⁷⁹ G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 575 ss., in part. p. 577.

¹⁸⁰ Cfr. ora però gli approfondimenti di P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19*, cit., p. 1334 ss. e di T. dalla Massara, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, cit., p. 351 ss.

¹⁸¹ Cfr. M. Giorgianni, *L'inadempimento*³, Milano, 1975, p. 304 ss. il quale argomenta a favore dell'inadeguatezza del principio *genus numquam perit* a fondare il regime delle obbligazioni pecuniarie; A. di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 125 ss., nonché B. Inzitari, *Delle obbligazioni pecuniarie*, Art. 1277-1284, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2011, pp. 12-13, p. 85.

¹⁸² Cfr. A. di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 126-127: «l'affermazione dunque dell'incondizionata responsabilità del debitore di danaro per il mancato (o ritardato) pagamento del debito si converte facilmente in quella della irrilevanza, dal punto di vista giuridico, della 'impotenza finanziaria' del debitore. Un tale principio di "irrilevanza" è indirettamente presupposto (e non sancito) nella regola, pertinente alla normativa sulla responsabilità, alla stregua della quale la responsabilità patrimoniale del debitore è "illimitata", sia dal punto di vista dell'oggetto come della sua "permanenza" nel tempo». E, di recente, sul punto cfr. T. dalla Massara, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012, pp. 168-169.

prestazione di attribuzione del valore monetario¹⁸³ atteso dal creditore per la circostanza che ogni impedimento si traduce in un'impossibilità soggettiva che è mera *difficultas praestandi*¹⁸⁴, è però concepibile l'impossibilità della tempestività del pagamento.

D'altro canto, la regola della responsabilità incondizionata per inadempimento del debitore pecuniario, non consacrata peraltro in alcuna disposizione espressa, è con ogni probabilità il frutto del connubio con la regola della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.¹⁸⁵: sintomo che tale regola è stata elaborata avendo riguardo alle obbligazioni pecuniarie di natura rimediabile, ossia il risarcimento del danno o le restituzioni, e poi estesa anche alle obbligazioni pecuniarie sostanziali, ossia quelle che nascono pecuniarie con funzione di corrispettivo. Il rigore della portata incondizionata della responsabilità contrattuale nelle obbligazioni pecuniarie pare, dunque, un tributo pagato sull'altare dell'effettività del sistema delle tutele e, in particolare, dell'applicazione senza deroghe dell'assoggettamento dell'intero patrimonio al soddisfacimento forzoso dei creditori (art. 2740 c.c.). Se questa giustificazione sistematica è corretta, dovrebbero allentarsi le remore ad ammettere nelle obbligazioni pecuniarie di natura sostanziale (vale a dire i corrispettivi) un allentamento di tale rigore sotto il profilo dell'ammissibilità dell'impossibilità temporanea¹⁸⁶.

Non si dovrebbero allora frapporre ostacoli ad ammettere l'impossibilità temporanea delle obbligazioni pecuniarie in presenza di impedimenti oggettivi alla tempestività del pagamento, quali ad esempio un imprevedibile malfunzionamento del sistema bancario dei pagamenti o il sequestro del patrimonio oppure, nel caso di pagamento in contanti, un impedimento fisico di carattere eccezionale, che ha finanche precluso al debitore pecuniario di affidare l'adempimento a un delegato di pagamento¹⁸⁷.

All'impossibilità temporanea allude con ogni probabilità l'art. 3, D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in tema di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali, nel decretare che «il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto, ai sensi degli art. 4 e 5, salvo che il

¹⁸³ Profilo rimarcato, proprio nell'ambito delle discussioni sorte intorno alla normativa emergenziale, da A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 6, p. 8.

¹⁸⁴ Cfr. B. Inzitari, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 13, il quale collega il principio di c.d. indistruttibilità delle obbligazioni pecuniarie nella stretta connessione tra responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) e patrimonialità della prestazione (art. 1174 c.c.) e, quindi, nella «convertibilità di ogni obbligazione in obbligazioni di risarcimento per equivalente e cioè, in altre parole, nella suscettibilità a quantificare e realizzare gli interessi patrimoniali nella forma pecuniaria».

¹⁸⁵ M. Giorgianni, *L'inadempimento*, cit., p. 308; A. di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 126; B. Inzitari, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 13, p. 85.

¹⁸⁶ In tal senso v., tra i primi, V. Roppo, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, cit., p. 2.

¹⁸⁷ Per una lettura moderna della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni pecuniarie v. di recente A. Semprini, *Responsabilità del debitore di prestazione pecuniaria e principio solidaristico*, in *Danno resp.*, 2021, p. 300 ss.

debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»¹⁸⁸. Certo, va riconosciuto che è forte il rischio di sovrapposizione tra impossibilità temporanea e inesigibilità della prestazione *ex fide bona*, la quale si verifica ogni qualvolta il pagamento tempestivo dell'obbligazione pecuniaria implicherebbe o "l'olocausto economico" del debitore, mettendo a rischio la sua attività professionale o d'impresa, o il sacrificio di diritti fondamentali della persona¹⁸⁹, sicuramente prevalente sul piano assiologico rispetto al tempestivo rispetto di un impegno economico¹⁹⁰. Non a caso, commentando la disposizione in esame nella formulazione originaria contenuta nella direttiva madre, la Dir. 2000/35/CE, Luigi Mengoni ha ritenuto di rinvenire nel riferimento all'impossibilità del pagamento tempestivo proprio la consacrazione dell'inesigibilità della prestazione pecuniaria determinata dall'imperativo di buona fede¹⁹¹.

Per quanto l'ammissione dell'inesigibilità anche nelle obbligazioni pecuniarie possa attenuare il ferreo rigore di tale forma di vincolo e la certezza che ne avvolge tanto il carattere inconsumabile nel tempo quanto l'inesorabilità della responsabilità per inadempimento - che, si badi bene, rappresentano due dei capisaldi del capitalismo - non può neppure essere trascurata la contraddizione nella quale cadrebbe l'ordinamento, il quale, per un verso, predispone istituti per prevenire le crisi

¹⁸⁸ Sul punto cfr. S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, p. 819 ss.; A. Finessi, sub art. 3, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di G. De Cristofaro, in *Nuove leggi civ.*, 2004, II, p. 509 ss. In materia cfr. il volume collettaneo AA.VV., *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A.M. Bendetti-S. Pagliantini, Milano, 2016, *passim*.

¹⁸⁹ Sul punto cfr. L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 ss., in part. p. 1090: «diversamente dalla scriminante dello stato di necessità nel campo della responsabilità extracontrattuale, l'inesigibilità può determinarsi in ragione non solo di preminenti interessi non patrimoniali inerenti alla persona del debitore, ma anche di un pericolo imprevedibile di danno grave ai suoi beni, in particolare alla produttività della sua azienda, l'interesse alla sua conservazione è protetto dall'art. 41 cost.».

¹⁹⁰ In tal senso, nell'ambito del dibattito sulla normativa emergenziale, v. R. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., p. 9. Più in generale cfr. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 447 ss. e O. Clarizia, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, *passim*, in part. p. 93 ss.

¹⁹¹ L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 82, nt. 13: «la lettera c) [dell'art. 3 dir. 2000/35: *n.d.a.*] esonera il debitore da responsabilità se può opporre al creditore l'*exceptio inadimpleti contractus* o il ritardo non è a lui imputabile. Nel nostro ordinamento la seconda ipotesi non può riferirsi che a casi eccezionali di inesigibilità della prestazione individuati secondo il principio di buona fede». Nello stesso senso v. S. Pagliantini, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, cit., pp. 819-820, il quale reputa che «il disposto della direttiva reagisce piuttosto in presa diretta sull'art. 1183, comma 1, c.c., coniando un originale meccanismo che in realtà vede un termine di 30 giorni in favore del debitore, costitutivo di un'inesigibilità non pregiudicante per altro la sua libertà di adempiere *ante tempus*, abbinarsi ad un rimborso/risarcimento forfettario di 40 euro (art. 6, comma 2°), compensante di fatto non un danno ma il suddetto limite alla esigibilità immediata del credito. Salva sempre fatta, s'intende, la prova del maggior danno ex art. 1224 c.c. Dunque non un termine che differisca temporalmente la *mora debendi* di un debito già scaduto, bensì uno dilatorio della prestazione, con un debitore che, in pendenza del lasso sospensivo di cui beneficia, non può reputarsi inadempiente (76), sul sottinteso però di una mora che così sopraggiungerà *automaticamente* ed a tutti gli effetti (art. 1221 c.c.), in applicazione cioè della regola generale, allo spirare del termine legale per l'adempimento». Cfr. altresì V. Pandolfini, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, p. 49 ss.

imprenditoriali o il sovraindebitamento, come - su tutti - l'obbligo di valutazione del merito creditizio, ma poi consente la rovina economica del debitore pur di assicurare l'assoluta impermeabilità delle obbligazioni pecuniarie ai fattori esterni, anche nella limitata versione dell'impossibilità temporanea o dell'inesigibilità che esonera dal ritardo.

Né sembra precludere la configurazione per lo meno dell'impossibilità temporanea l'interpretazione delle norme emergenziali, e in particolare dell'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020, secondo cui le misure limitative delle attività individuali e di quelle economiche colpirebbero soltanto le attività e dunque le obbligazioni che le incorporano e non inciderebbero, dunque, sulle obbligazioni pecuniarie¹⁹² nelle quali, com'è noto, l'attività debitoria è recessiva¹⁹³.

La formulazione dell'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. n. 6/2020 presenta un contenuto sufficientemente ampio e non tanto in virtù dell'inciso «il rispetto delle misure di contenimento di cui al 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»¹⁹⁴, nel quale si tende a sovrastimare la portata normativa dell'avverbio *sempre*¹⁹⁵; quanto piuttosto perché la disposizione, specie se coniugata con quelle dedicate ai singoli contratti tipici, conferisce al *factum principis* una porta vastissima, verrebbe da dire "di contesto", idonea a incidere su qualunque obbligazione, incluse quelle pecuniarie. La portata generalizzante delle misure restrittive delle attività economiche genera un effetto domino che conduce a quella stretta, o a quel singhiozzo, dei flussi di cassa, segnalati dalla dottrina in esame e all'origine della temporanea impotenza finanziaria del debitore pecuniario.

Se in condizioni ordinarie, o in presenza di crisi di mercato fisiologiche, ogni forma di impotenza finanziaria non riesce a varcare la soglia della sfera soggettiva del debitore pecuniario e a conseguire quel rango di oggettività imprescindibile per poter ritenere integrata la fattispecie di impossibilità, in presenza di un'alterazione eccezionale, globale e orizzontale dell'ordinario funzionamento del

¹⁹² Così A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 6: «Il blocco formale recato dai decreti colpisce infatti l'attività e le sole prestazioni che la esplicano. Non le *altre* obbligazioni *ex contractu* dell'imprenditore. È se mai l'interruzione dei flussi di cassa delle imprese la cui attività è temporaneamente inibita che fa sorgere il problema. Parlare di impossibilità (o, come vedremo, di onerosità) è per i corrispettivi fuori luogo».

¹⁹³ M. Giorgianni, *L'inadempimento*, cit., pp. 305-306.

¹⁹⁴ V. Roppo, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*. Vincenzo Roppo e Roberto Natoli, cit., p. 6 giudica addirittura "oscuro e difficilmente decifrabile" il richiamo all'art. 1223 c.c.; mentre R. Natoli, *ivi*, 8 lo giudica finanche "sovversivo" perché il riferimento all'art. 1223 c.c. potrebbe essere inteso come disattivazione non solo della responsabilità contrattuale, già esclusa dal richiamo all'art. 1218 c.c., ma anche della responsabilità aquiliana. Si apre agli occhi di N. uno scenario assai inquietante nel quale «il rispetto delle misure di contenimento escluda la possibilità, per il danneggiato, di ottenere il risarcimento del danno che sia conseguenza immediata e diretta della condotta, pur gravemente colposa, del danneggiante: con tutte le ovvie ripercussioni sul futuro (e già prevedibile) contenzioso in materia di responsabilità medico-sanitaria».

¹⁹⁵ R. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni*. *Umanità*, cit., p. 28 nt. 88.

mercato¹⁹⁶ anche l'impotenza finanziaria, originando da fattori che travalicano l'accurata organizzazione dell'economia individuale del debitore, acquista quel connotato di oggettività che rende plausibili l'effetto sospensivo delle obbligazioni pecuniarie e quello di esonero dalla *mora debendi*¹⁹⁷ ex art. 1219, comma 2, n. 3, c.c.¹⁹⁸.

Tutto ciò, beninteso, presuppone la disponibilità a riconoscere all'impossibilità i requisiti dell'oggettività e della relatività e non già dell'assolutezza, perché altrimenti avrebbe buon gioco l'argomento per cui «per molti imprenditori in difficoltà di cassa a pagare, ce ne sono altrettanti, anche bloccati dai decreti, che più forniti di liquidità o avendo predisposto un piano finanziario, continuano a pagare locazioni, forniture, servizi: e allora dov'è l'impossibilità? Del resto, se per il solo fatto dell'emergenza e/o del *factum principis* fosse giusto ritenere sopravvenuta l'impossibilità dell'adempimento, allora i corrispettivi delle locazioni, delle forniture, dei servizi, non dovrebbe più pagarli nessuno (e non solo gli imprenditori in difficoltà) perché l'emergenza epidemiologica c'è per tutti»¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Aspetto segnalato anche da R. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., pp. 9-10.

¹⁹⁷ Questa posizione è stata formulata in F. Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., p. 498 ss. e, nello stesso senso, A. Semprini, *Responsabilità del debitore di prestazione pecuniaria e principio solidaristico*, cit., p. 312 ss. Tale posizione sembra condivisa da Trib. Milano, 25 giugno 2021, cit., n. 4, il quale però precisa che grava «sul debitore che invoca tale causa di forza maggiore di fornire la dimostrazione del nesso di causalità tra il rispetto delle misure di contenimento e l'impossibilità di adempiere, anche in base al principio di vicinanza della prova. [omissis] non è incorsa in mero ritardo nell'adempimento, ma ha completamente omesso il pagamento, e ciò pur dopo che sono venute meno le misure di lock-down. Inoltre, fermo il principio dell'ordinamento secondo cui non è configurabile, in astratto, l'impossibilità di adempimento di un'obbligazione pecuniaria (*pecunia numquam perit*), la conduttrice non ha fornito, in concreto, alcun elemento a dimostrazione della dedotta impossibilità di assolvere l'obbligazione pecuniaria per insufficienza del suo patrimonio conseguente ai mancati incassi stimati dallo svolgimento dell'attività preclusa, e quindi il nesso di causalità con le misure restrittive, tanto più che è incontrovertito che essa non ha riaperto il negozio pur quando ciò è stato consentito, a maggio 2020».

¹⁹⁸ Diversa è l'impostazione data al problema da G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento anti-Covid 19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, cit., p. 581 ss., il quale muove - come si è già chiarito - dalla premessa sistematica che l'art. 3, comma 6 bis, D.L. n. 6/2020 integri una causa *extra ordinem* di giustificazione dalla responsabilità contrattuale e non già un'applicazione dell'impossibilità della prestazione. De C. distingue le obbligazioni pecuniarie assunte da persone fisiche per scopi estranei a un'attività professionale o imprenditoriale da quelle assunte da persone fisiche o enti per scopi di natura imprenditoriale o libero professionali. Per quanto riguarda le prime, l'art. 3, comma 6 bis, D.L. n. 6/2020 è applicabile quando «il tempestivo e integrale adempimento di tali debiti, pur astrattamente possibile, è in concreto divenuto "non ragionevolmente pretendibile", in quanto costringerebbe il debitore ad esporre sé ed eventualmente i propri familiari a carico al rischio di non veder adeguatamente soddisfatte esigenze fondamentali della persona, a causa della sopravvenuta carenza della disponibilità delle risorse finanziarie (liquide) a tal fine necessarie cagionata dalle misure di contenimento». Con riferimento alle obbligazioni pecuniarie di fonte professionale o imprenditoriale, la norma è applicabile quando «il tempestivo e integrale adempimento di tali debiti, pur astrattamente possibile, è in concreto divenuto "non ragionevolmente pretendibile", in quanto costringerebbe il debitore ad esporre la propria attività imprenditoriale al rischio di non essere salvaguardata e proseguita con modalità idonee e risorse finanziarie sufficienti a garantirne la funzionalità e la sopravvivenza» (*ibidem*, pp. 582-583).

¹⁹⁹ A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., p. 6.

La scelta dogmatica di riconoscere all'impossibilità il requisito della relatività²⁰⁰ consente di calibrare il fatto impossibilitante, nei rapporti obbligatori diversi da quelle pecuniari, sull'oggetto concreto dell'obbligazione - anche alla luce dell'integrazione e conformazione prodotti dall'imperativo di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.²⁰¹ - e nelle obbligazioni pecuniarie sui concreti fattori che, in via del tutto eccezionale, rendono l'impotenza finanziaria un'impossibilità temporanea. La portata eccezionale, straordinaria e soprattutto generalizzata della pandemia sembra in grado di disinnescare l'argomento fondato sull'inclusione dell'andamento del mercato, comprese le crisi e le recessioni, all'interno del rischio d'impresa del debitore pecuniario, sempre che, ovviamente, l'obbligazione scaturisce da un contratto per l'appunto d'impresa²⁰². È così possibile scongiurare il rischio dell'effetto sospensivo generalizzato dei pagamenti pecuniari, anche in presenza di oggettivi e preesistenti squilibri economico-finanziari nella situazione patrimoniale del debitore pecuniario, che non giustificano in alcun modo l'invocazione dell'effetto sospensivo delle normative limitative delle attività economiche.

Trabalho enviado em 11 de setembro de 2021

Aceito em 11 de setembro de 2021

²⁰⁰ L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., p. 1083 ss., pp. 1087-1088; ma v. anche, sebbene in un senso non del tutto coincidente con quello attribuito da Mengoni, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 48, pp. 112-113. Aderiscono a tale impostazione A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 465 ss.; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 267 ss., p. 471 ss., p. 572 ss., p. 622 ss. In senso critico si pongono i fautori della concezione oggettiva e assoluta dell'impossibilità il cui massimo esponente in Italia è G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 606 ss. e nt. 36; ma già Id., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 209 ss., p. 313 ss., p. 417 ss. con riferimento agli artt. 1224, 1225 e 1226 c.c. 1865: in tal senso cfr. G. D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria delle responsabilità contrattuali*, Napoli, 1999, p. 55 ss., in part. p. 59 e nt. 32. Sul pensiero di Osti in tema di responsabilità contrattuale cfr. C.M. Bianca, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1277 ss.; G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, *ivi*, 2019, p. 1 ss. Per una valutazione a confronto del pensiero di Osti e di quello di Mengoni cfr. C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 1 ss.

²⁰¹ Si concesso il rinvio a F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 147 ss.

²⁰² In tal senso soprattutto A. Gentili, *Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., pp. 7-8: «né infine il rallentamento generale del mercato è impossibilità: rientra nel rischio di impresa e come tale non rileva nell'ottica degli artt. 1463 ss. c.c. (vedremo tra poco se rientra in un caso di sopravvenuta onerosità). Impossibilità è il *factum principis* ma è da vedere, scartate le proposte costruttive appena rassegnate, e le troppo generiche invocazioni di principi, in quali forme concrete e da chi sia dovuta solidarietà per le prestazioni che direttamente non ne sono toccate». Un discorso analogo G. svolge con riguardo alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sulla base dell'osservazione che né la pandemia né la normativa emergenziale ha inciso sui valori di mercato delle prestazioni (si pensi alle locazioni di immobili ad uso commerciale). Inoltre, il rimedio ablativo della risoluzione appare, giustamente peraltro, incongruo, specie se riferito a contratti che una loro utilità per il debitore pecuniario, ancorché ridotta, continuavo a fornirla, come nel caso delle già ricordate locazioni commerciali (*ibidem*, p. 9).