

# L'IMPOSSIBILITÀ (OGGETTIVA?) DELLA PRESTAZIONE TRA VECCHIE CLASSIFICAZIONI, RIMEDI SOTTOVALUTATI E NUOVE ESIGENZE PROCESSUALI

di PIERPAOLO LONGO<sup>1</sup>

SOMMARIO **1.** Introduzione e FAQ (*frequently asked questions*) **2.** La responsabilità del debitore per l'inadempimento delle obbligazioni nella dottrina **3.** Le responsabilità debitoria e la forza maggiore nell'evoluzione giurisprudenziale **4.** L'assetto dell'onere probatorio **5.** Commento all'art. 91 del D.L. n. 18/2020 **5.1** *Insoddisfazione per la tecnica redazionale adoperata* **5.2** *Il nesso di causalità rilevante ai fini dell'applicazione della norma e la sorte delle obbligazioni* **5.3** *Una auspicata soluzione per le obbligazioni pecuniarie* **5.4** *Riflessioni finali tra aspettative disattese e vantaggi processuali*

## **1. Introduzione e FAQ (*frequently asked questions*)**

In un contesto storico-sociale caratterizzato da un rallentamento (se non blocco) degli affari e delle economie di scala a causa della diffusione del Covid-19, il Legislatore italiano ha tessuto una trama normativa “speciale” che ambisce, almeno nelle intenzioni, a fornire al Paese una tutela rinforzata, immediata ed incisiva. E' sufficiente volgere lo sguardo alla premessa di cui alla Relazione illustrativa del D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. “Cura Italia”)(per brevità, nel prosieguo, “DL

---

<sup>1</sup> Dottore di ricerca in Diritto Commerciale e dell'Economia Univ. “Sapienza” e Avvocato in Roma.

Cura Italia”) per avere contezza del fine ultimo di tale intervento: evitare che la caduta temporanea del PIL abbia effetti permanenti, travolgendo le attività produttive – alcune delle quali costituiscono l’ossatura dell’economia italiana – e disperdendo il capitale umano.

Oltre alle misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale, del lavoro e oltre alle misure fiscali a sostegno della liquidità delle famiglie e imprese, il Titolo V, Capo I del DL Cura Italia contempla «*Ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19*» disciplinando, tra le altre cose, i ritardi o gli inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento (art. 91, comma 1). Più specificamente, la richiamata disposizione normativa ha inserito, all’art. 3 D.L. n. 6/2020, il comma 6-*bis* prevedendo che «*Il rispetto delle misure di contenimento<sup>2</sup> 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, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*».

---

<sup>2</sup> Per consentire sin da subito una panoramica completa delle misure di cui si discute e, soprattutto, per apprezzare le conseguenze della disciplina di cui all’art. 91 DL Cura Italia, si tenga presente che l’art. 1, comma 2, del D.L. n. 6/20 le elenca espressamente: *a)* divieto di allontanamento dal Comune o dall’area “protetta” (inizialmente delimitata dalle c.d. zone rosse, poi estesa all’intero territorio nazionale); *b)* divieto di accesso al Comune o area “protetta”; *c)* sospensione delle manifestazioni e delle riunioni in luoghi pubblici; *d)* sospensione dei servizi educativi per l’infanzia e afferenti l’istruzione da quella elementare a quella universitaria; *e)* sospensione dei servizi destinati alla cultura (musei, biblioteche); *f)* sospensione dei viaggi di istruzione; *g)* sospensione delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale; *h)* quarantena con sorveglianza attiva per i soggetti che hanno avuto contatti accertati con soggetti infetti; *i)* obbligo, per coloro che entrano nel territorio nazionale, di comunicare tale circostanza alle Autorità preposte; *j)* chiusura di tutte le attività commerciali con salvezza degli esercizi commerciali per l’acquisto di beni di prima necessità; *k)* chiusura o limitazione dell’attività degli uffici pubblici; *l)* previsione di particolari dotazioni e misure di sicurezza per coloro che accedono ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali; *m)* limitazione all’accesso o sospensione dei servizi di trasporto merci e persone e dei servizi di trasporto pubblico locale; *n)* sospensione dell’attività lavorativa per le imprese, salvo quelle esercenti servizi essenziali e da svolgere con modalità domiciliari (*smart working*); *o)* sospensione e limitazione delle attività lavorative nel Comune o nell’area “protetta”. Per facilità, nel prosieguo tutte queste misure verranno definite “Misure di contenimento”.

Il primo pensiero che muove il giurista illuminato è il seguente: qual è il *favor* che una determinata norma, in un particolare momento storico-sociale, inserisce su una solida disciplina secolare? Per provare a rispondere a tale interrogativo, evidenziando eventuali vizi ed incongruenze, ma anche per apprezzarne la portata, riteniamo utile rispolverare gli antichi scaffali ed effettuare un tuffo nella prima dottrina, quella più cristallina, più ragionata e (in gran parte dei casi) non inquinata dalle spinte centripete della funzione governativa; illustrando, a seguire (ed in modo altrettanto sintetico), le sfumature giurisprudenziali che, dagli albori delle varie teorie e sino ai nostri giorni, hanno regolato, in tema di inadempimento, le controversie emerse nel mondo degli affari.

Non volendo ambire ad effettuare un esaustivo esame del tema, preferiamo rendere, invece, un breve saggio finalizzato a stimolare l'intelletto di quel giurista che, soprattutto in questi tempi, tra cronaca nera e speranze di ritorno alla piena normalità della vita sociale e degli affari, rischia di restare assopito.

## **2. La responsabilità del debitore per l'inadempimento delle obbligazioni nella dottrina**

L'istituto attorno al quale gravita l'art. 91 del DL Cura Italia è la responsabilità del debitore per l'inadempimento (o il ritardato adempimento) ai propri obblighi, allorquando tale condotta omissiva sia determinata da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (è ciò che prevede l'art. 1218 del Codice Civile, che fa *pendant* con l'art. 1256, comma 1, del Codice Civile, il quale prevede, come conseguenza di tale evento, l'estinzione dell'obbligazione).

Ebbene, si tratta di capire in cosa si è concretato l'intervento legislativo attuato con l'art. 91 del DL Cura Italia: un tentativo di tipizzazione di una fattispecie di forza maggiore? Un alleggerimento dell'onere probatorio per il debitore, ove il suo inadempimento sia stato determinato dal rispetto delle Misure di contenimento? Un semplice monito di maggior sensibilità destinato all'Organo giudicante? Una disattivazione dell'art. 1218 del Codice Civile? Proviamo a rispondere, ma non prima di alcune considerazioni intermedie.

L'inadempimento delle obbligazioni ha trovato una prima culla normativa già con il Codice Civile del 1865, il cui art. 1225 prevedeva il risarcimento del danno a favore del creditore ove il debitore non avesse fornito la prova che l'inadempimento o il ritardo fossero stati a lui non imputabili (a prescindere dalla sua mala fede), precisando, il successivo art. 1226, che detto risarcimento sarebbe stato escluso se la summenzionata condotta omissiva fosse stata conseguenza di forza maggiore o caso fortuito<sup>3</sup>: in disparte il giudizio di equivalenza dei due concetti<sup>4</sup>, entrambi da tradursi come assenza di colpa nel debitore nella determinazione dell'evento-inadempimento, si può notare che già nel 1865 il Legislatore si è dimostrato particolarmente sensibile a quei fattori, estranei alla persona e all'economia del debitore, che avessero determinato l'inadempimento (o il ritardo) dell'obbligazione contratta.

Su questo primo telaio normativo si è innestata la successiva (ed attuale) disciplina delle obbligazioni contemplata all'art. 1218 del Codice Civile del 1942 («*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*»), con riguardo al quale la Relazione del Guardasigilli n. 571 ebbe a precisare che, ai fini dell'esclusione del risarcimento, avrebbe rilevato l'impossibilità

---

<sup>3</sup> Si veda N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in (diretta da W. Bigiavi) *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1970, 318. Per completezza, si riportano l'art. 1225 del Codice Civile del 1865: «*Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede*» ed il successivo art. 1226 a mente del quale «*Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato*».

<sup>4</sup> Autorevole dottrina ha precisato infatti che col progredire delle conoscenze tecniche e scientifiche, la definizione di caso fortuito ha virato verso un concetto sempre più relativo, tendente a coincidere con la nozione di causa non imputabile a colpa del debitore o del soggetto agente, con la conseguenza che la progressiva identificazione della causa non imputabile con il caso fortuito e la forza maggiore può considerarsi il punto di arrivo dell'evoluzione legislativa (G. COTTINO, *Caso fortuito [Dir. Civ.]*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 377 e ss., il quale precisa che tali termini avrebbero sempre ed in ogni caso valore di sinonimi condividendone la matrice, dato il riferimento, per entrambi, al criterio della diligenza).

della prestazione in se e per sé considerata (e che, talvolta, essa sarebbe potuta presumersi dimostrando la condotta diligente del debitore).

Nonostante il contenuto (apparentemente) chiarificatore di detta relazione, si è assistito ad un progressivo e fervente dibattito dottrinale in ordine alla natura della responsabilità del debitore, una cui succinta rassegna può supportarci ai fini dell'inquadramento sistematico dell'art. 91 del DL Cura Italia.

Una prima tesi, incentrata sulla responsabilità soggettiva, è risultata favorevole a valutare, nell'economia dell'inadempimento, la diligenza che il debitore avrebbe dovuto adoperare in relazione al tipo di obbligazione contratta: in buona sostanza, la diligenza del buon padre di famiglia «è capace di tante e tante piccole oscillazioni: ora il buon padre di famiglia è uomo che accudisce solo la sua azienda domestica, ora è uno che serve il pubblico, od un commerciante, ed ecco che la diligenza media diventa men grave per il primo, più grave per il secondo»<sup>5</sup>. Insomma, per escludere la responsabilità debitoria sarebbe servita un'indagine di esito positivo circa l'assenza di un comportamento colposo da parte del debitore in seno all'inadempimento verificatosi, non essendo sufficiente l'impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata.

Risultando probabilmente tediante, in tale sede, valutare analiticamente la compatibilità di tale teoria con riguardo alle obbligazioni di varia natura, sia consentito rilevare che la tesi *de qua* è stata da taluno ritenuta applicabile solo in determinati rapporti (deposito), ove il comportamento del debitore si traduce nella consegna (o restituzione) di una cosa certa e determinata: insomma, la diligenza declinata dalla teoria soggettiva non avrebbe potuto assurgere a regola generale<sup>6</sup> (anche perché non avrebbe fornito una risposta soddisfacente ove l'avvenimento sopravvenuto avesse inciso sui mezzi necessari per l'adempimento e non sulla cosa oggetto della prestazione).

---

<sup>5</sup> N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, 11 e ss.

<sup>6</sup> M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1959, 221 e ss., il quale osserva che in altre obbligazioni (ad es. quelle pecuniarie e quelle di trasferimento di cose generiche) rilevarebbe necessariamente la prevalenza dell'oggetto rispetto al comportamento; diversamente opinando, si giungerebbe alla trasformazione del rapporto obbligatorio in rapporto di garanzia.

Sia consentito, tuttavia, aprire una parentesi in ordine alla patologia delle obbligazioni pecuniarie che, come vedremo nel prosieguo, sono quelle che determineranno, probabilmente, i maggiori problemi interpretativi nelle controversie che si svilupperanno nella fase di ripresa economica post Covid-19. Ebbene, è stato osservato che l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie determinerebbe una responsabilità incondizionata del debitore, la quale prescinderebbe da ogni valutazione di colpa intesa come violazione di regole di condotta; tale principio sarebbe tanto radicato che, dinanzi ad eventi eccezionali che impediscono o rendono gravemente difficoltoso l'inadempimento, il legislatore sarebbe solito intervenire con provvedimenti altrettanto eccezionali<sup>7</sup>. Inoltre, tenuto conto che l'insufficienza di beni patrimoniali esprimerebbe solo la situazione di inettitudine del debitore (non involgendo, al contempo, un giudizio di imputazione di tale inettitudine), non si può fare a meno di considerare che vi sono dei casi – sempre in ambito di obbligazioni pecuniarie – in cui la causa dell'impotenza finanziaria possono condurre alla liberazione del debitore solo ove si verificano dei rischi comuni (ad esempio: crisi di mercato, altrui insolvenza, furto) che incidono sulla capacità patrimoniale del debitore o sulla sua capacità di guadagno: rischi, questi, che in linea di principio devono essere opportunamente prevenuti e comunque coperti in fase negoziale, salvo il caso in cui si concretino in eventi straordinari usualmente sottratti ai rischi assunti (si pensi, ad esempio, alle insurrezioni o ai terremoti).

Chiusa la breve parentesi della patologia delle obbligazioni pecuniarie, tornando alle posizioni dottrinali inerenti alla natura della responsabilità debitoria, bisogna tenere a mente che la teoria soggettiva tradizionale sopra illustrata è stata mitigata da chi, ritenendo che l'art. 1225 del Codice Civile del 1865 abbia inteso distinguere il caso fortuito dalla mancanza di diligenza, ha messo in discussione l'esattezza dell'equazione *casus=non*

---

<sup>7</sup> M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1959, 305, il quale ha precisato che nelle obbligazioni pecuniarie la responsabilità del debitore non può essere rapportata al metro di una condotta diligente che mira, da un lato, a conservare l'integrità della cosa (rendendo possibile l'adempimento) e, da altro lato, a trasferirla; di conseguenza, il principio *genus numquam perit* – che presuppone il sistema dell'impossibilità – non è adeguato per fornire una tutela al debitore inadempiente.

*culpa* con la conseguenza che la liberazione del debitore sarebbe potuta realizzarsi solo quando l'evento impeditivo fosse risultato estraneo alla sua persona o alla sua azienda (in altre parole, quando si fosse verificato un «*impedimento di carattere generale*»)<sup>8</sup>.

In netta contrapposizione agli orientamenti sopra illustrati, si è guadagnato spazio chi si è focalizzato su una posizione rigorosamente obiettiva, per cui il debitore inadempiente può ritenersi liberato quando la prestazione è divenuta oggettivamente ed assolutamente impossibile per causa a lui non imputabile, mentre la diligenza del buon padre di famiglia avrebbe rilevato solo per “misurare” l'esattezza (o meno) della prestazione resa<sup>9</sup>; su tale impostazione si è innestata la rilevante precisazione per cui laddove l'adempimento avesse posto il diritto del creditore in conflitto con i diritti essenziali del debitore o di altre persone, l'obbligato non sarebbe stato tenuto ad adempiere nonostante la possibilità della prestazione<sup>10</sup>. La tesi oggettiva tradizionale è stata smorzata da chi ha acutamente osservato che ai fini della liberazione del debitore non si sarebbe necessitato imprescindibilmente di un'impossibilità assoluta, ma sarebbe risultata sufficiente un'impossibilità relativa, che si sarebbe concretata quando, a causa di circostanze sopravvenute, il risultato dedotto nel rapporto obbligatorio sarebbe stato perseguito solo mediante l'impiego di mezzi anormali rispetto a

---

<sup>8</sup> V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 352 e ss. In tale prospettiva, si è ritenuto (già in allora) di dover ricondurre al concetto di impedimento estraneo alla persona del debitore gli scioperi generali, le restrizioni al commercio internazionale, la sparizione di una merce dal mercato nazionale ed eventi affini, i quali riflettono un grado di impossibilità o di estrema difficoltà non sopportabile dal debitore.

<sup>9</sup> G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1918, 1 e ss. e G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, VIII, 1954, 607.

<sup>10</sup> A tale precisazione sembra essere riconducibile anche chi ha osservato che il compimento o l'omissione di atti che costituiscono manifestazione di solidarietà umana e sociale o di esigenze dello sviluppo delle personalità, può costituire causa non imputabile, v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1975, 452 ss.

quelli (in buona fede) prevedibili al momento dell'incontro della volontà negoziale dei paciscenti<sup>11</sup>.

Tale biforcazione ha destato una profonda insoddisfazione nei confronti di chi ha ritenuto ammissibile distinguere unicamente tra impossibilità oggettiva (intrinseca alla natura stessa della prestazione, tale da costituire un impedimento per la generalità dei consociati) e soggettiva (strettamente dipendente dalle condizioni particolari dell'obbligato e da un impedimento sorto nella sfera interna della sua economia individuale), la prima delle quali (quella oggettiva) è l'unica a rilevare ai fini della liberazione del debitore<sup>12</sup>.

Al di là delle prospettazioni dottrinali che hanno echeggiato negli ambienti accademici del secolo scorso, volgendo lo sguardo alla disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni in ambito internazionale, merita di essere evidenziata la Convenzione di Vienna del 1980 (vendita internazionale di merci), il cui art. 79 prevede che la parte inadempiente (venditore o compratore) non risponde per l'inadempimento di una delle sue obbligazioni se è in grado di provare che l'inadempimento sia stato causato da un impedimento derivante da «*circostanze estranee alla sua sfera di controllo*», e non fosse stato ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione

---

<sup>11</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 280 e ss.; caso di scuola è la nave del vettore, bloccata nei ghiacci, che non potrebbe lasciare l'ormeggio se non con l'ausilio del rompighiaccio: circostanza, questa, che, se prevista al momento dell'intesa contrattuale, avrebbe certamente implicato un eventuale maggiore corrispettivo a favore del vettore, ma che in assenza lo libera da oneri risarcitori.

<sup>12</sup> E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 48 e ss., il quale brillantemente ha osservato che il tentativo di qualificare come assoluto l'inadempimento, altro non è che un'assurda iperbole, essendo quello del diritto essenzialmente il regno del relativo. Giova evidenziare come le posizioni di Betti e Mengoni siano state valutate come insoddisfacenti da chi ha ritenuto come tali Autori abbiano inteso relegare la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 Codice Civile) ad una posizione di secondo piano, oltre a far leva su una nozione troppo elastica di buona fede per giustificare l'obbligo del debitore di compiere lo sforzo estremo per superare l'ostacolo in cui si concreterebbe il requisito dell'assolutezza: diversamente, nell'esaminare sistematicamente i rapporti tra gli artt. 1218 e 1256 Codice Civile, la regola della diligenza non è esaustiva ai fini dell'attività negoziale, dovendo essere opportunamente integrata dalla correttezza (*in contrahendo* e *in executivis*) e dalla buona fede, G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955, 104 e ss.



del contratto<sup>13</sup>; impostazione, questa, che ci pare ricalcare le orme lasciate dalla tesi oggettiva di cui l'Osti si è reso fautore. In altra sede, la Convenzione di Montreal (in materia di trasporto aereo internazionale) prevede, all'art. 17, la responsabilità oggettiva del vettore aereo di *persone* per la morte o lesioni dei passeggeri e la responsabilità oggettiva del vettore aereo di *cose*, consentendo alla parte inadempiente di liberarsi da ogni onere risarcitorio ove sia in grado di provare che la perdita della cosa trasportata è derivata da determinati rischi eccettuati.

Nonostante la pregevolezza delle impostazioni propugnate dalla più autorevole dottrina come sopra illustrate, (soprattutto) ai fini del presente lavoro giova utilizzare un diverso approccio saggiamente individuato da uno dei più recenti insigni Maestri, per cui non appare utile proporre soluzioni personali affidandosi ad interpretazioni letterali spesso ambigue e ricercare quella astrattamente migliore; piuttosto – mai come oggi – appare utile calibrare ogni riflessione inerente alla responsabilità debitoria sulla soluzione che l'ordinamento, in un determinato momento storico (quello attuale), ha concretamente adottato<sup>14</sup>.

### **3. La responsabilità debitoria e la forza maggiore nell'evoluzione giurisprudenziale**

Agganciandoci alla conclusione del precedente paragrafo, giova tenere a mente che l'interpretazione dell'impossibilità liberatoria è da sempre stata affrontata dalla giurisprudenza con encomiabile sensibilità aderente al dato ed alla realtà sociale<sup>15</sup>. All'alba del fervente dibattito dottrinale sopra sintetizzato, le pronunce giurisprudenziali sono apparse sin da subito foriere di riflessioni, dimostrandosi in gran parte inclini a valorizzare l'impossibilità obiettiva della prestazione, senza rinunciare alla

---

<sup>13</sup> Autorevole dottrina ha rilevato che devono intendersi ragionevolmente evitabili e superabili quegli impedimenti che un imprenditore professionalmente diligente è normalmente tenuto a prevedere, evitare e superare (C.M. BIANCA, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 6/2019, 1290).

<sup>14</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, Bologna, 1967, 94 e ss.

<sup>15</sup> N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in (diretta da W. Bigiavi) *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1970, 347.

valorizzazione dell'elemento colposo nell'economia dell'inadempimento.

In effetti, le prime pronunce di legittimità sul tema, pur assumendo che l'impossibilità della prestazione sarebbe dovuta ritenersi assoluta ed insuperabile, hanno identificato la non imputabilità dell'inadempimento del debitore nell'assenza di colpa riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione<sup>16</sup>, rilevando, ad esempio, l'aver contratto un'obbligazione senza la consapevolezza, in base alle norme di comune diligenza, di poterla adempiere<sup>17</sup>. Già in questo periodo di florescenza giurisprudenziale – si noti bene, cinquant'anni addietro –, ove fossero state prospettate numerose circostanze obiettive apprezzabili ai fini dell'esclusione di colpa del contraente inadempiente, è emerso che il giudice avrebbe avuto il *dovere di valutarle*<sup>18</sup> (la portata di tale precisazione potrà essere maggiormente apprezzata *infra*).

Nella prospettiva obiettiva non sono mancate quelle impostazioni tese a validare l'impossibilità della prestazione in presenza di un ostacolo assoluto ed oggettivo<sup>19</sup> ove, però, il concetto di absolutezza non rimanda ad un'idea di impossibilità naturalistica, bensì avrebbe escluso una valenza liberatoria alla semplice maggior onerosità o difficoltà dell'attività esecutiva<sup>20</sup>.

Negli anni a seguire si è assistito ad una maggiore valorizzazione della tesi soggettiva, giungendo ad ammettere la liberazione del debitore anche nel caso in cui fosse rimasta ignota la causa dell'impedimento, purché egli fosse stato in grado di dimostrare che questa non fosse a lui imputabile<sup>21</sup>; impostazione, questa, che ha subito dei *lifting* giurisprudenziali a mezzo dei quali si è sottolineato che la responsabilità del

<sup>16</sup> Cass. n. 1926 del 15 luglio 1963, in *Foro it.*, 1963, 474.

<sup>17</sup> Cass. n. 2105 del 24 giugno 1968, in *Giust. Civ.*, Mass., 1968, 1080. In altra sede è stato precisato che qualora ricorrano circostanze obiettivamente e positivamente accertabili idonee ad escludere la colpa del debitore, l'inadempimento può essere ritenuto incolpevole e non si può accedere alla tutela della risoluzione contrattuale e del risarcimento del danno (Cass. n. 231 del 15 febbraio 1965, in *Foro it.*, Mass., 1965, 332).

<sup>18</sup> Si veda Cass. n. 2148 dell'11 settembre 1967, in *Giust. Civ.*, Mass., 1967, 1133.

<sup>19</sup> Cass. n. 2691 del 16 marzo 1987, in *Foro it.*, 1989, I, 1209.

<sup>20</sup> Cass. 7604 del 19 agosto 1996, in *Giur. It.*, 1997, 1078.

<sup>21</sup> Cass. n. 1500 del 16 febbraio 1994, in *Giur.it.*, 1995, I, 1110.

debitore avrebbe dovuto presupporre la sussistenza (almeno) della sua condotta colposa, che è presunta dalla legge: conseguentemente, sarebbe spettato al debitore stesso dimostrare la propria assenza di colpa ogni qualvolta la prestazione fosse rimasta inadempita per causa ad egli non imputabile<sup>22</sup>. Questa impostazione ha contraddistinto, negli anni passati, le soluzioni proposte in ambito di responsabilità medica, volte ad avallare una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria in presenza di un nesso causale “presunto”: in buona sostanza, ogni qualvolta la condotta della struttura (e/o del medico) avesse costituito un antecedente causale astrattamente idoneo a cagionare il danno lamentato dal paziente, sarebbe stata proclamata la loro responsabilità nonostante l’incertezza in ordine alla causa provocante il predetto danno<sup>23</sup>.

Recentemente, la giurisprudenza ha evidenziato che affinché l’impossibilità della prestazione possa atteggiarsi quale causa di esonero del debitore da responsabilità, deve essere offerta la prova della non imputabilità, anche remota, di tale evento impeditivo<sup>24</sup>.

Confidando che, ai fini della risposta ai quesiti posti all’inizio del presente lavoro, rivesta preminente rilevanza

---

<sup>22</sup> Cass. n. 11717 del 5 agosto 2002, in *Contratti*, 2003, I, 38 e Cass. n. 124 del 9 gennaio 1997, in *Mass. Giur. It.*, 1997.

<sup>23</sup> Tale impostazione ha poggiano le proprie fondamenta sul principio di vicinanza della prova, incombindo sulla struttura sanitaria l’onere di dimostrare con certezza la circostanza idonea ad interrompere il nesso di causalità tra la propria condotta ed il pregiudizio arrecato (ad esempio: un fatto imprevisto ed imprevedibile, riconducibile alla condizione fisica del paziente che non poteva essere a priori conosciuta dal personale medico): cfr. Cass. n. 5590 del 20 marzo 2015, in banca dati *Pluris*. In tale contesto, tuttavia, attenta dottrina ha rilevato che con l’entrata in vigore della L. n. 24 del 2017 (*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*) si sarebbe assistito ad una rinnovata natura extracontrattuale della responsabilità del medico, con la conseguenza che diventerebbe non operativo il principio della responsabilità “presunta” ove il danneggiato abbia avviato la propria azione risarcitoria ai sensi dell’art. 2043 Codice Civile (anche) nei confronti del medico; anche perché, a tutto voler concedere, il danneggiato difficilmente potrebbe provare con successo che la condotta del medico/danneggiante non si sia conformata alle regole tecniche della professione, normalmente estranee alla conoscenza dell’uomo comune (si veda N. DE LUCA – M. FERRANTE – A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario*, in *NLCC*, n. 4/2014, 41 e ss.).

<sup>24</sup> Cass. n. 13142 del 25 maggio 2017, in *Il caso.it* e Cass. n. 6594 del 30 aprile 2012, in *CED Cassazione*.

l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie (proprio in virtù dell'esigenza orizzontale di liquidità del mercato), giova tenere a mente che la giurisprudenza di legittimità è piuttosto ferma nel ritenere che il pagamento di una somma di danaro non possa mai risultare obiettivamente impossibile – fatta salva l'eccezione dell'ipotesi estrema di totale sparizione della moneta –, con la conseguenza che non potrebbe mai prospettarsi la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione (il *fil rouge* degli orientamenti sul tema è l'irrilevanza dell'impotenza economica sopravvenuta del debitore<sup>25</sup>).

Non riteniamo, tuttavia, che detto principio sia inattuabile. In effetti, pur essendo la moneta un bene fungibile, l'irruzione nell'ambiente negoziale di un evento di forza maggiore impedirebbe al debitore di esprimersi secondo la normale realtà delle cose e, giocoforza, di sostituire quel bene con un altro identico. Vieppiù, se trattasi di un evento straordinario ed imprevedibile che si insinua, senza distinzione soggettiva ed oggettiva, in tutti gli habitat negoziali che permeano il mondo degli affari. Ma sul punto torneremo nell'ultimo paragrafo del presente lavoro.

---

<sup>25</sup> Cass. n. 25777 del 15 novembre 2013, in banca dati *Pluris*. In alcune sedi giurisprudenziali è stato evidenziato che l'impotenza finanziaria, benché causata da eventi esterni – quali una stagione poco favorevole per l'imprenditore agricolo o l'occupazione della fabbrica da parte delle maestranze con conseguente blocco dell'attività e mancanza di incassi o, ancora, il sequestro di beni del debitore –, non esonera il debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione (si vedano Cass. n. 2555 del 15 luglio 1968, Cass. n. 3488 del 17 giugno 1980 e Cass. n. 3435 dell'11 maggio 1988, tutte in banca dati *Pluris*). Più recentemente è stato affermato che in materia di obbligazioni pecuniarie, l'impossibilità della prestazione deve consistere, ai fini dell'esonero da responsabilità del debitore, non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso, e deve far riferimento alla prestazione contrattuale in sé e per sé considerata, e non a comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto (v. Cass. n. 9645 del 20 maggio 2005, in *Contratti*, 2004, 12, 1137; la fattispecie sottesa alla pronuncia consisteva nell'impotenza economica del soggetto gestore di un corso di formazione professionale che, a causa dell'inadempimento di un terzo nei suoi confronti, non ha potuto pagare il docente del corso). Rileviamo, tuttavia, che l'evento scatenante l'inadempimento del gestore (ossia, l'inadempimento di un fruitore del corso) non merita assolutamente di essere trattato alla stregua di un evento straordinario che colpisce orizzontalmente tutti gli operatori di mercato, come sta avvenendo in questa fase "emergenziale" a causa della diffusione del Covid-19 (o, più precisamente, a causa dell'imposto rispetto delle Misure di contenimento atte ad evitare la diffusione del Covid-19).

Ebbene, senza ambire ad effettuare una più dettagliata radiografia degli orientamenti suesposti (che, invero, meriterebbe una apposita trattazione), ai fini della risposta ai nostri quesiti – qual è l’innovazione portata dall’art. 91 DL Cura Italia? Vi è l’ambizione a tipizzare nuove fattispecie di forza maggiore? Si tratta di un alleggerimento dell’onere probatorio? –, può essere utile evidenziare che le posizioni giurisprudenziali sopra illustrate sono tutte caratterizzate da un crescente *favor* verso l’utilizzo di formule convergenti verso la valorizzazione dell’imprevedibilità e dell’inevitabilità dell’evento-inadempimento<sup>26</sup>; in altre parole, si è sentita sin da subito l’esigenza di ravvisare la mancanza di colpa del debitore in eventi straordinari, usualmente sottratti ai rischi assicurati (ad esempio, terremoti, insurrezioni, avversità della navigazione, sciopero).

In tale prospettiva, sono rinvenibili risalenti pronunce giurisprudenziali che, da un lato, *i*) hanno considerato fortuito ogni fenomeno o accidente che si verifica di quando in quando, ma che non rappresenta l’andamento naturale dell’ordine delle cose<sup>27</sup>, e che, da altro lato, *ii*) hanno individuato un’esimente a favore del debitore in un avvenimento *cui resisti non potest*, rispetto al quale non è immaginabile alcuna forza umana che ne possa impedire le conseguenze dannose<sup>28</sup> (ancora una volta, inevitabilmente, la valutazione di merito, caso per caso, sarebbe spettata all’Organo giudicante mediante l’utilizzo di criteri elastici ed adattabili alla fluida realtà economico-sociale di riferimento).

Ebbene, volendo opportunamente circoscrivere la nostra indagine agli impedimenti che travolgono “orizzontalmente” il

---

<sup>26</sup> In disparte una differente sensibilità della giurisprudenza penale ove si è inclini ad ascrivere *a*) il caso fortuito all’avvenimento imprevedibile ed eccezionale che si inserisce improvvisamente nell’azione del soggetto e *b*) la forza maggiore a quella forza esterna che determina la persona a compiere un’azione cui questa non può opporsi, in talune pronunce la giurisprudenza civile ha osservato che il caso fortuito debba essere inteso in senso molto ampio, tale da ricomprendere anche l’evento naturale (forza maggiore) purché idoneo a costituire la causa esclusiva del danno (*ex multis*, Cass. n. 26533 del 9 novembre 2017; Cass. n. 993 del 16 gennaio 2009, in banca dati *Pluris*).

<sup>27</sup> App. Cagliari del 16 dicembre 1955, in *Giust. Civ.*, 1956, voce *Obbl. contr.*, n. 337.

<sup>28</sup> Cass. n. 428 del 6 marzo 1962, in *Arch. Resp. Civ.*, 1964, 240.

mondo degli affari, già il periodo post-bellico 1915-1918 ha visto accrescersi i casi in cui il l'imprenditore non era in grado di adempiere a causa di ostacoli che non colpivano la sua sfera individuale, ma tutto il ramo della sua attività o addirittura tutta l'economia dello Stato. In tale scenario, nel lontano 1926, fungendo quasi da apripista, la Corte di Cassazione di Torino ha avuto modo di precisare – sebbene con riferimento agli obblighi di consegna – che, ai fini della liberazione del debitore, l'impossibilità di consegnare un determinato bene sarebbe dovuta essere assoluta e derivare da forza maggiore equiparabile al perimento della specie o allo smarrimento o irreperibilità della cosa stessa<sup>29</sup> (ed è stato proprio in questo contesto che il Legislatore dell'epoca è intervenuto per sancire che, con riguardo alle obbligazioni assunte prima del conflitto mondiale, l'evento bellico sarebbe dovuto considerarsi come caso di forza maggiore non solo ove la prestazione del debitore fosse divenuta impossibile ma, si noti bene, anche quanto fosse divenuta eccessivamente onerosa<sup>30</sup>).

Nelle decadi a seguire la giurisprudenza ha avuto occasione di confrontarsi con ulteriori fattispecie di forza maggiore – sia consentito dire – “infrequenti”. Più specificamente, in tema di esecuzione di contratti pubblici di appalto, il giudice amministrativo ha sussunto nella forza maggiore *i*) l'epidemia influenzale che aveva colpito un'alta percentuale delle maestranze e *ii*) gli scioperi nazionali cui avevano aderito gli operai, qualificandoli come eventi impeditivi con conseguente

---

<sup>29</sup> Corte di Cassazione di Torino del 26 settembre 1917, in *Giur. Cod. comm.*, I, 152.

<sup>30</sup> Si tratta del D. Lgt. n. 739 del 27 maggio 1915, in *Riv. Dir. Civ.*, 1917, 317 e ss., la cui portata dell'intervento è stata analizzata da App. Milano del 24 febbraio 1917, ove si afferma che «*fu data facoltà al governo del re in caso di guerra e durante la guerra medesima di emanare disposizioni aventi valore di legge in quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell'ordine pubblico e da urgenti straordinari bisogni dell'economia nazionale...quel decreto...ha voluto dettare una norma eccezionale e transitoria nell'interesse dell'economia nazionale per ovviare al danno che a questa potrebbe derivare dal grave turbamento che il commercio risentirebbe se il debitore dovesse rimanere obbligato ad eseguire la prestazione, anche quando questa, per il fatto della guerra, gli fosse diventata eccessivamente onerosa*», in *Riv. Dir. Civ.*, 1917, 319.

disapplicazione della clausola penale nei riguardi dell'appaltatore<sup>31</sup>.

Ma a dimostrazione dell'esigenza diffusa di declinare queste fattispecie peculiari di forza maggiore – senza necessariamente esigere un intervento normativo in tal senso –, sia consentito volgere lo sguardo al di fuori del Bel Paese, ed esattamente nella giurisprudenza tedesca, ove un tribunale ha ritenuto che la

---

<sup>31</sup> Cons. Stato n. 287 dell'1 marzo 1972, in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 1980, II, 200. Con riguardo allo sciopero, autorevole dottrina ha evidenziato che la sua rilevanza/irrelevanza come esimente per l'imprenditore nei giudizi ove fosse dedotta l'impossibilità sopravvenuta, non sarebbe potuta essere risolta in modo assoluto, ma si sarebbe necessitato di valutazioni da effettuare caso per caso, mediante criteri elastici: ciò, in quanto non esiste una norma che propenda per una delle due possibilità, confinando l'una e l'altra nell'alveo dell'astrattezza (G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore: problemi generali*, Milano, 1955, 398, secondo il quale, in aggiunta, sarebbe imputabile al datore di lavoro quello sciopero la cui proclamazione sarebbe stata ascrivibile alla volontà dell'imprenditore di modificare in proprio favore i patti contrattuali, privando i lavoratori di una tutela prevista dalla legge; con una lettura diversa, G. ARDAU, *Teoria giuridica dello sciopero*, Padova, 1962, 240, ha affermato che, ove lo sciopero dovesse ritenersi legittimo, esso ricadrebbe nel rischio di impresa – appositamente assicurabile con una polizza sulla responsabilità civile – con la conseguenza che l'imprenditore avrebbe potuto assumere altri lavoratori in sostituzione). I primi orientamenti giurisprudenziali hanno riconosciuto, da un lato, che l'inadempimento del datore di lavoro si sarebbe configurato solo quando, mediante condotte vessatorie, avesse egli stesso provocato lo sciopero (v. Trib. Milano del 29 marzo 1962, in *Temì*, 1962, 182); da altro lato, sull'assunto per cui lo sciopero a scopi economico-contrattuali non sarebbe, di per sé, imputabile all'imprenditore, è stato affermato che il datore di lavoro avrebbe potuto rifiutarsi di subire le pretese dei suoi dipendenti, a meno che il suo comportamento non fosse stato evidentemente colposo (v. Cass. n. 1841 del 18 giugno 1953, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, II, 91 e ss.). In tutte queste occasioni, peraltro, sarebbe toccato al giudice – proprio come l'art. 91 del DL suggerisce tutt'oggi – apprezzare entro quali limiti lo sciopero fosse stato giustificabile per i lavoratori e quindi idoneo per escludere l'inadempimento dell'imprenditore. La questione della sussumibilità dello sciopero nella forza maggiore ai fini della liberazione del debitore-imprenditore, è stata poi affrontata dalla successiva giurisprudenza, secondo la quale il diritto di sciopero non escluderebbe la possibilità, per il datore di lavoro, di avvalersi di ogni mezzo legale che, senza impedire l'esercizio del diritto collettivo, ne eviti o ne attenui gli effetti negativi: in tale prospettiva, sarebbe legittimo il ricorso dell'imprenditore all'impiego di personale non scioperante (anche esterno all'azienda) per sopperire alla mancata prestazione lavorativa del personale in sciopero. Il punto di caduta di tale impostazione è che non costituirebbe attività antisindacale la condotta del datore di lavoro che, nel corso di uno sciopero, abbia sostituito i dipendenti scioperanti con il personale interno a sua disposizione non aderente allo sciopero ed anche con quello esterno (v. Cass. n. 12822 del 29 novembre 1991, in banca dati *Pluris*). Condotta, questa, che escluderebbe ogni sua responsabilità.

*Severe acute respiratory syndrome* (“SARS”) rappresentasse un’epidemia e, quindi, una causa di forza maggiore giustificante il recesso dal contratto di viaggio *all inclusive* in Cina, con diritto al rimborso integrale del prezzo già corrisposto: in quel caso, il giudice tedesco ha stabilito che la causa di forza maggiore si sarebbe concretata in un evento esterno privo di collegamento con l’affare e che non sarebbe potuto essere evitato neppure adottando la massima cura ragionevolmente pretendibile, né sarebbe stato prevedibile<sup>32</sup>; precisando, al contempo, che le epidemie appartenessero – come, invero, appartengono – alle cause di forza maggiore poiché esulano dal rischio connesso all’attività dell’organizzatore di viaggi e dal generale rischio-vita del viaggiatore<sup>33</sup>.

Foriera di spunti di riflessione, soprattutto al fine di rispondere ai nostri quesiti, è risultata una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione del 2007 la quale, in tema di contratto di viaggio vacanza “tutto compreso” (c.d. “pacchetto turistico” o “*package*”)<sup>34</sup>, pur focalizzandosi sulla

---

<sup>32</sup> Nei giudizi attinenti la valutazione della forza maggiore è dirimente valutare se l’evento risulti prevedibile o meno. In effetti, sempre a proposito di “SARS”, con una decisione del 5 marzo 2005 la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* ha escluso la sussistenza di forza maggiore in seno ad un inadempimento il cui rapporto contrattuale era venuto ad esistenza successivamente alla diffusione dell’epidemia e, dunque, l’inadempiente è risultato tale sulla base di una piena consapevolezza delle possibili *chance* di non poter rendere la prestazione contemplata nel contratto; non solo, la Corte cinese ha stigmatizzato l’omissione di una tempestiva informativa del debitore, il quale aveva notificato alla controparte negoziale la sua impossibilità di adempiere solo dopo alcuni mesi la conclamata diffusione della “SARS” ed aveva fornito delle prove – comunque ritenute insufficienti dal giudice – solo l’anno successivo (cfr. M. BALESTRA, *Coronavirus e gestione dei contratti internazionali: indicazioni generali e suggerimenti operativi*, in *Quotidiano giuridico Pluris* del 4 marzo 2020).

<sup>33</sup> *Amtsgericht Augsburg* (ossia l’equivalente del Giudice di Pace italiano) del 9 novembre 2004, E. PIOVESANI, *Coronavirus e forza maggiore: traduzione di una sentenza dell’Amtrsgericht Augsburg*, in *ilcaso.it*.

<sup>34</sup> Disciplinato dagli artt. 82 e ss. del D. Lgs. n. 206 del 2005 (c.d. “Codice del consumo”), oggi abrogati, e che si caratterizzava per la prefissata combinazione di almeno due dei seguenti elementi: trasporto, alloggio e servizi turistici agli stessi non accessori (itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, ecc.), costituenti parte significativa di tale contratto, con durata superiore alle ventiquattro ore ovvero estendentesi per un periodo di tempo comportante almeno un soggiorno notturno. Ebbene, la “finalità turistica” (o “scopo di piacere”) nel contratto *de quo* non è un motivo irrilevante ma si sostanzia nell’interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare,



(normativamente non prevista) impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore (assimilabile, tuttavia, all'impossibilità di esecuzione), ha sussunto la diffusione di un'epidemia (nel luogo di vacanza) tra le cause autonome di estinzione dell'obbligazione<sup>35</sup>. Sebbene l'analisi del Giudice di legittimità si sia incentrata su un concetto – la piena utilizzabilità della prestazione configurante la causa (intesa come elemento funzionale) del contratto – differente da quello finora analizzato *supra*, ossia l'impossibilità della prestazione, non si può trascurare che in ambo i casi il *trigger point* determinante l'inutilizzabilità o l'impossibilità della prestazione è un evento costituente causa di forza maggiore (v. *infra*). Giova evidenziare, peraltro, che nella ricostruzione della peculiare superiore fattispecie portata all'attenzione della Corte di Cassazione, si è avuta la plastica evidenza che l'attività ermeneutica del giudice è destinata ad espandersi a prescindere – o, meglio, soprattutto in assenza di - norme di diritto positivo che molto spesso il Paese reclama a gran voce.

#### 4. L'assetto dell'onere probatorio

Prima ancora di esaminare la portata dell'art. 91 DL Cura Italia, giova rinfrescare lo stato dell'arte in ordine alla disciplina dell'onere probatorio che, in tema di inadempimento delle obbligazioni, deve essere assolto dal debitore per andare esente da obblighi risarcitori.

Il tema della distribuzione dell'onere probatorio è stato oggetto di ampia discussione nelle decadi passate, tanto da sfociare in due distinti orientamenti poi composti dalla Sezioni Unite della Cassazione.

Nel tenere distinte le domande di esatto adempimento, da un lato, e di risoluzione contrattuale, da altro lato, un primo orientamento ha previsto che, nel primo dei due casi (esatto adempimento), l'attore avrebbe dovuto provare il titolo fondante la propria pretesa mentre, nel secondo caso (domanda di risoluzione), avrebbe in aggiunta dovuto provare il fatto

---

connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero.

<sup>35</sup> Si veda Cass. n. 16315 del 24 luglio 2007, in *Giur. It.*, 2008, 5, 1133.

legittimante la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze in funzione delle quali esso assumerebbe giuridica rilevanza; solo in caso di positiva dimostrazione del fatto costitutivo dell'inadempimento, sarebbe entrato in gioco il ruolo del convenuto il quale, dal canto suo, avrebbe dovuto dimostrare di essere immune da colpa<sup>36</sup>.

Tale impostazione è stata affiancata da un secondo orientamento il quale, assumendo che le azioni di adempimento e risoluzione abbiano in comune la medesima condotta omissiva (*i.e.* il mancato adempimento), ha affermato che il creditore avrebbe dovuto provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non l'inadempimento dell'obbligato; su quest'ultimo soggetto, invece, sarebbe gravato l'onere di dimostrare il proprio adempimento, salvo la possibilità di sollevare l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*" (che sarebbe eventualmente dovuta essere neutralizzata dalla controparte provando il proprio adempimento o l'inesigibilità della prestazione<sup>37</sup>).

Comparando i due orientamenti, mentre si è raggiunta una convergenza di risultato nella tutela del creditore per l'inesatto adempimento della prestazione, una divergenza è palpabile in caso di omesso inadempimento, laddove sarebbe toccato al creditore provare l'inadempimento<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cass. n. 1119 del 29 gennaio 1993, in *Foro it.*, I, 1469, la quale ha aderito alle precedenti Cass. n. 8336 del 17 agosto 1990, in *Mass. Giur. It.*, 1990, 9; Cass. n. 1109 del 17 aprile 1970, in *Foro it.*, 1970, I, 1911; Cass. n. 2024 del 18 giugno 1968, in *Mass. giur. it.* 1968, 13. Secondo la dottrina, tale diversificazione sarebbe giustificabile con il complesso dei poteri e degli oneri incombenti sulle parti processuali in virtù dell'auspicato ed atteso esito della controversia (G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 438).

<sup>37</sup> Cass. n. 7027 del 23 maggio 2001, in *Corr. Giur.*, 2001, 7, 855, la quale si è inserita nel solco tracciato da Cass. n. 11629 del 15 ottobre 1999, in *Contratti*, 2000, 1, 38; Cass. n. 10446 del 5 dicembre 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 1192; Cass. n. 973 del 7 febbraio 1996, in *Contratti*, 1996, 552.

<sup>38</sup> Sebbene la prova del fatto negativo possa generare profonde perplessità, è stato osservato che si può a ciò ovviare mediante l'utilizzo di argomentazioni positive e contrarie. Sia consentito il rinvio a Cass. n. 3644 del 15 giugno 1982, in *Mass. Giur. it.*, 1982, 928, secondo la quale provare il mancato adempimento non significherebbe invertire l'onere probatorio, ma semplicemente raggiungere la relativa prova mediante fatti positivi contrari. In dottrina, cfr. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 427, S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario al codice civile*, Bologna, 1987, 120; inoltre, secondo L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1096, sarebbe impossibile avanzare istanza giudiziale di

La diversità di percorsi è stata poi composta, in maniera risolutiva, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno definitivamente chiarito che il creditore deve limitarsi a *i*) provare la fonte del suo diritto ed il relativo termine di scadenza dell'obbligazione nonché ad *ii*) allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte; sul debitore, invece, graverebbe la prova del fatto estintivo dell'avversa pretesa<sup>39</sup> (ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova è applicabile quando è sollevata eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 del Codice Civile): insomma, un orientamento che si è posto l'obiettivo di armonizzare la disciplina dell'onere probatorio accarezzando i principi di vicinanza della prova e certezza del diritto. Ed è questa l'impostazione seguita dai giudici nell'attualità.

In effetti, dal combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 del Codice Civile emerge, senza particolari difficoltà ermeneutiche, che il debitore è onerato di provare che il suo inadempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, mentre il creditore è tenuto soltanto alla dimostrazione dell'esistenza del titolo giuridico su cui l'obbligazione inadempita affonda le proprie radici<sup>40</sup>. Insomma, una vera e propria presunzione di responsabilità in capo al debitore dalla quale egli può sganciarsi dimostrando, come detto, che l'evento che ha reso impossibile la prestazione non è a lui imputabile<sup>41</sup>.

---

adempimento per le obbligazioni negative, potendo invece essere invocato un provvedimento che produca gli esiti conseguenti alla vanificazione di un obbligo.

<sup>39</sup> Cass. Sez. Un. n. 13533 del 30 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 769. Orientamento, questo, che è stato poi seguito dalle successive pronunce di legittimità (*ex multis*, Cass. n. 22361 del 25 ottobre 2007 e Cass. n. 13685 del 21 maggio 2019, in banca dati *Pluris*) e di merito (Trib. Roma del 7 febbraio 2020, in banca dati *Pluris*).

<sup>40</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1229*, Bologna, 1967, 156.

<sup>41</sup> Il principio è piuttosto consolidato in giurisprudenza; *ex multis*, si veda Cass. n. 2148 dell'11 settembre 1967, in *Giust. Civ.*, 1967, 1133, secondo la quale «*In tema di inadempimento contrattuale si presume, fino a prova contraria, la colpa del contraente inadempiente; tuttavia, il giudice, se vengono prospettate numerose ed incontestate circostanze obiettive, che appaiano apprezzabili al fine di escludere detta colpa, ha il dovere di valutarle*». Peraltro, è stato precisato che si tratta di una presunzione non assoluta in quanto va parametrata rispetto al principio di buona fede, postulando, dunque, un'indagine sulla volontarietà dell'inadempimento o, in caso di errore, sull'uso della diligenza necessaria ad

Secondo un'acuta analisi, peraltro, tale impostazione poggerebbe sull'esigenza di politica legislativa, dettata dall'art. 2697 del Codice Civile, consistente nel voler semplificare la fattispecie produttiva degli effetti giuridici, sì da addossare la colpa a quel soggetto (il debitore) che, molto probabilmente, ha la concreta possibilità di – e aggiungerebbero noi, il concreto interesse a – fornirla (tale regola, peraltro, si giustificerebbe nella struttura dialettica del processo ordinario di cognizione)<sup>42</sup>. Inoltre, nonostante sia stato osservato che l'art. 1218 del Codice Civile non richiederebbe la prova dello specifico evento impeditivo, essendo invece sufficiente provare la non imputabilità al debitore<sup>43</sup> (mentre secondo altri egli deve provare il fatto impeditivo o estintivo della pretesa creditoria<sup>44</sup>), è più che rilevante considerare che, talvolta, il concreto riferimento ad una determinata causa impeditiva agevola l'attività probatoria del debitore: si pensi, ad esempio, all'inadempimento agli obblighi del conduttore in caso di perdita e deterioramento della cosa (art. 1588 Codice Civile), ove non è richiesta la dimostrazione dell'inosservanza degli obblighi cui egli è contrattualmente tenuto, ma è richiesta solo la dimostrazione positiva di una causa efficiente dell'evento a lui non imputabile<sup>45</sup>.

## 5. Commento all'art. 91 del D.L. n. 18/2020

Giunti a questo punto delle nostre riflessioni, è sulla scorta di tutto quanto sopra brevemente illustrato che proviamo a procedere con un commento all'art. 91 del DL Cura Italia confidando, al contempo, di poter fornire una risposta agli interrogativi che ci siamo posti all'inizio del lavoro, ossia: qual è il *favor* che la richiamata norma intende apportare, in piena emergenza Covid-19, rispetto alla solida disciplina dell'art. 1218 del Codice Civile? Si è inteso tipizzare una fattispecie di

---

evitare di incorrervi (Cass. n. 486 del 13 febbraio 1968, in *Giust. Civ.*, 1968, I, 563).

<sup>42</sup> G. A. MICHELI, *Corso dir. proc. civ.*, Milano, 1960, II, 80 e ss.

<sup>43</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, Bologna, 1967, 160.

<sup>44</sup> L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, 348, e M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 411.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. n. 2599 del 19 agosto 1962, in *Foro it.*, Mass., 1962, 972.

forza maggiore o, forse, disattivare l'art. 1218 del Codice Civile? Un semplice monito di maggior sensibilità destinato ai giudici? O, ancora, si è inteso alleggerire l'onere probatorio per il debitore ove il suo inadempimento sia stato determinato dal rispetto delle Misure di contenimento? Ma procediamo per gradi, riportando, preliminarmente, la norma *de qua*: «*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, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*».

### **5.1 Insoddisfazione per la tecnica redazionale adoperata**

La formulazione della norma appare infelice sotto vari punti di vista. Innanzitutto, dalla lettura della stessa emerge la volontà del Legislatore di legare l'inadempimento al rispetto di tutte le Misure di contenimento<sup>46</sup>, quando, invece, basta poco per rilevare l'incongruenza del richiamo di massa: ad esempio, non si comprende come il mancato rispetto *a)* dell'obbligo, per coloro che entrano nel territorio nazionale, di comunicare tale circostanza alle Autorità preposte (lett. *i)*) o *b)* dell'utilizzo di particolari dotazioni e misure di sicurezza per coloro che accedono ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi

---

<sup>46</sup> Contemplate, come detto, all'art. 1, comma 2, del D.L. n. 6/20: *a)* divieto di allontanamento dal Comune o dall'area "protetta" (inizialmente delimitata dalle c.d. zone rosse, poi estesa all'intero territorio nazionale); *b)* divieto di accesso al Comune o area "protetta"; *c)* sospensione delle manifestazioni e delle riunioni in luoghi pubblici; *d)* sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e afferenti l'istruzione da quella elementare a quella universitaria; *e)* sospensione dei servizi destinati alla cultura (musei, biblioteche); *f)* sospensione dei viaggi di istruzione; *g)* sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; *h)* quarantena con sorveglianza attiva per i soggetti che hanno avuto contatti accertati con soggetti infetti; *i)* obbligo, per coloro che entrano nel territorio nazionale, di comunicare tale circostanza alle Autorità preposte; *j)* chiusura di tutte le attività commerciali con salvezza degli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità; *k)* chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici; *l)* previsione di particolari dotazioni e misure di sicurezza per coloro che accedono ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali; *m)* limitazione all'accesso o sospensione dei servizi di trasporto merci e persone e dei servizi di trasporto pubblico locale; *n)* sospensione dell'attività lavorativa per le imprese, salvo quelle esercenti servizi essenziali e da svolgere con modalità domiciliari (*smart working*); *o)* sospensione e limitazione delle attività lavorative nel Comune o nell'area "protetta".

commerciali (lett. l)), possano rilevare ai fini di una liberatoria del debitore per le obbligazioni (quali?) da egli contratte; diversamente, altre fattispecie – forse quelle su cui ci si voleva essenzialmente concentrare – rendono perfettamente l’idea dell’obiettivo cui la norma *de qua* tende: ad esempio, liberare da ogni responsabilità l’imprenditore che si è visto costretto a “chiudere” (*recte*, cessare temporaneamente) la propria attività di impresa per la produzione di beni di non prima necessità (v. lett. j)) o a chi, avendo prenotato una vacanza, è liberato da qualunque obbligo risarcitorio nei confronti della struttura alberghiera, non potendosi ivi recare stante il divieto di allontanamento dal proprio comune (v. lett. a)). Probabilmente, a tal riguardo, le contingenze del caso hanno impedito alla penna di legislatore di evitare simili sbavature, ma sono ben altre le questioni su cui risulta opportuno concentrarsi.

Il comma 1 dell’art. 91 si appalesa *ictu oculi* come una disposizione normativa a maglia larga la cui forza innovativa appare dubbia («*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata...*»); in tal senso, profonde perplessità emergono dall’esame della Relazione illustrativa del DL Cura Italia, la quale ha evidenziato che il rispetto delle Misure di contenimento *può* escludere la responsabilità debitoria ai sensi e per gli effetti dell’art. 1218 Codice Civile. Sicché l’interprete potrebbe, in un primo momento, essere indotto a ritenere che l’adozione di una delle richiamate misure possa serenamente costituire, sempre, un’esimente dell’inadempimento (essendo, appunto, «*sempre valutata...*»), salvo, in un secondo momento, confrontarsi con l’astratta possibilità per il giudice di ritenere che detta misura, nella fattispecie innanzi a lui dedotta, non sia idonea ad escludere la responsabilità del debitore.

Due le ipotesi, a questo punto: o la Relazione illustrativa ha sottovalutato la portata interpretativa della norma – facilitando il germoglio di interpretazioni confusionarie – oppure, molto probabilmente, l’art. 91 del DL Cura Italia ha disegnato una disciplina che ricalca esattamente quella già cristallizzata nell’art. 1218 del Codice Civile, contraddistinguendosi, invece, su altri versanti (i cui benefici verranno apprezzati *infra*).

Su un altro piano merita di essere segnalata la distonia tra la mera possibilità che il rispetto delle Misure di protezione possa

liberare il debitore da omessi (o ritardati) inadempimenti (art. 91) e la previsione dell'art. 56 del DL Cura Italia, il cui comma 1 prevede che «*Ai fini del presente articolo l'epidemia da COVID-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*» (ove, in buona sostanza il Covid-19 è stato espressamente riconosciuto essere un “*evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia*”, tale da giustificare l'adozione delle misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese italiane - tradottesi nella sospensione dei pagamenti in seno a determinati rapporti bancari).

Potrebbe ritenersi che il Legislatore non abbia adottato – forse a causa dell'utilizzo di penne dal tratto differente – un identico approccio sistematico nel valutare l'inadempimento contrattuale causato dalla diffusione del Covid-19 (o, più correttamente, dal rispetto delle misure che ne vitano la diffusione): a ben vedere, se è vero, nella mente del Legislatore, che la pandemia debba considerarsi un fattore di grave turbamento dell'economia, dovrebbe essere altrettanto vero, in ipotesi, che l'art. 91 si sarebbe dovuto contraddistinguere per una maggiore incisività d'azione, riducendo, se non azzerando, i poteri discrezionali del giudice ogni qualvolta sarà chiamato a valutare le conseguenze dell'inadempimento causato dal rispetto delle Misure di contenimento, ma il cui possibile sanzionamento vanificherebbe certamente la risposta “immediata ed incisiva” che il Legislatore si è proposto di fornire con il DL Cura Italia.

### ***5.2 Il nesso di causalità rilevante ai fini dell'applicazione della norma e la sorte delle obbligazioni***

Nel percorrere l'itinerario prefissato, giova ora sciogliere ogni ormeaggio dall'interpretazione strettamente testuale della norma, per concentrarsi su uno dei punti nodali della questione: l'art. 91 del DL Cura Italia non specifica se il nesso causale tra il rispetto delle Misure di contenimento e l'inadempimento debba essere *diretto* (ad esempio, non posso produrre l'attrezzatura sportiva richiestami a fine 2019 perché la mia attività di impresa deve cessare temporaneamente) oppure *indiretto* (ad esempio, non posso corrispondere il canone di affitto di azienda in quanto l'obbligo di cessazione temporanea dell'attività di impresa mi

impedisce di produrre reddito e, dunque, di sostenere i costi aziendali, tra cui i canoni di affitto).

Non vi sono dubbi in ordine alla causalità diretta, in quanto è di tutta evidenza che ove il debitore non sia in grado, a causa dell'obbligo di rispettare le Misure di contenimento, di eseguire la prestazione divenuta esigibile in fase emergenziale (più precisamente: dopo l'entrata in vigore del DL Cura Italia) e richiesta dalla sua controparte negoziale, egli debba essere pacificamente esentato da ogni responsabilità contrattuale e risarcitoria.

Riteniamo che al medesimo risultato si debba approdare nei casi in cui l'impossibilità (temporanea o assoluta) di eseguire la prestazione derivi da un fattore indiretto ma intimamente connesso al rispetto delle Misure di contenimento, come ad esempio l'impossibilità di produrre reddito per l'ottemperanza dell'obbligo di chiusura aziendale: in tal caso, l'evento "mancato reddito" irrompe in un precostituito ambiente negoziale (l'affitto di azienda), alterandone il sinallagma contrattuale, e rende l'obbligato "immunodepresso", abbattendo – o, nel migliore degli scenari, riducendo – la sua capacità di adempimento (pagamento dei canoni di affitto). L'effetto finale sarà che, non potendo l'obbligato/produttore costruire l'attrezzatura sportiva e non potendo incassare, dunque, il corrispettivo della vendita, egli, in veste di obbligato/conducente, non sarà in grado, su un distinto piano contrattuale, di corrispondere il canone di affitto (il cui ammontare, molto probabilmente, era stato già pattuito senza alcuna clausola di aggiustamento del canone nell'evenienza di cause di forza maggiore, quale, appunto, tornando ai nostri giorni, la pandemia)<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> In simili fattispecie, non riteniamo del tutto *utile* l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, di fronte alla pretesa del locatore di ottenere l'intero pagamento del canone, il conduttore, nel caso di oggettiva mancanza della controprestazione, sarebbe legittimato ad opporgli, in via di eccezione, non il diritto a restare nella cosa locata senza pagare alcun canone sino alla naturale conclusione del contratto e in attesa del ripristino del rapporto, bensì, il diritto a una riduzione del canone che tenga conto della minor utilità che si trova a ritrarre dalla detenzione del bene in una condizione in cui ne è ostacolato il pieno godimento contrattuale (cfr. Cass. n. 3991 del 27 febbraio 2004, in banca dati *Pluris*). In effetti, tale principio ci sembra perfettamente aderente alle esigenze di chi si trova dinanzi ad una diminuzione della propria "potenza economica" per ragioni che attengono, in linea di principio, alla fisiologica esecuzione del



E allora due le possibili strade che, nel suddetto scenario, l'operatore giuridico potrebbe intraprendere: la risoluzione contrattuale per la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione oppure l'inefficacia del contratto per insussistenza della prestazione presupposta.

La via della risoluzione per inutilizzabilità della prestazione è stata già tracciata dalla Cassazione (a proposito del dovere di interpretazione del giudice...) allorquando si è sentita l'esigenza di valorizzare la causa concreta del negozio intesa come funzione economico-individuale del contratto o, in altre parole, la finalità che le parti intendono soddisfare<sup>48</sup>. Come si può ben

---

contratto; diversamente, nel caso in cui nell'ambiente negoziale irrompano eventi straordinari – quali la pandemia – idonei ad inginocchiare il mondo degli affari, allora il conduttore potrebbe verosimilmente non essere in grado di garantire al locatore nemmeno un canone ridotto, anche perché, essendo costretto – nei casi di locazione commerciale o di svolgimento di attività sportive dilettantistiche da cui ne deriva lucro – a rispettare le Misure di contenimento, egli non avrà alcuna utilità dal bene condotto in locazione.

<sup>48</sup> Cass. n. 16315 del 24 luglio 2007, in *Giur. It.*, 2008, 5, 1133. Per affrontare adeguatamente il tema si necessiterebbe di uno ambiente apposito, la cui trattazione, in questa sede, non può che limitarsi all'essenziale. La suddetta pronuncia si è inserita in un ambiente dibattimentale che ha visto passare da una nozione di causa come funzione *economico-sociale* del contratto – cui è sottratta ad ogni legame con la volontà delle parti e sospinta nel dominio esclusivo dell'ordinamento (v. M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 561 – ad una nozione di causa come funzione *economico-individuale* del contratto, intesa come espressione oggettivizzata delle finalità soggettive che i contraenti intendono perseguire (v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 67 e ss., nonché, recentemente, R. SACCO, *Il Contratto*, in R. Sacco – G. De Nova, *Trattato di diritto civile*, 2004, 702 e ss., il quale afferma che la causa è l'elemento che giustifica il sacrificio di entrambi i contraenti, rendendone possibile l'effetto). Ebbene, sull'assunto per cui la fattispecie contrattuale dedotta nella richiamata sentenza – contratto di pacchetto turistico *all inclusive* – sarebbe volta a realizzare fini di svago lungi dal poter essere qualificati come motivi soggettivi o impulsi interni al contraente, il Giudice delle leggi ha affermato che «qualora eventi sopravvenuti incidano negativamente sull'interesse creditorio, frustrando lo scopo turistico, in base a criteri di normalità ed avuto riguardo alle circostanze concrete, si verifica «l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale (art. 1174 c.c.)». Nella medesima fattispecie, la presenza nel luogo di soggiorno di un'epidemia di dengue emorragico comporterebbe il venir meno del normale standard di sicurezza sanitaria, indispensabile al fine di assicurare la fruibilità della vacanza in condizioni di "ordinaria tranquillità": l'effetto finale è che, venendo meno l'interesse "turistico", il contratto si estinguerebbe per irrealizzabilità della causa concreta. Con tale pronuncia, a ben vedere, è stato dato vigore ad un precedente giurisprudenziale secondo il quale «la causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta

intuire, il risultato finale (la risoluzione) è il medesimo cui si giungerebbe in caso di sopravvenuta impossibilità (parziale o totale<sup>49</sup>) della prestazione, sebbene sulla base di una patologia differente: infatti, mentre in caso di impossibilità della prestazione la vicenda estintiva conseguirebbe in virtù di quanto predicato dagli artt. 1463 e 1464 del Codice Civile, nel caso dell'inutilizzabilità il rapporto obbligatorio si estinguerebbe per il venire meno dell'interesse portato da uno dei contraenti, ossia da colui (ad esempio, l'aspirante turista) che attende la prestazione contemplata nel contratto dalla controparte (ad esempio, il tour operator).

Per quanto concerne, invece, la sanzione dell'inefficacia contrattuale per sopravvenuta inesistenza della situazione presupposta<sup>50</sup>, trattasi di impostazione che, invero, non è frequentemente rinvenibile nella casistica giurisprudenziale, ma non per questo è carente di fascino. La soluzione *de qua* è stata partorita in relazione ad un contesto negoziale nel quale non

---

*funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti» (cfr. Cass. n. 10490 dell'8 maggio 2006, in banca dati *Pluris*).*

<sup>49</sup> Mentre l'impossibilità *parziale* di cui all'art. 1464 Codice Civile consegue alla riduzione materiale della prestazione debitoria ed ha come contraltare la possibilità, per la controparte, di ridurre la propria controprestazione, ovvero di esercitare il diritto di recesso, qualora un adempimento parziale sia incompatibile con la causa concreta del contratto (in tal senso cfr. Cass. n. 4119 del 10 aprile 1995, in *Mass. Foro it.*, 1995), l'impossibilità *totale* prevede il sopraggiungere di un evento assoluto, oggettivo e definitivo che impedisce del tutto l'esecuzione della prestazione, con conseguente risoluzione del contratto ai sensi degli artt. 1464 e 1256, comma 1, del Codice Civile (v. Cass. n. 9304 del 9 novembre 1994, in *Mass. Foro it.*, 1994).

<sup>50</sup> Volendo illustrare, per quanto possibile, in tale sede (e senza ambizioni di esaustività) l'istituto, giova evidenziare che il concetto di presupposizione implica che «una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante il negozio (...), richiedendosi pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione» (Cass. n. 4554 del 31 ottobre 1989, in *Rass. Giur. Enel*, 1991).

rileverebbe un inadempimento imputabile ad uno dei contraenti, bensì rileverebbe l'intervento di una circostanza esteriore rispetto all'assetto contrattuale pensato e voluto dalle parti, che però si atteggia come specifico ed oggettivo presupposto di efficacia; ragion per cui il sopraggiungere di tale circostanza nell'ambiente negoziale produrrebbe effetti determinanti ai fini del mantenimento del vincolo negoziale<sup>51</sup>.

Delineate sommariamente le due possibili strade percorribili, brevi riflessioni personali possono aiutare a risolvere l'enigma della sorte delle obbligazioni contrattuali in seno ai rapporti negoziali in cui ha fatto irruzione il Covid-19.

La teoria dell'inesistenza sopravvenuta di una situazione presupposta, invero molto lusinghiera, parrebbe essere in grado di ricucire le strappature venute ad esistenza nei rapporti negoziali ove stanno germogliando i primi inadempimenti dovuti al rispetto delle Misure di contenimento; in effetti, i) la

---

<sup>51</sup> Si veda App. Roma del 4 giugno 2012, in *Obbl. e contr.*, 2012, 920 e ss., la quale riprende esattamente quanto già affermato da Cass. n. 12235 del 25 maggio 2007, in banca dati *Pluris* e che, recentemente è stato ripreso da App. Bologna del 9 febbraio 2018, in banca dati *Pluris*. I risultati cui sono approdati i giudici sopra citati sembrerebbero abbracciare una prima impostazione dottrinale tendente a favorire, nei casi di presupposizione, la sanzione della nullità relativa, potendo essere fatta valere solo dal destinatario della prestazione materialmente possibile ma qualitativamente impossibile (v. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 495). Su altri versanti si è virato verso una preferibile e più mite sanzione dell'inefficacia, in quanto non ci si troverebbe dinanzi ad interessi illeciti o immeritevoli, bensì si verificherebbe una discrasia tra il funzionamento concreto del negozio e quello prefigurato dai contraenti (v. C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 137). Secondo una differente impostazione dottrinale, di matrice soggettivistica, la presupposizione atterrebbe alla falsa rappresentazione della realtà (presente, passata o futura) al momento di stipulazione contrattuale e assumerebbe rilievo attraverso la negazione del carattere tassativo delle ipotesi di errore essenziale previste all'art. 1429 del Codice Civile: l'errore sui motivi potrebbe dunque reputarsi essenziale se la rappresentazione di un evento presupposto da una parte è stata conosciuta dall'altra, ed ha determinato, per la prima, la convinzione che il regolamento negoziale corrispondesse ai suoi interessi. Tale costruzione affiderebbe pertanto il trattamento della mancanza di presupposizione *ab origine* alla disciplina del vizio del consenso, ossia all'annullabilità (è la tesi di F. MARTORANO, «Presupposizione» ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 69). Per una più ampia disamina della questione si rinvia a Cass. n. 12235 del 25 maggio 2007, con nota a sentenza di F. AZZARRI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, in *NGCC*, 2007, I, 1182 e ss..

comunanza della situazione presupposta tra i contraenti (ad esempio: la regolare apertura dei locali aziendali e la regolare esecuzione dell'attività di impresa), *ii*) la certezza dell'esistenza di tale situazione al momento della conclusione del negozio (ad esempio: i contraenti erano certi che l'attività di impresa fosse stata espletata regolarmente) e *iii*) il venir meno della situazione presupposta per fattori indipendenti dalla volontà dei contraenti (ad esempio: l'interruzione dell'attività di impresa imposta dalla legge *ex ante* non prevedibile), sono tutti elementi che deporrebbero per l'inquadramento della situazione presupposta (ritornando al superiore esempio: la regolare apertura dell'azienda) quale condizione di validità del negozio in cui è affiorato l'inadempimento (il contratto di affitto di azienda).

Di conseguenza, venendo meno l'evento presupposto, il vincolo contrattuale sarebbe fortemente compromesso sì da consentire al contraente che attende la prestazione (*i.e.* il conduttore dell'azienda, che si attenderebbe di poter sfruttare il complesso aziendale per esercitare l'attività di impresa) di liberarsi da ogni obbligo contrattuale; in tal caso, tuttavia, ciò che lascia perplessi è il ribaltamento del rischio contrattuale e/o del rischio di impresa che si verificherebbe a scapito del creditore, vieppiù per ragioni esterne rispetto alla sua sfera di azione e che lo trascineranno, senza neanche accorgersene, nella cloaca della nullità del contratto. In definitiva, sebbene il percorso argomentativo possa apparire del tutto persuasivo ed affascinante, la soluzione finale appare oltremodo penalizzante per quel contraente (il creditore) che da quella prestazione attesa potrebbe trarre i propri mezzi di sostentamento o, comunque, il proprio reddito e che, stando così le cose, lo vedrebbe trasformare da guelfo a ghibellino.

Maggiore soddisfazione, forse, si potrebbe incontrare ove si decidesse di affacciarsi al tema dell'inadempimento delle obbligazioni (maturato, sempre, in virtù del rispetto delle Misure di contenimento) servendosi di una visuale diversa, quale l'inutilizzabilità sopravvenuta della prestazione.

In tale prospettiva, la causa del contratto – intesa come la finalità, la funzione economico-individuale del contratto stesso – costituirebbe l'elemento di sacrificio idoneo a squarciare il confine divisorio delle pretese irrinunciabili dei contraenti e che, proprio in virtù dell'intesa contrattuale raggiunta,

diventerebbero rinunciabili (in altre parole, restando al superiore esempio: il proprietario dell'azienda non intenderebbe concederla in affitto sotto un determinato canone, mentre l'imprenditore non intenderebbe esercitare la propria attività di impresa, servendosi di quel complesso aziendale concesso in locazione, al di sopra della predetta soglia di denaro; ove, però, essi trovino un'intesa negoziale, i loro interessi verrebbero soddisfatti e la finalità perseguita, in quei termini, sarebbe meritevole di tutela). Tuttavia, nel caso in cui il rispetto delle Misure di contenimento dovesse costringere uno dei contraenti (il debitore/conducente) a cessare l'attività di impresa e ad interrompere, dunque, la produzione di reddito, verrebbe irrimediabilmente meno l'interesse alla controprestazione contrattuale, ossia la messa a sua disposizione del complesso aziendale: ecco, dunque, che in un'eventuale fase contenziosa il suo difensore potrebbe tirare fuori l'asso dalla manica, avanzando domanda di risoluzione del contratto per sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione, esonerandolo dagli obblighi risarcitori previsti in materia di responsabilità debitoria.

### *5.3 Una auspicata soluzione per le obbligazioni pecuniarie*

L'impostazione fin qui seguita meriterebbe di essere adoperata anche per l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, mitigando – se non ribaltando – il principio per cui l'obbligo di corrispondere una somma di danaro non può mai risultare obiettivamente impossibile. In effetti, restare ancorati a questa tesi vuol dire addossare sul debitore un rischio che ontologicamente non può assumere rilevanza nell'economia del negozio e che, ad ogni modo, egli non ha deciso di assumere al momento di conclusione dell'affare (salvo non abbia prestato garanzie personali).

Ritenendo, però, a ben vedere, che per le obbligazioni pecuniarie potrebbe risultare maggiormente gravoso, nell'economia degli interessi in gioco, l'utilizzo degli strumenti sopra illustrati (inutilizzabilità sopravvenuta della prestazione o inesistenza sopravvenuta della situazione presupposta), potrebbe allora prender nuovamente campo la tesi del Mengoni per cui il debitore potrebbe liberarsi laddove l'adempimento dei propri obblighi fosse possibile solo mediante l'utilizzo di mezzi

anormali rispetto a quelli (in buona fede) prevedibili al momento della conclusione del negozio: restando al nostro superiore esempio, in caso di inadempimento definitivo, il debitore/conduuttore potrà andare esente da obblighi risarcitori ove dimostri che, per pagare i canoni di affitto di azienda, dovrà attingere risorse dal patrimonio personale e non da quello aziendale (eventualità, questa, non prevista nel contratto di affitto di azienda, salvo aver prestato una garanzia personale).

Rimanere insensibili a tale esigenza significherebbe, per quel debitore, assistere inerme alla violazione del principio di uguaglianza sostanziale chiaramente riconosciuto dall'art. 3 della Costituzione, laddove il proprio inadempimento "indotto" sia derivato proprio dall'osservanza di una previsione di legge atta ad evitare la diffusione del Covid-19 (che si tradurrebbe, rimanendo sempre nel nostro esempio, nell'obbligo di chiusura delle attività commerciali non riflettenti beni di prima necessità).

Ma è proprio in questo scenario che la buona fede, da un lato, ed il principio di uguaglianza sostanziale, da altro lato, a nostro avviso suggeriscono l'adozione di una diversa strategia negoziale che tutelerebbe gli interessi di tutte le parti: la rinegoziazione obbligatoria.

Tale figura, già partorita in contesti di contrattazione internazionale, affonda le proprie radici nella sopravvenuta eccessiva onerosità delle prestazioni ed è perfettamente sintetizzata nelle c.d. clausole di *hardship*, le quali riflettono quelle circostanze sopravvenute idonee ad alterare l'originario equilibrio contrattuale, rendendone difficoltosa l'esecuzione<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Tali clausole sono disciplinate, tra l'altro, dai Principi *Unidroit* (*Principles of International Commercial Contracts*) volti a sintetizzare le esigenze di tutela provenienti da differenti culture e tradizioni giuridiche. L'art. 6.2.2 circoscrive l'*hardship* a quegli eventi, successivi alla stipula del contratto ed imprevedibili nonché estranei alla sfera di controllo dei contraenti, che alterano sostanzialmente l'equilibrio dello stesso o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione. Il successivo art. 6.2.3 individua, invece, gli effetti dell'*hardship* prevedendo che la parte svantaggiata ha il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, purché avanzata senza giustificato ritardo, che può condurre, in caso di mancato accordo tra le parti, alla risoluzione giudiziale del contratto oppure ad una modificazione dell'assetto negoziale in maniera tale da riequilibrarne il sinallagma contrattuale. Una disciplina simile è rinvenibile nei PECL (*Principles of European Contract Law*), che oltre a disciplinare l'obbligo delle parti di rinegoziare il contratto sperequato negli stessi termini e alle stesse condizioni previsti dai Principi *Unidroit*, prevedono espressamente anche il potere del giudice di condannare al

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, invece, l'art. 1467, comma 3, del Codice Civile prevede un meccanismo di revisione contrattuale che, a ben vedere, è attivabile, in linea teorica, dal soggetto che avrebbe meno interesse ad un rinfrescato assetto negoziale<sup>53</sup>.

Trattandosi, dunque, di un rimedio che dipende, di fatto, dalla volontà di uno dei contraenti, urge dunque spingersi oltre e porre al “centro del villaggio” il principio della buona fede contrattuale (espressione, appunto, del più ampio principio costituzionalmente garantito della solidarietà<sup>54</sup>). In tale prospettiva, la buona fede avrebbe la funzione precipua di “suggerire” ai contraenti l'adozione di determinati comportamenti non contemplati dal negozio ed idonei a preservare gli interessi reciproci<sup>55</sup>: in tal senso, il principio *de quo* si atteggia quale regola di condotta costituente una fonte primaria di integrazione del rapporto addirittura prevalente rispetto alle determinazioni contrattuali<sup>56</sup>.

---

risarcimento del danno la parte che rifiuti la rinegoziazione ovvero la conduca in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza. Senza dimenticare un'altra sede, il *Code européen des contrats* (elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei), ove è contemplata la possibilità per il giudice, dopo aver valutato le circostanze e tenuto conto degli interessi e delle richieste delle parti, in caso di sopravvenienze che incidano sul sinallagma contrattuale, di modificare o risolvere il contratto nel suo complesso o nella sua parte non eseguita ovvero ordinare la restituzione e condannare al risarcimento del danno.

<sup>53</sup> La dottrina ha rilevato come tale meccanismo espressione della conservazione del contratto sia previsto in altre sedi, quali: *i*) il contratto di appalto (art. 1664 Codice Civile) ove si può revisionare il corrispettivo contrattuale all'esito della sua variazione di oltre un decimo per circostanze imprevedibili; *ii*) il contratto di affitto (art. 1623 Codice Civile), ove è riconosciuta la possibilità di rivedere il canone ove sia intervenuta un evento esterno – disposizione normativa o provvedimento dell'autorità – idoneo a modificare notevolmente i termini del rapporto (v. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, vol. 21, fasc. 2, 545).

<sup>54</sup> Più diffusamente, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 140.

<sup>55</sup> Si veda, *ex multis*, Cass. n. 7543 del 23 maggio 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 557. Allude, invece, ad un'espressione della buona fede come cooperazione nell'esecuzione contrattuale Cass. n. 1078 dell'8 febbraio 1999, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 290.

<sup>56</sup> C. M. BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, Milano, 2000, 501, secondo il quale il principio della buona fede informa il nostro ordinamento. Senza dimenticare che secondo G. M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e correttezza delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 330, la

In altre parole, dal punto di vista eminentemente economico-giuridico, la revisione contrattuale, quale espressione della buona fede, consentirebbe di salvaguardare le esigenze di tutti i contraenti nel rispetto della natura del singolo negozio, persuadendoli ad assumere una rinnovata condotta che consentirebbe loro, nonostante gli intervenuti elementi di sperequazione negoziale, il perseguimento dell'utilità economico-giuridica ricercata *ab origine* con il contratto<sup>57</sup>; impostazione, questa, che sarebbe perfettamente rispettosa delle esigenze di tutela sottese ai contratti di durata, nell'ambito dei quali l'evoluzione del tessuto socio-economico-giuridico può inevitabilmente ribaltare l'ordine negoziale immaginato dai contraenti<sup>58</sup>.

Nonostante la pregevolezza degli sforzi ermeneutici profusi dalla dottrina, merita di essere rilevata una iniziale ritrosia della giurisprudenza nel riconoscimento di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione, in quanto, da un lato, tale strumento inficerebbe il «*principio generale che governa il diritto dei*

---

buona fede salvaguarda il rapporto economico sottostante ad ogni negozio, eventualmente recuperandone la pianificazione convenzionale.

<sup>57</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 323, secondo il quale, se è «*la natura dell'affare che consente l'oggettivizzazione della buona fede in executivis e, di conseguenza, la determinabilità degli obblighi contrattuali in cui si specifica il precetto della buona fede (. . .), deve riconoscersi che, nei contratti di lungo periodo, l'obbligo di rinegoziazione, quale mezzo per evitare la risoluzione del contratto nel rispetto del principio di buona fede, sembra acquistare una valenza specifica di notevole rilevanza*». Altra dottrina ha affermato che il «*silenzio delle parti in ordine all'allocazione del rischio non va inteso in termini di allocazione tacita, che giustificherebbe l'accollo delle perdite provocate dal rischio in capo ad uno soltanto dei contraenti, bensì come rinuncia ad un'allocazione esplicita e preventiva, lasciando spazio alla rinegoziazione ed all'intervento giudiziale*», v. F. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti - Artt. 1467-1469*, in (diretto da Schlesinger) *Il codice civile commentato*, Milano, 1995, 248.

<sup>58</sup> Tale impostazione potrebbe trovare sostegno in autorevole dottrina secondo la quale l'inadeguatezza dell'assetto negoziale scaturisce dalle sopravvenienze, assumendo rilievo, da un lato, la naturale insufficienza della capacità predittiva delle parti e, da altro lato, la conseguente opportunità di introdurre, nella dimensione dell'oggetto, dei criteri di adeguamento che possono concretarsi nell'integrazione ed anche nella rideterminazione dell'oggetto in vista della conservazione del vincolo contrattuale inizialmente configurato dalle parti (v. E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2016, 802).



*contratti*»<sup>59</sup>; da altro lato, invece, non sarebbe consentito al giudice di adeguare le prestazioni confezionando un assetto negoziale ispirato all'equità contrattuale<sup>60</sup>. Da questa prima tendenza interpretativa, si è assistito ad un tentativo di valorizzazione dell'obbligo di rinegoziazione – fondato proprio sulla funzione integrativa della buona fede contrattuale in caso di alterazione del sinallagma –, laddove si è inteso salvaguardare l'altrui utilità in rapporto all'interesse proprio: più specificamente, si è sentita l'esigenza di non doversi abbandonare all'idea che un evento sperequativo possa comprimere la posizione contrattuale di uno dei contraenti<sup>61</sup>. Sulla scia di questa nuova esigenza, una successiva giurisprudenza di merito ha riconosciuto che, in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto, l'obbligo di rinegoziazione debba assurgere a linea guida nell'esecuzione contrattuale; sarebbe dunque consentito al giudice, in caso di inadempimento di detto obbligo, di costituire con sentenza gli

---

<sup>59</sup> Si veda Trib. Pescara del 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 613. A tal riguardo la dottrina ha censurato l'ampiezza della formula utilizzata dal giudice sintomatica, peraltro, del radicamento dei principi volontaristici racchiusi nella formula *pacta sunt servanda* (v. P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, vol. 21, fasc. 2, 557).

<sup>60</sup> Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1999, 67. Secondo certa dottrina, la ritrosia della giurisprudenza si giustificerebbe con l'incapacità di prendere le distanze sia da un antico pregiudizio consistente nell'intangibilità dell'autonomia negoziale, sia dalla definizione di equità quale regola di pura opinione (v. Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 67, con nota di F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o giudice) di equità*). Lo stesso Autore precisa che il compito del giudice è quello di ancorare ogni sua decisione ai principi fondamentali dell'ordinamento e aggiunge, brillantemente, che «*se si riconosce all'ordinamento giuridico il ruolo (che deve essergli proprio) di governo dei fenomeni sociali ed economici; se gli si riconosce la funzione di controllo sui meccanismi del mercato; se si è convinti che il mercato non è un locus naturalis nel quale vige la legge della giungla, ma un locus artificialis che le regole giuridiche concorrono a qualificare (secondo il sistema di valori sui quali ogni convivenza inderogabilmente si fonda), ogni preoccupazione che le clausole generali, attribuendo strumenti discrezionali all'interprete, siano foriere di incertezze, se non di arbitrii, deve essere rapidamente fugata*».

<sup>61</sup> Si tratta del lodo arbitrale del 19 luglio 2004 (Alpa – Sbisà – Nanni), analizzato da P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, vol. 21, fasc. 2, 559, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

effetti del contratto modificativo che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione condotta secondo buona fede<sup>62</sup>.

Come spesso accade, individuata una strada, bisogna sempre scandagliare il percorso individuandone in anticipo le possibili criticità. In tale prospettiva, emerge l'esigenza di capire, da un lato, fino a che punto possa espandersi l'obbligo di rinegoziazione e quali possano essere le conseguenze di un eventuale insuccesso della nuova riscrittura degli interessi in gioco e, da altro lato, se e in che termini sia ammissibile l'azione suppletiva del giudice.

Innanzitutto, posto che non si può obbligare uno dei contraenti a modificare l'assetto negoziale senza tener conto delle sue valutazioni economiche, dinanzi ad una proposta riequilibrativa logica, razionale e resistente ad un giudizio di fattibilità – giudizio, questo, che dovrà essere condotto caso per caso, anche alla luce dell'attività istruttoria espletata nelle controversie –, il contraente che si rifiuti ingiustificatamente di riequilibrare l'assetto negoziale o che intavola una trattativa di mera facciata, dovrà ritenersi inadempiente<sup>63</sup>: in tal caso, egli dovrà mettere in conto di subire l'onta della risoluzione contrattuale<sup>64</sup> con conseguente risarcimento del danno da quantificarsi secondo la natura dell'affare e le condizioni dei contraenti<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Trib. Bari del 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 7, 571.

<sup>63</sup> Sia consentito rinviare a P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, vol. 21, fasc. 2, 560, il quale inquadra tale fattispecie nella trattativa c.d. "maliziosa".

<sup>64</sup> Rispetto alla quale si annovera l'avallo della Cass. Sez. Un. n. 26724 del 19 dicembre 2007, in banca dati *Pluris*, secondo la quale «*la violazione delle norme di comportamento dei contraenti "tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto"*». Tale soluzione, però, soggetta a critica da alcune voci dottrinali: M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 244, secondo il quale tale esito sarebbe incoerente con la finalità del procedimento di rinegoziazione, ossia il riequilibrio e la conservazione del contratto.

<sup>65</sup> Graverà sul danneggiato assolvere l'onere probatorio sia del pregiudizio sofferto sia del nesso di causalità tra l'evento dannoso ed il predetto pregiudizio. Inoltre, sempre in ottica liquidatoria assumerebbe rilevanza la condotta colposa del creditore *ex art. 1227 Codice Civile* nei limiti in cui il danneggiato abbia tenuto una condotta poco collaborativa e sia rimasto inerte dinanzi a precedenti possibilità di recuperare l'utilità economica di un contratto che, all'esito della risoluzione, non lo impegnerebbe più (in tal senso F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 414).

Numerose perplessità sono sorte in ordine alla possibilità per il giudice di irrompere sul terreno negoziale espletando una vera e propria attività integrativa rispetto al contratto divenuto iniquo. Pur potendosi ritenere, a primo impatto, che l'intervento giudiziale possa essere inconciliabile con il principio dell'autonomia contrattuale<sup>66</sup>, a nostro avviso si possono condurre due ordini di repliche:

i) in primo luogo, ove nell'ambiente negoziale siano intervenuti eventi di forza maggiore idonei ad impedire l'adempimento contrattuale (se non con mezzi anormali) e a compromettere la funzione economico-individuale del contratto, in queste circostanze non riteniamo che il sostrato negoziale originario, frutto della primordiale autonomia delle parti, sia, di fatto, rimasto immutato e dunque sia ancora impermeabile ad interventi esterni integrativi<sup>67</sup>: di conseguenza, dinanzi ad un pareggio che non servirebbe a nessuno, l'entrata in campo del giudice, quale nuovo regista della partita, non sarebbe lesivo degli interessi in gioco, anzi andrebbe visto come uno strumento recuperatorio dell'equilibrio smarrito<sup>68</sup> (e questa è l'ennesima

---

<sup>66</sup> Di questo è ben conscio F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 597, secondo il quale la fase di formazione del contratto è governata dall'autonomia contrattuale e ciascuno è libero di negoziare a condizioni più o meno vantaggiose per la controparte e svantaggiose per sé.

<sup>67</sup> Recentemente, a tal riguardo, un insigne Maestro ha sollecitato l'opportunità di valorizzare l'obbligo della rinegoziazione, affermando che «*Bisogna integrare o modificare il contratto mediante un altro contratto. La vecchia clausola rebus sic stantibus, maldestramente usata nella normalità dei casi, riacquista capacità di disciplina, poiché le res non stanno più come prima e dunque le parti debbono tornare a rinegoziare*» (N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 Ore*, Martedì 5 maggio 2020).

<sup>68</sup> La nostra ricostruzione è in parte sovrapponibile ad un'impostazione che inquadra l'azione del giudice in termini di attività ricognitiva (cfr. Cass. n. 873 del 14 febbraio 1986, in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, p. 481, ove emerge che il giudice non si sostituisce all'attività creativa dell'autonomia contrattuale ma si limita a svilupparne i contenuti sulla base di linee ricostruttive sufficientemente determinate). Confortante appare essere, inoltre, la posizione di chi ritiene che l'interesse meritevole di tutela non è tanto quello di adempiere pedissequamente le obbligazioni contrattuali *tout court*, bensì quello di realizzare, mediante l'esecuzione contrattuale, il risultato finale del negozio (cfr. L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contratti*, n. 2/2016, 187 e ss., il quale aggiunge che, con riguardo ai rapporti di lunga durata, la parte che si ostini a pretendere l'esecuzione del contratto alle condizioni originariamente pattuite, nonostante queste siano divenute oggettivamente inique, pone in essere un comportamento evidentemente opportunistico e quindi incompatibile con il principio di buona fede).

occasione per ricordare che gli amministratori della giustizia, per intervenire, non necessitano di una precisa previsione normativa, potendo sfruttare tutta la loro sapienza ed esperienza al fine di recuperare una situazione patologica destinata, in gran parte dei casi, ad incagliarsi tra le secche dell'insolvenza);

ii) in secondo luogo, a tutto voler concedere, bisogna prendere atto che la preminenza dell'autonomia contrattuale viene meno laddove è proprio l'ordinamento a consentire al giudice, in taluni casi<sup>69</sup>, di pronunciarsi secondo equità in funzione integrativa, determinando il contenuto delle prestazioni in virtù dei criteri che gli offre il mercato<sup>70</sup>.

E allora, riconosciuta la percorribilità della rinegoziazione obbligatoria e l'ammissibilità di un intervento del giudice in funzione integrativa, il risultato ultimo che ne deriva è che, laddove la sentenza costitutiva sarà disattesa dalla parte soccombente, la controparte beneficiaria degli effetti positivi avrà uno strumento in più per calibrare il danno risarcibile sulle

---

<sup>69</sup> Come osservato dalla dottrina, la tutela costitutiva prevista dal nostro ordinamento (art. 2908 c.c., il quale ammette che, nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria possa costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa) può operare nei casi «tassativamente» previsti dalla legge (v. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, 343 ss.). Come osservato da P. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, vol. 21, fasc. 2, 563, uno dei casi in cui la legge consente l'intervento del giudice in funzione integrativa è la disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ove il giudice, accertata l'iniquità dell'accordo negoziale, applica i termini legali e lo riconduce ad equità. Altra fattispecie è quella dell'onerosità o eccessiva onerosità della prestazione in materia di appalto (art. 1664 Codice Civile), oppure quella delle modificazioni sopravvenute in materia di affitto (art. 1623 Codice Civile) che prevede espressamente un intervento modificatore da parte del giudice sul canone pattuito. Come evidenzia lo stesso Autore, sono fatti salvi altresì i casi in cui è espressamente previsto che il contratto, per l'ipotesi del fallimento della rinegoziazione, ne rimetta la determinazione all'equo apprezzamento del terzo, così rilevando l'art. 1349 Codice Civile che assegna al giudice la possibilità di intervenire in caso di omessa determinazione del terzo o laddove essa si presenti come manifestamente iniqua o erronea

<sup>70</sup> In tal senso, in giurisprudenza, Cass. n. 4023 del 9 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 944 e ss. e, in dottrina, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 184. Impostazione, questa, criticata da chi ha rinvenuto in tale strumento una possibilità di ribaltare la classificazione del rischio assunto dalle parti con il negozio originario (v. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratti e impresa*, 2002, 808).

condizioni contemplate nello stesso provvedimento<sup>71</sup>. Del resto, come rilevato dallo stesso Autore «*un po' di audacia non fa male, quando si affrontano problemi di giustizia che sfuggono agli schemi troppo rigidi e stretti delle tipizzazioni legali*».

A chiusura del cerchio, non resta che prendere atto che tutto il sistema dell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie (e non solo) ruota intorno alla rilevanza della causa come funzione economico-individuale del negozio, che assurge a stella polare della regolamentazione, in fase embrionale, e della riallocazione, in fase patologica, degli interessi in gioco; d'altronde, ove così non fosse, verrebbe meno la convenienza economica del negozio che porterebbe con sé la fine dell'"impresa" (risultato, questo, che l'art. 91 del DL Cura Italia vorrebbe evitare).

#### ***5.4 Riflessioni finali tra aspettative disattese e vantaggi processuali***

Urge, a questo punto, un immediato confronto con un altro ipotetico dubbio interpretativo derivante dalla lettura dell'art. 91 del DL Cura Italia: il Legislatore ha inteso tipizzare una nuova fattispecie di forza maggiore, configurabile nella diffusione del Covid-19 e, dunque, più precisamente, nella pandemia? Non riteniamo di dover approfondire più sforzi del dovuto in tal senso, anche perché trattasi di interrogativo di dubbia utilità; né crediamo, in tutta onestà, che l'art. 91 del DL Cura Italia abbia inteso perseguire tale obiettivo.

A tal riguardo, sulla scorta della ricostruzione giurisprudenziale del secolo scorso sul tema (v. *supra*), si può serenamente ritenere che già all'alba delle teorie soggettive/oggettive (ed intermedie), la giurisprudenza, da un lato, *i*) ha annoverato, tra le esimenti della responsabilità debitoria, quegli avvenimenti *cui resisti non potest* (e rispetto ai quali non è immaginabile alcuna forza umana che ne possa

---

<sup>71</sup> V. ROPPO, *Il Contratto*, in (a cura di Iudica – Zatti) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 104, il quale, in aggiunta, afferma che tale scelta equivarrebbe a «*dare alla parte gravata dalla sopravvenienza quello stesso potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato, che già le spetta in relazione ai contratti gratuiti, e che nei contratti onerosi spetta a controparte (sicché, più che un rimedio nuovo, si configurerebbe un semplice allargamento della legittimazione a un rimedio già previsto)*».

impedire le conseguenze dannose) e, da altro lato, *ii*) ha “imposto” la valutazione, nei giudizi di merito, di tutte le circostanze obiettive idonee ad escludere la colpa del contraente (dimostrandosi particolarmente attenta ad adottare un metro di giudizio in equilibrio con la fluida realtà economico-sociale di riferimento). E se le epidemie influenzali che hanno colpito un’alta percentuale di maestranze ed i conseguenti scioperi degli operai sono stati inquadrati dal Consiglio di Stato<sup>72</sup> come causa di forza maggiore, allora non resta che giungere allo stesso risultato, senza tanti sforzi ermeneutici, con riguardo ad una delle più grandi epidemie degli ultimi secoli, che sta colpendo orizzontalmente le popolazioni e le economie mondiali.

E allora, di conseguenza, non è utile né corretto affermare che l’art. 91 del DL Cura Italia abbia introdotto una nuova fattispecie di forza maggiore, che, invero, può essere desunta dall’interpretazione della norma centrale in tema di responsabilità debitoria, ossia l’art. 1218 del Codice Civile; a tal proposito, non si ritiene che l’art. 1218 possa considerarsi “disattivato” dall’art. 91 del DL Cura Italia, anzi è lo stesso animo regolatore dell’art. 1218 a dare linfa vitale all’art. 91, il quale, senza il primo, si erigerebbe a gigante dalle gambe d’argilla. Insomma, l’art. 91 del DL Cura Italia si inserisce su una disciplina rodada da circa un secolo e non può, quindi, atteggiarsi quale norma “manifesto” (come pure, del tutto comprensibilmente, i “non addetti ai lavori” si attenderebbero).

Quello che, a nostro avviso, è ragionevole affermare è che, tramite l’art. 91 del DL Cura Italia, il legislatore abbia inteso fornire al debitore un vantaggio processuale alleggerendo, in buona sostanza, l’onere probatorio in seno ai giudizi di responsabilità debitoria che verranno verosimilmente intentati allorquando, in fase di ripresa economica, la macchina della Giustizia tornerà ad essere pienamente operativa e quando diventeranno ancora maggiori e concrete le esigenze di liquidità degli operatori di mercato.

Specificamente, il debitore dovrà semplicemente allegare e provare che il suo inadempimento sia maturato nel contesto emergenziale per aver egli osservato una determinata condotta imposta dalla Legge (*i.e.* il rispetto delle Misure di

---

<sup>72</sup> Trattasi della sentenza n. 287 dell’1 marzo 1972, in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 1980, II, 200.

contenimento); egli non dovrà, invece, come avveniva prima dell'entrata in vigore del DL Cura Italia – e come avverrà una volta che esso avrà cessato di produrre effetti –, provare la specifica causa che ha reso la propria prestazione impossibile (a questo ci ha pensato, in questa fase emergenziale, l'art. 91); allo stesso modo come non dovrà dimostrare che l'impossibilità della prestazione non sia a lui imputabile, non essendo necessario dimostrare, al contempo, di avere posto in atto tutta la diligenza dovuta secondo le circostanze<sup>73</sup>.

E' sulla base di quest'assunto che può rinvenirsi un (forse involontario) ritorno alla valorizzazione della tesi oggettiva della responsabilità debitoria molto cara ad Osti (v. precedente paragrafo 2) e che ha ispirato la penna del legislatore del 1942 allorquando ha messo a punto la disciplina prevista dall'art. 1218 del Codice Civile. In effetti, a ben vedere, in tale contesto emergenziale è proprio l'obiettivo alla fonte (alleggerire l'onere probatorio) a giustificare l'abbandono di ogni indagine processuale volta a valutare la condotta (più o meno) diligente del debitore, preferendo valorizzare, invece, la non imputabilità, allo stesso debitore, dell'evento impeditivo: indagine, quest'ultima, più immediata e certamente facilitata dalla previsione normativa dell'art. 91 che “giustifica”, in linea di principio, l'inadempimento derivante proprio dal rispetto delle Misure di contenimento.

Insomma, non è tempo di valutare quello che il debitore avrebbe potuto o avrebbe dovuto fare anche perché, se si vuole davvero garantire una tutela immediata e certa agli scambi commerciali, le controversie non dovranno essere ingolfate da accertamenti (involgenti, appunto, la diligenza del debitore) non voluti dalla norma *de qua* e che potrebbero essere eccepiti, in spregio alla tutela sostanziale ottenibile, dalla parte creditrice.

Tuttavia, i giudicanti dovranno prestare molta attenzione a chi, al momento dell'entrata in vigore del DL Cura Italia, ha già mostrato segni di crisi (o, comunque, di mero inadempimento) e

---

<sup>73</sup> Siamo giunti a tale conclusione all'esito di una illuminante chiacchierata con uno dei miei Maestri (D.U. Santosuosso); chiacchierata, questa, che ha ispirato anche il suo pensiero sul tema (cfr. D.U. SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, in *Il Sole 24 Ore*, giovedì 26 marzo 2020, pag. 24).

tenterà di andare esente da obblighi risarcitori provando a collocare forzosamente la genesi del proprio inadempimento nello scenario pandemico e, per l'effetto, ad aggrapparsi al salvagente dell'art. 91.

In tale contesto, non resta che auspicarsi definitivamente – ove davvero ve ne fosse bisogno: invero, dovrebbe essere sempre alla base di ogni valutazione giurisdizionale – che i Tribunali definiscano le controversie che saranno loro sottoposte mediante la valorizzazione della clausola generale della buona fede<sup>74</sup>, sorretta, sempre auspicabilmente, da un basilico principio di solidarietà dei contraenti<sup>75</sup> (pensiero, questo, che si contorna di nobiltà ma che difficilmente, a nostro avviso, dinanzi alle ristrettezze economiche e finanziarie che investono ed investiranno i *players* del mercato, potrà fungere da volano “naturale” sia nella fase stragiudiziale che in quella contenziosa; a meno che non si incentivi, per davvero, lo strumento della rinegoziazione obbligatoria, che, peraltro, potrebbe appositamente essere normato dal Legislatore “emergenziale” in modo da comporre positivamente le spinte centrifughe dei contraenti<sup>76</sup>).

Sia consentita una provocazione conclusiva che atterrebbe, più che altro, alla politica legislativa: se l'intenzione era quella di essere fortemente incisivi – e di passare alla storia come il riformatore più ardito del secolo: queste le dichiarate ambizioni del Governo –, con riguardo alla tutela per l'inadempimento

---

<sup>74</sup> In tal senso C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

<sup>75</sup> Secondo A.M. BENEDETTI – R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), in mancanza di un naturale riequilibrio degli assetti negoziali, due potrebbero essere i rimedi percorribili: *i*) l'“obbligo” di rinegoziazione dei termini contrattuali; *ii*) la possibilità, nei rapporti commerciali, di configurare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 L. n. 192 del 1998.

<sup>76</sup> Anche perché, come rilevato dalla dottrina, in altri ordinamenti è già vigente l'obbligo dei contraenti di rinegoziare il contratto su richiesta di una delle parti (si veda il nuovo art. 1195 *Code civil* francese, ove si dispone che la parte onerata “*peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant*”), consentendo che la buona fede possa prevalere sulle condotte opportunistiche e sull'esercizio abusivo dei diritti (si rinvia al codice argentino che si esprime in termini di: «*oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*»), cfr. F. MACARIO, *Per un diritto dei contraenti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com).



contrattuale in epoca epidemica, si sarebbe potuto trarre ispirazione dalla già illustrata legislazione reale che, a mezzo del D. Lgt. n. 739 del 27 maggio 1915, ha consentito la liberazione del debitore inadempiente non solo ove la prestazione sarebbe divenuta impossibile ma anche ove essa sarebbe divenuta eccessivamente onerosa (sia consentito riportare l'acuta analisi di detta normativa da parte di App. Milano del 24 febbraio 1917, in *Riv. Dir. Civ.*, 1917, 317 e ss.: «*fu data facoltà al governo del re in caso di guerra e durante la guerra medesima di emanare disposizioni aventi valore di legge in quanto sia richiesto dalla difesa dello Stato, dalla tutela dell'ordine pubblico e da urgenti straordinari bisogni dell'economia nazionale...quel decreto...ha voluto dettare una norma eccezionale e transitoria nell'interesse dell'economia nazionale per ovviare al danno che a questa potrebbe derivare dal grave turbamento che il commercio risentirebbe se il debitore dovesse rimanere obbligato ad eseguire la prestazione, anche quando questa, per il fatto della guerra, gli fosse diventata eccessivamente onerosa*»).

Ma probabilmente un simile intervento avrebbe silenziato forzatamente i diritti che le evoluzioni democratiche hanno consentito di sigillare nella Costituzione e, soprattutto, nel Codice Civile, rischiando di creare uno squilibrio nel mondo degli affari a sfavore di chi ha creduto fortemente nella libera iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 della Costituzione; rischiando, al contempo, di alimentare le condotte fraudolente del contraente che farebbe di tutto, vieppiù in questa stagione "pandemica", per addurre dubbie ragioni di eccessiva onerosità (della prestazione) sopravvenuta.