

Capitolo 1

Le implicazioni delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19 per i contratti commerciali

Marco Frigessi di Rattalma * – *Marta Lazzaroni* **

SOMMARIO: SEZIONE I. *Le misure di contenimento della pandemia da Covid-19 e i contratti commerciali nel diritto italiano.* – 1. Introduzione. – 2. L'impossibilità della prestazione. – 3. Le sopravvenienze contrattuali. – 4. Le cause di esonero dalla responsabilità: forza maggiore e caso fortuito. – 5. Provvedimenti del Governo italiano. – 6. Note in tema di trasporto aereo. – SEZIONE II. *Le misure di contenimento della pandemia da Covid-19 e i contratti commerciali internazionali.* – 7. Introduzione. – 8. Le clausole di forza maggiore contenute nei contratti del commercio internazionale. – 9. La giurisprudenza arbitrale sulle clausole di forza maggiore contenute nei contratti del commercio internazionale. – 10. ICC: forza maggiore e *hardship*. – 11. La forza maggiore disciplinata nella CISG. – 12. Principi Unidroit: forza maggiore e *hardship*. – SEZIONE III. *Giurisdizione competente e legge applicabile nelle controversie contrattuali e regolamenti dell'UE.* – 13. Introduzione. – 14. L'individuazione della giurisdizione competente nelle controversie contrattuali: il Regolamento Bruxelles I-bis. – 15. L'individuazione della legge applicabile al contratto: il Regolamento Roma I.

* Professore Ordinario di Diritto dell'Unione europea – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia; marco.frigessidirattalma@unibs.it.

All'autore sono da attribuire: sezione II, tranne par. 12; sezione III, parr. 13 e 15.

** Assegnista di Ricerca in Diritto dell'Unione europea – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia; marta.lazzaroni@unibs.it.

All'autrice sono da attribuire: sezione I; sezione II, par. 12; sezione III, par. 14.

SEZIONE I

Le misure di contenimento della pandemia da Covid-19 e i contratti commerciali nel diritto italiano

1. Introduzione

Il mondo si trova ad affrontare il suo momento più difficile dalla fine della seconda guerra mondiale mentre cerca di arginare l'emergenza causata dalla diffusione del Covid-19, ufficialmente definita pandemia dall'O.M.S. in data 11 marzo 2020.

Come tutti gli eventi epocali verificatesi nel corso della storia, anche la recente pandemia avrà significativi risvolti a livello internazionale per quanto concerne le relazioni tra Stati. Non serve analizzare situazioni di Paesi lontani, basta volgere lo sguardo in casa nostra e a quanto sta accadendo all'interno dell'Unione europea: è purtroppo evidente l'iniziale ritrosia dell'Unione europea, nel momento di massima urgenza e difficoltà, ossia quello dello scatenarsi della pandemia, ad ergersi a centro strategico di contrasto, lasciando così la gestione della crisi agli Stati nazionali¹. Da questo comportamento emerge un'Europa non solo incapace di fornire assistenza mirata ai suoi 500 milioni di cittadini, ma anche frammentata di fronte alle tragedie che la colpiscono; emblematiche sono le parole dell'intellettuale europeista Massimo Cacciari: *"L'assassino non è certo il coronavirus sia ben chiaro, hanno cominciato a massacrare l'Europa vent'anni fa quando hanno gestito la moneta unica come fosse il fine e non l'inizio. Dopo il terrorismo e dopo la Grecia, adesso finirà anche Schengen quindi mi pare che ormai il sogno europeo dobbiamo metterlo via. Il coronavirus è stato il colpo di grazia per una situazione già compromessa. Mi auguro ardentemente di sbagliare però"*²⁻³⁻⁴. Tale riflessione è cer-

¹ Si legga la riflessione di Stephen M. Walt, di cui si riporta una breve, ma evocativa, frase: *"First, and most obviously, the present emergency reminds us that states are still the main actors in global politics."*, reperibile online <https://foreignpolicy.com/2020/03/09/coronavirus-economy-globalization-virus-icu-realism/>.

² Si legga l'intervista integrale al filosofo Massimo Cacciari, reperibile a questo indirizzo web <https://it.businessinsider.com/massimo-cacciari-il-coronavirus-e-la-pietra-tombale-sullintegrazione-europea-sara-la-cina-a-risolvere-litalia/?fbclid=IwAR3v0-mUIRBKj5dBvUonlnuwoKz2s1mqEW W6dp4DYzWcXoAV3aRYCWjR598GA>.

³ Le tensioni nell'Unione europea sono certamente aumentate in seguito alla pronuncia datata 5 maggio 2020 della Corte Costituzionale tedesca relativa alla proporzionalità dell'intervento di *Quantitative easing* deciso nel 2015 dall'allora governatore della BCE Mario Dra-

tamente estensibile a livello globale, basti leggere le parole di Richard N. Haas, presidente del COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS⁵: “L’attuale emergenza porterà i Governi nazionali a concentrarsi maggiormente su ciò che accade al loro interno piuttosto che su ciò che accade al di fuori dei loro confini.”.

La modifica delle relazioni internazionali non è certamente l’unica conseguenza evidente: la pandemia da Covid-19 sta infatti minando anche i principi base in ambito sociologico ed economico. I necessari provvedimenti adottati dai Governi – e che si sono fatti via via più restrittivi per arginare e prevenire il diffondersi della pandemia, fino a paralizzare vita sociale e attività economica – hanno dapprima immediatamente impattato in modo *tranchant* sul microcosmo delle relazioni interpersonali, portandoci essenzialmente a rinunciare alla nostra socialità⁶, e, in seconda battuta, sul macrocosmo dell’intero sistema economico. Se è impensabile sostenere – come avvenuto all’inizio della diffusione del virus – che saranno solo le aree dei Paesi maggiormente colpiti o i settori maggiormente interessati a subire le conseguenze economiche di questa situazione, è conseguentemente ovvio

ghi, sul cui modello si è mossa in questo periodo la BCE in risposta alla crisi da Covid-19. Sul punto si veda *infra* cap. 3, sezione 2. Si visitino i seguenti indirizzi <https://www.ilsole24ore.com/art/corte-costituzionale-tedesca-ultimatum-bce-ha-3-mesi-justificare-qe-ADukjTO>; <https://www.ilsole24ore.com/art/incognita-borsa-e-btp-corte-tedesca-decide-qe-bce-ADOrFFO>; <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/dopo-la-sentenza-tedesca-sulla-bce-i-rischi-litalia-25982>; <https://www.linkiesta.it/2020/05/cosa-ha-davvero-deciso-la-corte-tedesca-bce-quantitative-easing/>; <https://24plus.ilsole24ore.com/art/l-altola-corte-tedesca-qe-e-campanello-d-allarme-la-bce-ADqxPcO>. Dall’estero <https://www.bbc.com/news/world-europe-52542993>; <https://www.cnn.com/2020/05/05/german-top-court-says-ecbs-qe-partially-violates-law.html>; <https://www.ft.com/content/a1beda5e-5c2d-429e-a095-27728ed2d72b>; <https://www.theguardian.com/business/2020/may/05/jolt-to-eurozone-as-german-court-warns-against-central-bank-stimulus>. Certo la sentenza pone al centro dell’attenzione le possibili conseguenze in merito alle attuali decisioni della BCE, ma non bisogna sottovalutare le possibili questioni relative sia alla reale indipendenza delle Istituzioni europee, tra cui la BCE, sia al rapporto gerarchico esistente tra il diritto europeo e il diritto nazionale, sul cui punto è già sommariamente intervenuta la Corte di giustizia dell’Unione europea, che si è riconosciuta unica competente a constatare un’eventuale contrarietà al diritto europeo. Si veda <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058it.pdf>.

⁴Merita lettura anche l’articolo di Fabio Tamburini sul Sole 24 Ore: “Se l’Europa continua a tentennare segnerà definitivamente la sua fine, e a questo punto l’Italia deve procedere per conto proprio. Dieci anni fa in occasione di una crisi finanziaria drammatica, dopo il fallimento della banca d’affari americana Lehman Brothers, i soldi per salvare le banche sono stati trovati. Ora vanno trovati i soldi per salvare l’economia reale, per salvare le imprese.”, reperibile online <https://24plus.ilsole24ore.com/art/il-virus-e-come-guerra-regole-europee-vanno-cambiate-ADYozOF>.

⁵L’intera riflessione è reperibile online <https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>.

⁶Interessante è lo studio pubblicato da *The Lancet*, che ha cercato di analizzare e di sintetizzare gli effetti psicologici causati dalle costrizioni, reperibile a questo indirizzo [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30460-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30460-8/fulltext).

considerare ineluttabile l'impatto negativo-depressivo cui stiamo andando incontro. È entrato in crisi il modello neoliberista sul quale si erge l'attuale struttura del tessuto economico, che è fortemente globalizzato⁷ e presenta caratteri strutturalmente complessi determinati dalla sua essenza costitutiva: l'iper-conessione, di cui ne è prova la pandemia stessa, che in poche settimane si è diffusa da Wuhan al resto del mondo.

È evidente che la crisi produttiva-economico-finanziaria in cui ci troviamo sta interessando e interesserà ogni settore ad ogni livello, con un effetto domino destinato a non rallentare né, tanto meno, a fermarsi, comportando questo il rischio concreto di minaccia della coesione sociale: il Coronavirus non si sta limitando ad attaccare il sistema immunitario delle persone, non porta con sé non solo morti e malati, ma anche danni economici che per comune previsione saranno sicuramente ingenti⁸⁻⁹, anche se al momento difficilmente quantificabili.

In questo quadro di incertezza un dato tuttavia emerge in modo inconfutabile: la diffusione del Covid-19 sta inevitabilmente avendo pesanti ripercussioni che coinvolgono i contratti, sia a livello interno sia a livello internazionale, ed i loro contraenti, i quali, a causa delle disposizioni restrittive, hanno incontrato e stanno incontrando rilevanti difficoltà nel rispettare gli impegni in precedenza assunti. Si tenterà pertanto, nei paragrafi a seguire, di delineare, seppur senza pretesa di esaustività, il quadro giuridico utile agli operatori che si trovano a fronteggiare l'attuale emergenza che potremmo ben dire "contrattuale".

⁷ <https://www.agi.it/economia/news/2020-02-22/globalizzazione-coronavirus-tria-7164759/>.

⁸ <https://foreignpolicy.com/2020/04/09/unemployment-coronavirus-pandemic-normal-economy-is-never-coming-back/>; <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2020/03/DI-GASPARE-Effetto-domino-1.pdf>; https://www.corriere.it/economia/aziende/cards/coronavirus-10percento-aziende-italiane-default-se-l-emergenza-non-si-ferma-entro-l-anno/crollo-pil_principale.shtml; <https://www.economiaepolitica.it/industria-e-mercati/impatto-economico-coronavirus-effetto-interventi-riflessioni-politiche-di-coesione-covid-19/>; <https://www.ft.com/content/0c13755a-6867-11ea-800d-da70cff6e4d3>; <https://www.ilsole24ore.com/art/csc-l-effetto-covid-19-affonda-produzione-marzo-166-e-primi-trimestre-54-ADQU7gH>; <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/le-conseguenze-del-coronavirus-sulleconomia-globale-2>; <https://www.linkiesta.it/2020/03/coronavirus-quando-finira-futuro/>.

⁹ A titolo esemplificativo si faccia riferimento al settore del trasporto aereo, i cui numeri in tempi ordinari sono impressionanti: basti pensare che rappresenta il 3,6% della ricchezza globale. Sin dall'inizio della diffusione del virus le compagnie aeree si sono trovate costrette a diminuire i loro voli, fino ad arrivare al blocco pressoché totale, con le maggiori compagnie aeree internazionali che si sono trovate costrette a cancellare il 96% dei voli programmati. Si veda oltre Cap. I, Sez. I, par. 6, pag. 28 e ss. Fonti: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20200313IPR74902/transport-committee-pledges-to-stop-empty-flights-due-to-covid-19>; <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-03-05-01/>; <https://www.infodata.ilsole24ore.com/2020/04/15/il-cielo-sopra-leuropa-non-e-mai-stato-cosi-vuoto-i-numeri-del-traffico-aereo-in-lockdown/>; <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/coronavirus-e-aviazione-lo-stato-scende-pista-25736>.

2. L'impossibilità della prestazione

Le relazioni giuridiche, in particolare quelle patrimoniali, non rimangono impermeabili ad eventi quali la pandemia da Covid-19 e le misure restrittive statali che ne sono scaturite. Per comprendere come potersi tutelare e per individuare gli strumenti migliori a ciò predisposti, è utile interrogarsi sull'incidenza di un tale evento sui rapporti obbligatori. Il riferimento è inevitabilmente, nella qui prescelta prospettiva del diritto italiano, il codice civile, alla stregua del quale l'adempimento rappresenta l'atto giuridico dovuto la cui esatta esecuzione¹⁰ – da valutare sia rispetto al criterio della buona fede sia alla luce della diligenza dell'art. 1176 c.c., a meno che non sia dalla legge o dalle parti richiesta un'ulteriore diligenza di maggiore intensità e portata – conduce all'estinzione dell'obbligazione.

Ne segue che nel momento in cui il debitore non esegue la prestazione, o non la esegue esattamente, si concretizza l'inadempimento¹¹, da cui discende ex art. 1223 l'obbligo per il debitore di risarcire il danno subito dal creditore a seguito di inadempimento o di ritardo, risarcimento che può avvenire tramite reintegrazione in forma specifica ovvero per equivalente.

L'inadempimento non genera un unico effetto, ma apre una vicenda giuridica che può variamente atteggiarsi e combinarsi¹²: secondo una valutazione qualitativa l'inadempimento può essere totale, nel cui caso la prestazione non potrà più essere eseguita e si avrà estinzione totale dell'obbligazione, o parziale, nel cui caso l'impossibilità dell'esecuzione incomberà solo su una parte della prestazione, con la conseguenza che ciò non provocherà l'estinzione dell'obbligazione. Da un punto di vista temporale l'inadempimento può essere alternativamente definitivo – si faccia l'esempio della dell'impresa che si è impegnata a costruire un prodotto utilizzando solo determinati materiali che risultano essere non più reperibili sul mercato, od,

¹⁰ L'adempimento si concretizza infatti solo con l'esatta esecuzione della prestazione, esattezza che deve essere "(...) valutata rispetto a diversi criteri, quali: modalità di esecuzione; tempo di esecuzione; luogo di esecuzione; persona che esegue la prestazione; persona destinataria della prestazione; identità della prestazione." F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*. Vol. II, Padova, 2014, p. 37.

¹¹ Si veda M. GIORGIANNI, voce *Inadempimento* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.

¹² Per tale motivo non è possibile accogliere una definizione generale di inadempimento valida per ogni rapporto obbligatorio, che va pertanto modulata in ragione del tipo di obbligazione assunta dal debitore e dalla diligenza connessa a quello specifico rapporto, senza trascurare l'interesse del creditore. Si veda Cass. civ.: "*L'inadempimento contrattuale è costituito dall'inesecuzione di una prestazione per effetto della mancata attuazione, da parte dell'obligato, dell'impegno di diligenza e di cooperazione richiesto, secondo il tipo di rapporto obbligatorio, per la realizzazione dell'interesse del creditore, nel presupposto che la prestazione sia oggettivamente possibile.*"

ancora, alla società che subisce un incendio che coinvolge la totalità dei suoi magazzini in cui è depositata la merce destinata a una consegna – oppure temporaneo, con ciò intendendosi un inadempimento determinato da una causa transitoria che, durando solo per un certo lasso di tempo, si concretizza in un ritardo nella sua esecuzione; si pensi al caso dell'impresa che si è impegnata a costruire un prodotto utilizzando solo determinati materiali che nel frattempo sono divenuti difficilmente reperibili sul mercato, allungando i tempi di produzione; oppure si faccia l'esempio di una società che deve consegnare la prima parte di un impianto industriale entro una certa data, ma che non riesca a rispettare tale scadenza.

Ciò che a noi interessa indagare è quando l'inadempimento, di qualunque tipologia esso sia, possa o meno essere imputabile al debitore¹³. Fondamentale è l'art. 1218 c.c.¹⁴, il quale prevede una presunzione di colpa introducendo, in caso di ritardo o di inadempimento, il principio della responsabilità del debitore¹⁵ rispetto a un preesistente rapporto obbligatorio, a meno che lo stesso non provi¹⁶⁻¹⁷ che il ritardo o l'inadempimento sono

¹³Si veda AA.VV., *Il rapporto obbligatorio*, Vol. III *Obbligazioni*, Milano, 2009, p. 316 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile*. Artt. 1256-1259, Milano, 2011; G. GRISI, *Note a margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Europa e diritto privato*, 2017, n. 2, p. 545 ss.; L. MOSCO, (voce) *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, pp. 211-216; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*. Artt. 1218-1222, Milano, 2006.

¹⁴Si veda art. 1218 c.c.: “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.”.

¹⁵Comunemente definita responsabilità contrattuale, nonostante tale locuzione sia tecnicamente errata perché la responsabilità per inadempimento non deriva solo dal contratto, bensì dalla violazione dell'obbligazione, qualunque ne sia la fonte. Si veda Cass. civ., Sez. Un., n. 14712/2007: “È opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta ex Art. 1218 C.C. può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la qualificazione “contrattuale” è stata definita da autorevole dottrina come una *sineddoche*, giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire.”. Risulta pertanto più corretto utilizzare i termini “responsabilità da inadempimento di obbligazione”.

¹⁶Partendo dal presupposto che l'obbligazione gravita nella sfera di controllo del debitore (si veda Cass. civ., Sez. II, n. 4876/2014: “Le obbligazioni, siano esse “di risultato” o di “mezzi”, sono sempre finalizzate a riversare nella sfera giuridica del creditore una *utilitas* oggettivamente apprezzabile.”), è infatti proprio il debitore a essere gravato dall'onere della prova del fatto estin-

stati determinati da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Dal dettato normativo dell'articolo emerge che sono due gli elementi che il debitore è tenuto a provare affinché possa essere sollevato dalla responsabilità che su di lui incombe: il primo – elemento oggettivo – è l'impossibilità della prestazione, che deve necessariamente essere: *i)* sopravvenuta, con ciò intendendosi che deve concretizzarsi in un momento successivo al sorgere dell'obbligazione, perché nel caso contrario in cui l'impossibilità fosse originaria si verificherebbe un impedimento alla nascita stessa del vincolo obbligatorio; *ii)* anteriore rispetto alla scadenza per l'esecuzione della prestazione; il secondo – elemento soggettivo – è la non imputabilità dell'evento che tale impossibilità ha generato.

Se è innegabile la necessità di tale doppia prova, perché non imputabilità e impossibilità della prestazione sono due concetti che, seppur ponendosi su un piano consequenziale differente, in un rapporto di causa-effetto, devono necessariamente coesistere, poiché la sola impossibilità non necessariamente implica non imputabilità, è altrettanto vero che la rigidità del dettato normativo dell'art. 1218 c.c. deve essere temperata attraverso il coordinamento con l'art. 1176 c.c., il quale sancisce l'obbligo per il debitore di usare la diligenza del buon padre di famiglia nell'esecuzione della prestazione che a lui compete: ne segue che l'impossibilità corrisponde a una situazione negativa di mancanza di colpa determinata da un evento non imputabile al debitore.

Tale posizione è peraltro condivisa da copiosa giurisprudenza, anche recente; si prenda come riferimento la recente pronuncia della Cass. civ., Sez. Un., n. 12477/2018, relativa alla fattispecie concreta di una banca che paga un assegno non trasferibile a un soggetto diverso da quello beneficiario, previo accertamento dell'identità sulla base di documenti solo in seguito ri-

tivo dell'altrui pretesa: mentre al creditore basterà, per le obbligazioni positive fornire la prova del proprio credito limitandosi ad allegare l'inadempimento che lo stesso contesta alla controparte e per le obbligazioni negative fornire la prova del suo diritto e dell'inadempimento, spetterà invece al debitore mostrare la prova del fatto estintivo del diritto del creditore, che potrà essere alternativamente o l'adempimento o l'impossibilità per causa a lui non imputabile.

¹⁷ Il problema relativo al riparto dell'onere probatorio ha visto sorgere nel corso del tempo numerosi contrasti, i quali si sono sopiti grazie alla pronuncia della Cass. civ., Sez. Un., n. 13533/2001, con cui la Suprema Corte ha affermato che indipendentemente dall'azione promossa il creditore deve provare il titolo per conto del quale invoca il credito, mentre il debitore dovrà alternativamente dimostrare l'adempimento o l'impossibilità sopravvenuta, ciò perché l'asserito inadempimento è presupposto comune ai possibili rimedi esperibili. Per un'analisi della pronuncia si veda F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2018, pp. 683-684.

velatesi falsi. Secondo quanto statuito dalla Suprema Corte la responsabilità della banca ha natura contrattuale e a ciò consegue la necessaria contemporanea applicazione degli artt. 1218 e 1176 c.c., con la conseguenza che la banca che ha pagato l'assegno a persona diversa è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile per avere la stessa assolto alla propria obbligazione con la diligenza professionale richiesta dall'art. 1176(2) c.c. Si esamini anche, in ambito sanitario, Cass. civ., Sez. III., n. 30727/2019, in cui è possibile leggere questo passaggio: *“per quanto riguarda la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di una nuova malattia e l'azione o l'omissione dei sanitari; ove il danneggiato si sia attivato in tal senso, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile e inevitabile con l'ordinaria diligenza”*¹⁸.

¹⁸ Il rapporto che intercorre tra gli artt. 1218 e 1176 c.c. ruota attorno all'individuazione del criterio utile per individuare le responsabilità per inadempimento latamente inteso, ed è stato oggetto di un ampio dibattito che ha visto contrapporsi la teoria c.d. oggettiva e la teoria c.d. soggettiva, tra loro talmente antitetiche al punto da essere considerate esagerazioni dottrinali, *“idealtipi funzionali più a descrivere i due poli all'interno dei quali si articola il dibattito”*. Si veda G. SMORTO, *Art. 1256 C.C. Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in V. CUFFARO (a cura di), *Commentario del codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, Torino, 2013, pp. 672-725, nello specifico p. 683. Si veda A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, qui consultabile http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/procida_feola_cooperazione.pdf.

Secondo l'orientamento oggettivo la responsabilità del debitore nasce per il solo fatto dell'inadempimento; pertanto il debitore potrà liberarsi da responsabilità solo provando l'impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, diventando così irrilevante ogni riferimento alla diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., che rimane relegata al solo adempimento della prestazione. Il maggior esponente è identificabile in Osti, il cui pensiero può essere così racchiuso: *“finché la prestazione è in senso oggettivo e assoluto possibile il debitore è responsabile per il solo fatto dell'inadempienza; quando la prestazione divenuta oggettivamente e assolutamente impossibile, il debitore non è responsabile se non a condizione che possa essergli imputata a colpa quella sopravvenuta impossibilità”*. Sulla stessa linea di pensiero Emilio Betti, per il quale non vi è alcuna antinomia o contraddizione tra gli artt. 1176 e 1218 c.c., poiché l'art. 1176 c.c. concerne soltanto la diligenza da usare nell'adempimento, mentre l'art. 1218 c.c. disciplina la responsabilità del debitore, pertanto *“(…) l'inadempimento o il ritardo di cui il debitore è chiamato a rispondere in confronto del creditore è quello che sia incorso senza derivare da causa imputabile ad esso debitore”*; si veda E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 113.

Per l'orientamento soggettivo la responsabilità del debitore coltiva invece la propria esistenza nella colpa del debitore; pertanto in caso di inadempimento il debitore potrà liberarsi da responsabilità solamente provando di aver agito secondo l'ordinaria diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., non essendo invece necessaria la prova della causa dell'impossibilità. Se-

Il quadro deve essere completato attraverso la menzione dell'art. 1256 c.c.¹⁹, ai sensi del quale: *i*) se la prestazione diventa definitivamente impossibile, per causa al debitore non imputabile, l'obbligazione si estingue; *ii*) se la prestazione diventa solo temporaneamente impossibile, per causa al debitore non imputabile, il debitore non può essere ritenuto responsabile del ritardo e l'obbligatorietà si sospende per il perdurare dell'impossibilità.

I due artt. (1218 e 1256) sono tra loro complementari: l'art. 1218 c.c. è parametro alla cui luce valutare la liberazione del debitore per il ritardo o per l'inadempimento, mentre l'art. 1256 c.c. identifica l'impossibilità come causa di estinzione o di sospensione dell'obbligazione. Dalla lettura combinata ne consegue che: *i*) se il debitore riuscisse a scagionarsi: *a*) nell'ipotesi di impossibilità temporanea non sarebbe ritenuto colpevole del ritardo grazie all'effetto sospensivo dell'obbligo di esecuzione destinato a perdurare solo ed esclusivamente per un tempo corrispondente a quello dell'impossibilità, cessato il quale il debitore sarebbe nuovamente chiamato ad adempiere puntualmente la prestazione a lui spettante; *b*) nell'ipotesi di impossibilità definitiva non sarebbe ritenuto colpevole del mancato adempimento. Pertanto l'impossibilità definitiva è identificabile quale modo non soddisfacente di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento; *ii*) se il debitore non riuscisse a scagionarsi: *a*) nel caso di impossibilità temporanea si avreb-

condo i sostenitori di tale orientamento l'evento che genera l'impossibilità non può essere imputato al debitore se lo stesso si è comportato con la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c. ossia se vi è assenza di colpa. Si legga L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988: "La colpa è il contrario della diligenza del buon padre di famiglia, l'imputabilità a colpa del debitore dell'impossibilità di adempiere è giudicata secondo il parametro dell'art. 1176 c.c. Sebbene riferita all'adempimento, tale norma è ritenuta anche una regola che completa il regime della responsabilità per inadempimento. L'art. 1218 c.c. non precisa il criterio di imputazione: solo integrandolo con l'art. 1176 C.C. si può leggerlo, come regola generale, il criterio della culpa-diligentia."

Per un approfondimento della diversità di pensiero di Osti e Mengoni, si veda G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Rivista di diritto civile*, 2019, n. 1, pp. 1-24.

¹⁹ Art. 1256 c.c.: "L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla."

Come anticipato le teorie sopra esposte possono essere considerate iperbolici dottrinali; è preferibile in ragione dell'utilità pratica la posizione c.d. intermedia di coloro che ritengono non sia corretto stabilire a priori un concetto di impossibilità e di imputabilità che sia universalmente oggettivo o soggettivo, risultando invece opportuno lasciare all'interprete il compito di procedere a un'attenta valutazione del singolo caso concreto per giungere alla corretta individuazione della soluzione, anche attraverso il giovamento dell'emersione dei molteplici significati sottointesi a tutte le norme coinvolte.

be, oltre all'obbligazione originaria, l'aggiunta di un'obbligazione di risarcimento per il ritardo; b) nel caso di impossibilità definitiva si concretizzerebbe un fenomeno contemporaneamente sia estintivo dell'obbligazione originaria sia sostitutivo perché sorgerebbe in capo al debitore una nuova obbligazione, detta secondaria, consistente nell'obbligo di risarcire al creditore non soddisfatto il danno subito.

3. *Le sopravvenienze contrattuali*

L'esperienza che dolorosamente viviamo in questo periodo pone al centro della scena il contratto, in particolare il contratto ad esecuzione protratta nel tempo e caratterizzato da un'esecuzione differita rispetto al momento originario in cui sorge il rapporto negoziale²⁰: tali tipologie contrattuali sono quelle maggiormente destinate a subire in modo *tranchant* le cosiddette "sopravvenienze" ossia quelle mutazioni circostanziali di fatto o di diritto che possono, in modi differenti, ripercuotersi sull'assetto negoziale originariamente stabilito, ponendo il problema della gestione del rischio e dell'individuazione di possibili rimedi.

Per quanto concerne gli strumenti predisposti dal legislatore, è lo stesso codice civile a riconoscere la possibilità che si verifichino mutamenti rispetto al momento originario di formazione del rapporto contrattuale, in particolare con riferimento ai contratti di durata a prestazioni corrispettive, caratterizzati non solo dall'instaurazione in fase genetica di un legame di reciprocità e interdipendenza tra le prestazioni, ma anche e soprattutto da un'esecuzione proiettata nel futuro.

L'insieme dei rimedi predisposti dal codice civile a fronte delle sopravvenienze²¹ lo si rinviene all'art. 1463 c.c., che disciplina l'impossibilità sopravvenuta²² e all'art. 1467 c.c., che disciplina l'eccessiva onerosità – cui taluno aggiunge il mutuo consenso, o mutuo dissenso, istituto con cui si estingue *ex tunc* un precedente contratto, posizione peraltro condivisibile secondo chi scrive: se la volontà è elemento fondamentale del contratto *ex art.* 1321 c.c., nel momento in cui viene meno da entrambe le parti si verifica una caducazione

²⁰ Si tratta prevalentemente di contratti *business-to-business*, professionali o imprenditoriali.

²¹ Si veda A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

²² Categoria giuridica che si pone su un piano differente rispetto a quello dell'invalidità: mentre quest'ultima concerne vizi genetici presenti *ab origine*, la risoluzione – o lo scioglimento – del contratto è strettamente connessa a fatti sopravvenuti tali da influenzare il vincolo contrattuale.

immediata del contratto; sarebbe dunque forse più corretto parlare, in riferimento agli elementi essenziali del contratto, non solo genericamente di volontà, ma più specificatamente di perpetuarsi del consenso per entrambe le parti.

Così come l'impossibilità sopravvenuta di adempiere un'obbligazione, non imputabile al debitore, libera quest'ultimo e determina l'estinguersi dell'obbligazione stessa come previsto dall'art. 1256 c.c., così in tema di contratti il principale rimedio previsto a fronte delle sopravvenienze, disciplinato dagli artt. 1463 c.c. e seguenti, è la risoluzione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile²³⁻²⁴⁻²⁵, per i cui criteri si rimanda a quanto detto precedentemente in tema di impossibilità della prestazione.

Tale disciplina è dettata in favore dei contratti a prestazioni corrispettive aventi efficacia obbligatoria²⁶, trovando la propria *ratio legis* nell'evidenza che nei contratti sinallagmatici ogni prestazione trova la propria giustificazione ed essenza nella rispettiva controprestazione: l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile determina infatti il venir meno dell'obbligazione di una delle parti, che non è più tenuta a eseguire la prestazione, con la precisazione che nei contratti a esecuzione continuata o periodica vale il principio per cui l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite; ciò fa venir meno il rapporto di corrispettività tra le prestazioni, con la conseguenza che anche la corrispondente prestazione cui era tenuta la controparte non sarebbe più giustificata. Il contratto si risolve dunque automaticamente nel momento in cui si concretizza l'impossibilità, pertanto un'eventuale sentenza avrebbe solo un valore dichiarativo²⁷.

²³ Art. 1463 c.c.: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quelle che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito."

²⁴ In tema di impossibilità sopravvenuta nei contratti si veda L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, Bologna, 2002; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, Milano, 2003; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta. Nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 2016, Milano, pp. 1669-1675; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 221-228.

²⁵ Nel caso invece di impossibilità per colpa, questa integra inadempimento; la controparte potrà dunque chiedere la risoluzione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 1453 c.c., oltre al risarcimento dei danni.

²⁶ L'art. 1465 detta una disciplina specifica per i contratti caratterizzati dal principio consensualistico, stabilendo che, alla luce del principio *res perit domino*, nel caso in cui la cosa non sia stata ancora consegnata il perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante non libera dall'obbligo della controprestazione. Lo stesso articolo si occupa anche dei contratti sottoposti a condizione sospensiva, stabilendo che il verificarsi dell'evento dedotto in condizione determina il passaggio del rischio dall'alienante all'acquirente.

²⁷ In tema di collegamento negoziale, si veda U. CARNEVALI-E. GABRIELLI-M. TAMPONI, *Il*

L'impossibilità che colpisce la prestazione può variamente concretizzarsi.

Dal punto di vista quantitativo può essere totale o parziale, nel qual caso verrà colpita una parte soltanto della prestazione, con la conseguenza che il debitore si libererà dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte rimasta possibile, soddisfacendo solo parzialmente l'interesse originario del creditore. È d'obbligo precisare che l'impossibilità parziale non conduce alla caducazione dell'intera obbligazione, a meno che non privi la stessa di utilità; si pensi al caso di scuola dell'incendio che distrugge gran parte di un appartamento destinato a essere locato: è ovvio che il conduttore non avrà più interesse a prendere in locazione l'immobile. Proprio in tema di locazione si è recentemente pronunciata la Cass. civ., Sez. III, sentenza n. 3974/2019. Il caso di specie riguarda un contratto di locazione immobiliare ad uso abitativo di cui il locatore proprietario chiedeva la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile poiché lo stesso non era in grado di mantenere il bene oggetto del contratto in stato da servire all'uso stabilito a causa delle variazioni subite in seguito al verificarsi di un evento sismico. Secondo la Suprema Corte la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile alle parti non poteva essere invocata nel caso specifico poiché la dichiarazione di inagibilità dell'immobile riconducibile ad un evento sismico non poteva ritenersi equivalente alla sua distruzione totale o parziale, ciò comprovato anche dalla prosecuzione del rapporto locatizio per il triennio successivo al verificarsi dell'evento sismico.

Dal punto di vista temporale l'impossibilità può essere definitiva o temporanea. In merito a quest'ultima tipologia è importante sottolineare due aspetti fondamentali: *i)* in primo luogo l'impossibilità temporanea di parte della prestazione non comporta riflessi operativi sul rapporto contrattuale originario. Emblematica è Cass. civ., Sez. III, n. 10690/1999: il fatto trae origine il 19 gennaio 1980, giorno in cui il Ministero dei Trasporti rilasciò alla S.p.a. Aeroporto di Verona-Villafranca concessione per l'espletamento dei servizi aeroportuali. Con Convenzione del 21 gennaio 1980 la concessionaria affidò in subconcessione la gestione dei servizi *handling* (allora non liberalizzati) alla S.r.l. Aersapac, che esercitava tale servizio dal 1962 dietro pagamento di corrispettivo.

Nel corso di quasi tutto il 1979 l'Aeroporto di Verona aveva subito la

contratto in generale. La risoluzione, Torino, 2011, p. 18, in cui si sottolinea la necessità di fare riferimento all'affare nella sua totalità in termini di unità economica e regolamentare, con la conseguenza che, nel caso di interdipendenza e di non scindibilità dell'operazione economica, la risoluzione per inadempimento dell'uno determina automaticamente l'inefficacia dell'altro contratto.

chiusura per lavori e le parti convennero che alla S.r.l. Aersapac fosse riconosciuta, come compensazione del danno subito, una detrazione mensile. Successivamente al 1980, in altre tre occasioni, l'Aeroporto fu chiuso al traffico civile. Secondo Aersapac tali chiusure, non previste nel contratto, avrebbero determinato una durata del contratto sensibilmente inferiore ai sei anni pattuiti e pertanto ciò avrebbe comportato una proroga del rapporto quanto meno corrispondente al periodo delle sospensioni verificatesi nell'attività aeroportuale.

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in esame, ha chiarito che in tema di impossibilità temporanea della prestazione per causa non imputabile al debitore, l'art. 1256 c.c. si limita a escludere la responsabilità del debitore fino a quando perdura l'impossibilità temporanea, senza tuttavia che questo comporti una proroga della durata del rapporto sinallagmatico per un tempo corrispondente alla durata dell'impossibilità temporanea; in secondo luogo l'inadempimento *prima facie* classificabile come temporaneo può successivamente tradursi in definitivo: la temporaneità dell'impedimento infatti non vale a escludere l'estinzione del rapporto tutte le volte che, avuto riguardo al tempo trascorso e allo specifico rapporto, la prestazione non sia più ragionevolmente eseguibile o perché il debitore non possa più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione o perché il creditore abbia perduto interesse alla sua esecuzione.

È utile spiegare il concetto richiamando un esempio giurisprudenziale, nello specifico la Cass. civ., Sez. II, n. 956/1986: la Franco Ferri S.p.a. confermava alla Ricam Sud S.r.l. la vendita di 10.000 lenzuola e 10.000 federe entro una certa data. La Ricam Sud S.r.l., di fronte alla mancata consegna, notificava diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c. In seguito la società acquirente Ricam Sud S.r.l. conveniva in giudizio la società acquirente Franco Ferri S.p.a. al fine di dichiarare la risoluzione del contratto per inadempimento della società venditrice e sentirla condannare al pagamento dei danni.

La Corte di Cassazione ha concentrato la propria analisi sull'interpretazione degli artt. 1256(2) e 1463 c.c., statuendo che nell'ipotesi di impossibilità temporanea di eseguire la prestazione, la norma dell'art. 1256 c.c., per giustificare la *perpetuatio obligationis* dopo la scadenza del termine di adempimento, fa esclusivo riferimento all'interesse del creditore – evidente nel caso di notifica di diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c. – e non anche a quello del debitore il quale, cessata l'impossibilità temporanea della prestazione, deve sempre adempiere indipendentemente da un suo diverso interesse economico, che potrebbe eventualmente fare valere sotto il profilo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Pertanto, qualora il creditore assuma di avere ancora interesse all'adempimento dopo la cessazione dell'impossibilità temporanea, spetta al debitore provare che, in relazione alla natura o

all'oggetto dell'obbligazione, il tempo trascorso dalla scadenza contrattuale era tale da non potere far ragionevolmente prevedere che il creditore avesse conservato l'interesse all'adempimento stesso. Tale posizione è stata recentemente ribadita dal Trib. Milano, Sez. VII, n. 11454/2019 nell'ambito di un contratto di appalto internazionale.

Dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1256, relativi alle obbligazioni, con gli artt. 1463 e ss., emerge che l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile – sia essa parziale o totale, definitiva o temporanea – estingue l'originario rapporto contrattuale liberando la parte che subisce l'evento causativo dell'impossibilità evitando che lo stesso incorra in responsabilità.

Vi è da stabilire cosa avvenga della prestazione che rimane possibile in capo alla controparte. Ebbene, specificatamente:

1. nel caso di impossibilità parziale, secondo quanto previsto dall'art. 1464 c.c. la parte che subisce l'evento non ha diritto alla piena controprestazione e la controparte – effettuata una personale valutazione – potrà scegliere tra contestare l'impossibilità parziale, oppure optare per una riduzione della prestazione oppure prediligere il recesso dal contratto per mancanza di interesse apprezzabile all'adempimento parziale;

2. nel caso di impossibilità totale, secondo quanto previsto dall'art. 1463 c.c.: i) se l'obbligazione a carico del creditore della prestazione divenuta impossibile non è ancora stata adempiuta, detta obbligazione rimane estinta *ipso iure*, poiché il contratto si scioglie automaticamente nel momento stesso in cui una delle prestazioni diventa impossibile, senza che questo valga per le prestazioni già eseguite oggetto dei contratti a esecuzione continuata o periodica. Si concretizza così un'estinzione *ipso iure* di entrambe le obbligazioni, anche se la fonte è diversa: l'una si estingue per impossibilità sopravvenuta, l'altra per l'inadempimento incolpevole; ii) se l'obbligazione a carico del creditore della prestazione divenuta impossibile è già stata adempiuta, l'adempiente acquista, *ex lege*, il diritto alla restituzione della prestazione secondo le norme contenute nell'art. 2033 c.c., al fine di impedire che si verifichi un arricchimento unilaterale ingiusto.

Datata, ma chiara è la Cass. civ., Sez. I, n. 9658/1992 relativa a tale ultimo aspetto: secondo la Corte il contratto con il quale il Comune, vigente il monopolio, aveva concesso a una società l'esercizio di detto monopolio per un determinato numero di anni e con l'obbligo della concessionaria di trasferire al Comune, alla scadenza, lo stabilimento industriale e gli impianti dell'azienda senza la corresponsione di speciali compensi e indennità, era qualificabile come contratto a prestazioni corrispettive. Abolito il regime di monopolio relativo e risolto il contratto per sopravvenuta impossibilità delle