

## **Approfondimento » Emergenza Coronavirus**

12-6-2020

### **L'inadempimento contrattuale ai tempi del coronavirus: una riflessione sistematica**

*Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare l'impatto dei numerosi provvedimenti emessi dal Governo e dal Presidente del Consiglio dei Ministri sui rapporti contrattuali in essere e, più in generale, sulla normativa dettata dal legislatore in materia di contratti in generale, al fine di verificare se ed in che misura il rispetto delle misure dettate dal legislatore dell'emergenza integri il ricorrere di una giusta causa, tale da rendere scusabile la condotta inadempiente posta in essere da una delle due parti contrattuali. Più precisamente, con il presente contributo si è scelto da un lato di valutare le conseguenze e gli effetti del factum principis sui singoli contratti, dall'altro di offrire all'operatore del diritto un'approfondita disamina dell'art. 91 d.l. n. 18/2020 al fine di chiarirne la reale portata del disposto in esso contenuto rispetto allo statuto codicistico dell'inadempimento contrattuale.*

*di Francesca Leo - Avvocato in Milano, Giulia Poi - Magistrato*

#### **Introduzione**

La diffusione del virus Covid-19, assunta a livello di pandemia (v. la voce "pandemia" dell'Enciclopedia Treccani on-line, definita come "epidemia con tendenza a diffondersi ovunque, cioè a invadere rapidamente vastissimi territori e continenti") in tutto il mondo come ufficialmente dichiarato dall'OMS il 10 marzo 2020, vede particolarmente interessata la popolazione italiana. L'Italia è, difatti, dopo la Cina e gli USA, uno dei Paesi maggiormente colpiti per numero di contagi e di decessi. A partire dal mese di febbraio 2020 il Governo Italiano ha adottato una serie di misure di prevenzione e contenimento del contagio via via più stringenti attraverso un complesso di provvedimenti che va ad incidere su tutte le attività del Paese creando, di fatto, una disciplina derogatoria dello statuto normativo comune e, ciò che più rileva, andando a comprimere una serie di diritti di rango costituzionale, primi tra tutti la libertà di circolazione e quella di iniziativa economica privata.

Si pone, pertanto, con forza la questione dell'**impatto di tali disposizioni sul tessuto economico-imprenditoriale del Paese** e, su un piano squisitamente giuridico, sui contratti in essere all'epoca della loro entrata in vigore. Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare l'impatto della disciplina derogatoria dettata per il contenimento del contagio sui contratti, al fine di meglio comprendere se la stessa sia idonea ad incidere sullo statuto codicistico dell'inadempimento contrattuale.

#### **La normativa emergenziale**

In questo contesto si inseriscono i numerosi provvedimenti restrittivi emanati dal Governo nelle scorse settimane e, soprattutto ai nostri fini la disposizione dell'art. 91 contenuta nel **decreto c.d. "Cura Italia"** di cui ampiamente infra. Ma non può non evidenziarsi come, al di là dell'intervento specifico del legislatore in materia di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, già la sola circostanza di essere dinanzi ad una normativa emergenziale avente ad oggetto provvedimenti restrittivi della libertà personale e dell'iniziativa economica privata possa comportare per il debitore, sul piano strettamente giuridico, un'impossibilità di

eseguire la prestazione come contrattualmente convenuta, così rendendo oggettivamente impossibile (definitivamente o temporaneamente) l'esecuzione della prestazione "**per una causa non imputabile al debitore**" (*art. 1256 c.c.*).

La detta normativa emergenziale, dunque, renderebbe operante a favore del debitore inadempiente (in tutto o in parte) l'*art. 1218 c.c.* in combinato disposto con l'*art. 1256 c.c.*, con la conseguenza che l'inadempimento dovrà essere ritenuto non imputabile al debitore, e non si potrà far luogo né al rimedio risolutorio né alla condanna al risarcimento dei danni ovvero al pagamento di penali contrattualmente previste. Graverebbe però sempre sul debitore il rigoroso onere di provare che le misure di contenimento imposte dal *factum principis* abbiano costituito impedimento all'adempimento non superabile con l'ordinaria diligenza richiesta per la singola specifica prestazione dedotta in contratto (Cfr. **Cass. n. 3457/84, Cass. n. 4020/84, Cass. n. 2511/79**).

Ciò detto, si può formulare l'ulteriore ipotesi secondo cui il ricorrere di una normativa emergenziale potrebbe altresì rilevare sul piano della non esigibilità quantomeno temporanea della prestazione. Invero, è ben possibile che **il rispetto delle misure restrittive imposte dall'autorità non renda impossibile oggettivamente la prestazione**, ma che comporti un impegno oltremodo gravoso ed eccessivo. In questo contesto, la pretesa del creditore al puntuale adempimento sarebbe non solo contraria alle norme di correttezza e buona fede ma integrerebbe un'ipotesi di abuso del diritto, posto che il ricorrere di una giusta causa (l'obbligo di adeguarsi alle prescrizioni dell'esecutivo) renderebbe scusabile la condotta inadempiente anche nell'ipotesi in cui il rispetto delle misure imposte dall'autorità non comporti un'impossibilità ad eseguire la prestazione ma ne implichi un adempimento "a condizioni che non sono umanamente sopportabili"(così espressamente F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 602).

E la detta nozione di inesigibilità della prestazione diviene ancora più pregnante se la si interpreta conformemente al dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi imposto dall'*art. 2* della Costituzione. E proprio partendo da una lettura della disciplina sui contratti improntata alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti, il legislatore dell'emergenza, a parere di chi scrive, ha costruito l'intera normativa emergenziale e, soprattutto, il c.d. Decreto Cura Italia, rendendo applicabile la nozione di **inesigibilità** quantomeno temporanea finanche a quelle categorie di obbligazioni (quali per tutte quelle di dare e, in particolare, quelle pecuniarie) che, per loro natura, non potrebbero divenire impossibili.

### **L'art. 91 d.l. n. 18/2020**

Il legislatore emergenziale ha riservato uno specifico articolo del decreto "Cura Italia" alla **fase c.d. patologica dell'esecuzione del contratto**, quella caratterizzata da ritardato od omesso adempimento della prestazione ivi dedotta. L'*art. 91* del decreto legge n. 18/2020 rubricato "Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici" dispone "1. All'*articolo 3* del decreto - legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla *legge 5 marzo 2020, n. 13*, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli *articoli 1218 e 1223 c.c.*, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti". - All'*articolo 35, comma 18*, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive

modificazioni, dopo le parole: "L'erogazione dell'anticipazione" inserire le seguenti: ", consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice".

Primariamente deve evidenziarsi che il *decreto-legge n. 19/2020*, entrato in vigore il 16 marzo u.s., ha abrogato l'intero *decreto legge n. 6/2020* convertito con modificazioni in *l. n. 13/2020* ad eccezione del solo comma 6 *bis* dell'*art. 3* (vale a dire proprio il comma inserito con l'articolo di cui sopra) e dell'*art. 4* (relativo a disposizioni finanziarie). In questo continuo e a tratti schizofrenico susseguirsi di atti normativi che abrogano e/o sostituiscono quelli precedenti, questo dato rivela la chiara consapevolezza del Governo della necessità di garantire una disciplina transitoria per i rapporti contrattuali in essere. Sotto un profilo strutturale, trattandosi di norma che incide, altresì, sulla disciplina dettata per i contratti pubblici ci si è chiesti, sin dalla sua entrata in vigore, se si trattasse di norma interamente destinata ad incidere sul Codice dei Contratti Pubblici ovvero se l'intento del legislatore dell'emergenza fosse quello di incidere sulla disciplina dei contratti in generale.

Deve condividersi l'**orientamento che non delimita la portata del primo periodo del comma 1 dell'art. 91 ai soli contratti pubblici**. A fondare tale conclusione militano non solo una serie di fattori interpretativi, basati sui canoni ermeneutici dettati dall'*art. 12* preleggi del Codice Civile, primo tra tutti il criterio letterale, ma anche e soprattutto il criterio logico: va da sé, difatti, che laddove il legislatore emergenziale abbia richiamato la norma cardine della categoria dell'inadempimento contrattuale, l'*art. 1218* c.c., egli abbia chiaramente inteso incidere sulla disciplina di diritto comune che, in quanto tale, si applica a tutti i contratti.

Posta questa necessaria premessa, deve ora domandarsi come il portato del primo periodo dell'*art. 91* (rectius: dell'*art. 3 comma 6bis* d.l. n. 6/2020 convertito con modifiche nella *l. n. 13/2020*) si inserisca nella categoria dell'inadempimento contrattuale e che natura giuridica abbia. Sempre secondo i primi commentatori, la norma non avrebbe introdotto alcuna novità, potendosi trovare già la soluzione nei principi generali dettati dal Codice Civile, individuata nel c.d. *factum principis*. Secondo tale impostazione, pertanto, si tratterebbe di norma inutiliter data, che non avrebbe previsto né un'ipotesi ex lege di inadempimento "non imputabile", né una regola automatica di giudizio, né una presunzione ma che si limiterebbe a dare al giudice una severa raccomandazione (si veda sempre F. Angioni, F. Conti, Coronavirus e inadempimenti contrattuali: quali soluzioni per risarcimento, penali e decadenze, in IPSOA Quotidiano del 20 marzo 2020).

Secondo altri, il comma 6 *bis* comporterebbe esclusivamente la possibilità per il giudice di non condannare il debitore inadempiente al risarcimento del maggior danno conseguente all'inadempimento, ovvero alle conseguenze connesse a decadenze o penali (così E. Avesani Bazzoni, M. Bernabé, Contratti e inadempimento ai tempi del Coronavirus: l'*art. 91* del D.L. "Cura Italia" n. 18 del 17.03.2020, in La nuova procedura civile, 2, 2020).

Tali tesi non sono condivisibili. Come ampiamente evidenziato sopra, è necessario fare un distinguo: da un lato, vi è tutto quel complesso di prescrizioni (previste nei vari decreti-legge e D.P.C.M.) volte a contenere il contagio che hanno necessariamente ricadute dirette e indirette sulle prestazioni dedotte nei contratti; dall'altro lato vi è una espressa previsione relativa all'inadempimento contrattuale rappresentata dall'*art. 91* d.l. n. 18/2020.

Trattasi di due differenti elementi, che incidono in maniera diversa sullo statuto dell'inadempimento. Come detto sopra, laddove il complesso di obblighi e divieti imposti per il contenimento del virus previsti nelle varie fonti di rango primario e secondario (che devono qualificarsi quale *factum principis*) vadano **direttamente ad incidere sulle obbligazioni** (di dare, di fare o di non fare) dedotte nel contratto, in tali casi ben potrà invocarsi l'**impossibilità (temporanea o assoluta) della prestazione e le relative conseguenze giuridiche dettate dagli artt. 1256 e ss c.c.** Diversamente, il nuovo *comma 6* d.l. n. 6/2020 convertito in *l. n. 13/2020* così come introdotto dall'*art. 91* d.l. n. 18/2020 interviene in tutti quei casi in cui le prescrizioni dettate dal Governo per l'emergenza Covid-19 **non rendono oggettivamente impossibile la prestazione ma incidono sulla stessa in maniera indiretta.**

Per questi casi la norma individua una inesigibilità *ex lege* (la qualifica come causa straordinaria di giustificazione anche A.M. Benedetti, *Il obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, articolo del 3.4.2020.): "il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli *articoli 1218 e 1223 c.c.*, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

L'esegesi letterale della norma consente di comprendere come nei casi di rispetto delle misure di contenimento, dall'inadempimento (che sussiste) non discende la relativa conseguenza giuridica che è la responsabilità contrattuale, la quale è, difatti, a norma della legge, esclusa. E a nulla vale limitare la portata della norma alle sole decadenze o penali: il richiamo all'*art. 1223 c.c.* e la congiunzione "anche" indicano chiaramente come siano escluse tutte le conseguenze giuridiche della responsabilità contrattuale, prima tra tutti il risarcimento del danno. Sotto il profilo della tecnica legislativa, trattasi di norma che non è rivolta ai consociati bensì al giudice, al quale viene imposto di tenere sempre conto del rispetto delle misure di contenimento da parte del debitore inadempiente, creando di fatto una presunzione: l'utilizzo dell'avverbio "sempre" è indicatore di una presunzione di inesigibilità a favore del debitore inadempiente, presunzione che non è assoluta e che ben potrà essere superata dal creditore con la prova che anche con il rispetto delle norme sul contenimento del virus l'impegno richiesto al debitore è rimasto invariato. Sul piano processuale, pertanto, viene introdotta un'inversione dell'onere della prova di cui all'*art. 1218 c.c.*: il debitore dovrà dare prova di aver rispettato le misure di contenimento e potrà limitarsi ad allegare l'inesigibilità della prestazione, mentre sarà a carico del creditore la prova che anche con il rispetto delle misure di contenimento del virus l'esecuzione della prestazione non è divenuta oltremodo gravosa.

Tali conclusioni sono obbligate se non si vuole svuotare di significato una norma che, al contrario, ha una portata cardine nella disciplina dell'inadempimento al tempo dell'emergenza Coronavirus. E ciò lo impone il **fondamentale principio di conservazione delle norme**, desumibile dall'*art. 1367 c.c.* dettato per l'interpretazione dei contratti ma che la dottrina ritiene a fortiori applicabile all'interpretazione della legge (in riferimento ad altra norma ma valevole come considerazione sull'interpretazione della legge in generale, si veda P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2016, 371), per il quale laddove vi siano una interpretazione che pone nel nulla una norma ed una che, al contrario, le attribuisce un ruolo, deve sempre prevalere l'interpretazione volta alla sua conservazione, sul presupposto che il legislatore non adotta leggi *inutiliter datae*.

A sottolineare l'importanza della norma si aggiunge, infine, proprio il novum sopra riferito dell'abrogazione dell'intero *decreto-legge n. 6/2020* convertito con modificazioni in *l. n. 13/2020* ad eccezione del solo comma 6bis dell'art. 3, a riprova che tale disposizione non può certamente essere posta nel nulla dall'interprete, posto che il legislatore l'ha espressamente voluta salvare.

## Conclusioni

Il complesso di provvedimenti che il potere esecutivo sta adottando è certamente frastagliato e disomogeneo, caratteristiche tipiche della normativa emergenziale. Compito dell'interprete rimane però quello di ricondurre le norme a sistema, anche laddove tale compito si presenti particolarmente arduo. Ed invero, gli aspetti critici sono molteplici. In primis, vi è la questione degli strumenti utilizzati dal Governo per dettare certe prescrizioni: queste sono state tutte finora adottate da atti dell'esecutivo aventi forza di legge (i decreti-legge) non ancora posti al vaglio del potere legislativo (ad eccezione del solo *decreto-legge n. 6/2020*, convertito in *legge n. 13/2020* e già abrogato) e da atti amministrativi (decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e decreti ministeriali), che al vaglio del potere legislativo sono completamente sottratti. E d'altro canto il potere esecutivo non può fare un utilizzo abusante dello strumento del decreto-legge, come nel caso della loro c.d. reiterazione (Per un approfondimento del fenomeno della reiterazione dei decreti-leggi, cfr. *C. Cost., 21.3.1996, n. 84* nonché si veda: Cervati, A.A., Interrogativi sulla sindacabilità dell'abuso del decreto-legge, in *Giur. cost.*, 1977, 874 ss; Angiolini, V., La "reiterazione" dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del Governo e difende la presunta virtù del Parlamento?, in *Dir. pubbl.*, 1997, 114 ss).

A questo primo problema se ne lega strettamente un secondo: l'incertezza per la sorte di questi provvedimenti. Per loro natura i decreti-legge sono provvedimenti "precarî", la cui efficacia viene meno ex tunc se non convertiti in legge entro sessanta giorni. Orbene, nel momento storico attuale non è dato sapere se e cosa rimarrà di tutto questo complesso di prescrizioni all'esito del necessario e doveroso vaglio del Parlamento. Terzo aspetto che rende particolarmente incerto il quadro normativo attualmente in vigore è il ruolo della giurisdizione. Va da sé, difatti, che l'impatto fortissimo su diritti di rango costituzionale e su tutta la vita di comunità e di relazione che queste norme pongono aprirà le porte, al termine di questo periodo emergenziale, ad una stagione di rilevante contenzioso. Tutti i rapporti giuridicamente rilevanti, difatti, sono stati toccati dalle norme di contrasto alla diffusione del Covid-19 e dalle stesse alterati. L'indeterminatezza e non chiarezza dettate dalla fretta presteranno, pertanto, il fianco a possibili interpretazioni disomogenee e ad applicazioni differenti tra i vari uffici giudiziari italiani, quantomeno fino all'intervento dell'organo di nomofilachia, intervento che richiederà comunque del tempo. Il combinato disposto di norme non sempre determinate (che pertanto lasciano maggiori spazi all'interprete) e di assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale potrà essere causa di disorientamento nei soggetti e negli operatori economici circa i comportamenti da tenere nonché di un aumento del contenzioso. In questa stagione per molti versi incerta, compito del giurista è quello di rimanere saldamente ancorato allo stato di diritto e ai principi generali dell'ordinamento, nella consapevolezza che "cercare di pensare e d'esprimersi con la massima precisione possibile proprio di fronte alle cose più complesse è l'unico atteggiamento onesto e utile" (Italo Calvino, *Una pietra sopra*, Note sul linguaggio politico, Einaudi, 1980.).