

Le trattative negoziali, l'esecuzione delle obbligazioni e la gestione del contenzioso durante la pandemia da COVID-19.

I rimedi di tutela applicabili in ambito nazionale allorché, a seguito della formazione di un contratto, avvenimenti sopravvenuti modificano il risultato dell'accordo raggiunto dalle parti, variano notevolmente in base alle caratteristiche proprie della singola fattispecie considerata. In particolare, i fattori che assumono maggior rilievo per individuare le soluzioni esperibili nel caso concreto comprendono, tra l'altro:

- (i) gli effetti che il contratto determina;
- (ii) il momento in cui tali effetti si manifestano;
- (iii) l'interesse perseguito dai contraenti; e
- (iv) la tipologia e la durata dell'impedimento che ne è derivato.

Assumendo che i contraenti non abbiano pattuito ipotesi di recesso e limitando l'analisi alle principali disposizioni del Codice civile¹, esamineremo di seguito i presupposti applicativi degli istituti civilistici dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità, valutando se e in quali termini possano essere effettivamente invocati a fronte della pandemia da COVID-19.

Osservando, preliminarmente, che l'elemento che accomuna entrambi i rimedi è rappresentato da una sopravvenienza occorsa (i) successivamente alla conclusione del contratto, del fatto o della condotta che ha dato origine all'obbligazione e (ii) antecedentemente alla mora del debitore², si esamineranno separatamente i due istituti, evidenziando le loro differenze.

1. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Le soluzioni esperibili qualora la prestazione di una delle parti diventi impossibile in conseguenza

¹ Non costituiscono oggetto di disamina, dunque, le norme relative a fattispecie peculiari come quelle di cui agli articoli: 1017 cod. civ. per il perimento della cosa oggetto di usufrutto, 1492, comma 3, cod. civ., sugli effetti della garanzia nella compravendita, 1609, comma 1, cod. civ. in tema di piccole riparazioni a carico dell'inquilino, 1623, 1635, 1637 e 1648 cod. civ., in materia di affitto, 1693, comma 1, cod. civ. sulla responsabilità del vettore per perdita e avaria, 1785 cod. civ. sulla responsabilità dell'albergatore, 1787 cod. civ. sulla responsabilità del depositario nei magazzini generali, 1839 cod. civ., sul servizio delle cassette di sicurezza, 2051 e 2052 cod. civ. sulla responsabilità per danni derivanti da cose in custodia o da animali, né gli istituti previsti dalle leggi speciali al riguardo (cfr., ad es. l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990).

² Ancorché l'articolo 1221 cod. civ., disciplinando gli effetti della mora sul rischio, richiami in modo espresso soltanto l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, si osserva che, per giurisprudenza pacifica, la norma è applicabile anche per la prestazione divenuta eccessivamente onerosa (cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. II, n. 10139/1991, Cass. civ., sez. II, n. 2468/1987 e Cass. civ., sez. II, n. 6582/1984), non potendo la parte che era già inadempiente al momento della sopravvenienza contrattuale avvalersi dei benefici della norma.

di un avvenimento imprevedibile sono disciplinate dalle disposizioni codicistiche in materia di obbligazioni (principalmente: art. 1218 e artt. 1256 e ss. cod. civ.), nonché da quelle specifiche sui contratti con prestazioni corrispettive (artt. 1463-1466 cod. civ. e 1672 cod. civ.).

Dal combinato disposto dalle suddette norme, nonché dall'interpretazione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, si evince che, per ottenere una liberazione completa e finale dall'obbligazione, il debitore, sul quale ricade l'onere della prova, deve dimostrare che l'impossibilità, oltre ad essere sopravvenuta (cfr. *supra*), è:

- (i) oggettiva, ossia in linea di massima non riferibile a vicende a lui proprie (quali, ad esempio, quelle legate al suo patrimonio)³;
- (ii) inevitabile, ovvero estranea ai rischi che sono normali per l'attività esercitata;
- (iii) definitiva, oppure perdurante fintantoché diventi eccessivamente gravoso per lui, o privo di interesse per il creditore, rimanere, rispettivamente, impegnato a eseguire o a ricevere la prestazione (art. 1256, comma 2, cod. civ.); e
- (iv) totale, ovvero non consenta un'esecuzione neppure parziale.

In assenza di uno o più dei presupposti sopra descritti, gli effetti liberatori contemplati dalle disposizioni in esame non si determinano o si producono solo parzialmente⁴.

Sotto diverso profilo, le circostanze che hanno reso "inevitabile" l'impossibilità sopravvenuta (l'intervento del terzo, il caso fortuito, la forza maggiore o il c.d. *factum principis*, ossia la proibizione dell'autorità) assumono rilievo, in ambito contenzioso, per individuare quale sia l'onere della prova da soddisfare in concreto per ottenere la liberazione da responsabilità. Qualora, ad esempio, l'inevitabilità dell'evento sia determinata da forza maggiore, l'esonero da responsabilità del debitore presuppone, secondo gli orientamenti prevalenti, l'accertamento dell'assenza di fattori ulteriori - quali, ad esempio, la facoltà di previsione e di controllo del soggetto tenuto alla prestazione - non tipizzanti il caso fortuito⁵.

³ In materia di obbligazioni pecuniarie, è consolidato il principio secondo cui l'impossibilità sopravvenuta non determina la liberazione del debitore, in quanto la sopravvenienza di una causa non imputabile che impedisce definitivamente l'adempimento "può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato e non già quando si tratta di una somma di danaro" (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., sez. II, n. 6594/2012; Cass. civ., sez. III, n. 2691/1987; Cass. civ., sez. III, n. 3844/1980; Cass. civ., sez. III, n. 845/1979; Cass. civ., sez. II, n. 794/1979). Al riguardo, la Cassazione ha più di recente precisato che il principio si applica anche laddove l'impossibilità sopravvenuta sia conseguente al fatto del terzo: "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 ed assoluto che non possa essere rimosso, non potendosi ravvisare nella mera impotenza economica derivante dall'inadempimento di un terzo nell'ambito di un diverso rapporto" (Cass. civ., sez. II, n. 25777/2013). In dottrina, cfr. tra gli altri, P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 352 e A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, pagg. 126-127). Ciò nondimeno un'impossibilità temporanea dovuta ad una causa esterna al debitore e non imputabile a quest'ultimo (ad esempio, un disservizio postale o un'errata trasmissione da parte del creditore dei dati necessari per il pagamento) può consentire di evitare le conseguenze del ritardo, esonerandolo dal pagamento degli interessi moratori o del c.d. maggior danno, fermo restando l'obbligo di corrispondere gli interessi corrispettivi (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., n. 1153/1987).

⁴ Ad esempio, qualora l'impossibilità si verifici successivamente alla mora (art. 1221 cod. civ.), il debitore è obbligato a risarcire le conseguenze dell'inadempimento. Laddove l'impossibilità sopravvenuta sia soltanto parziale, il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione residua ancora possibile (art. 1258 cod. civ.).

⁵ In giurisprudenza, il requisito della imprevedibilità del *factum principis* è espressamente richiamato da Cass. civ., sez. III, n. 14915/2018. In dottrina, si evidenzia la differenza tra il carattere imprevedibile e inevitabile del caso fortuito, rispetto a



In tale ultima prospettiva, devono verosimilmente essere interpretate anche le nuove disposizioni di cui all'articolo 91, comma 1, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto "Cura Italia"), emanato per fare fronte alla necessità e all'urgenza di contenere gli effetti negativi della pandemia da COVID-19. Ed infatti, prevedendo che *"il rispetto delle misure di contenimento di cui [al] presente decreto è sempre valutata [sic] 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"*, è ragionevole ritenere che il Governo abbia voluto agevolare l'onere della prova a carico del debitore ex artt. 1218 e 1223 cod. civ., attribuendo rilevanza alla necessità di osservare le misure di contenimento di diffusione del Coronavirus quale *factum principis* che può determinare l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione dovuta (cfr. *infra*, nota 24).

L'applicazione dei suddetti principi generali ai contratti con prestazioni corrispettive comporta conseguenze diverse principalmente a seconda che:

- (i) i contraenti perseguano un interesse proprio (c.d. contratto sinallagmatico di scambio) o comune (c.d. contratti sinallagmatici plurilaterali)⁶;
- (ii) il contratto abbia efficacia puramente obbligatoria o reale e, a tale ultimo riguardo, l'effetto traslativo sia immediato oppure sottoposto a condizione sospensiva; e
- (iii) l'impossibilità sia totale o parziale.

Nei contratti ad efficacia obbligatoria, le disposizioni di cui agli artt. 1463-1465 cod. civ. prevedono, in generale, che, laddove l'impossibilità sopravvenuta sia totale, estinguendosi l'obbligazione del debitore:

- (i) il creditore si libera dall'obbligo di eseguire la propria prestazione (in linea di principio ancora possibile);
- (ii) il debitore *"non può chiedere la controprestazione"*, dovendo *"restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito"* (art. 1463 cod. civ.); e
- (iii) il contratto si risolve di diritto, per cui il potere del giudice in ipotesi di eventuali contenziosi sarà di natura dichiarativa.

Per i contratti di appalto, l'art 1672 cod. civ. dispone che quando *"l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti"* il contratto si risolve e *"il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera"*. Tale norma, così come la disposizione esaminata *infra* al paragrafo 2 per l'ipotesi di onerosità o di difficoltà dell'esecuzione (art. 1664 cod. civ.), si

quello più propriamente prevedibile e teoricamente controllabile della forza maggiore. Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 481 ss. Cfr. anche, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1094, secondo il quale il caso fortuito è definito dal giudizio di inevitabilità dell'evento alla luce della clausola generale della diligenza nell'adempimento dell'obbligazione ex art. 1176 cod. civ., mentre la forza maggiore individua il limite di responsabilità che si oggettiva nel concetto di *"causa estranea ai rischi tipici creati dall'organizzazione d'impresa del debitore"*.

⁶ Nei contratti sinallagmatici plurilaterali in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, l'art. 1466 cod. civ. prevede che l'impossibilità di una di esse *"non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale"*.



applica anche agli appalti pubblici⁷.

Qualora, invece, l'impossibilità sopravvenuta sia soltanto parziale, il creditore:

- (i) ha diritto "a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta", oppure
- (ii) può recedere dal contratto se la prestazione residua non soddisfa "un interesse apprezzabile" (art. 1464 cod. civ.).

Nei contratti con efficacia reale, ossia quelli che trasferiscono la proprietà ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, occorre distinguere altresì se l'effetto traslativo:

- (i) è immediato, nel qual caso l'acquirente rimane obbligato ad eseguire la controprestazione, ancorché il perimento della cosa determini l'impossibilità di consegna del bene (art. 1465, comma 1, cod. civ.); oppure
- (ii) è sottoposto a condizione sospensiva, nel quale caso, laddove l'impossibilità sia sopravvenuta "prima che si verifichi tale condizione" (art. 1465, comma 4, cod. civ.), le conseguenze dell'evento imprevedibile ricadranno sul debitore, alla stregua delle norme previste per i contratti ad efficacia obbligatoria, esonerando il creditore dall'obbligo di eseguire la propria controprestazione.

La distinzione tra impossibilità sopravvenuta totale o parziale assume rilievo, inoltre, sotto il profilo negoziale, in quanto, mentre una risoluzione parziale può essere esclusa per accordo tra le parti, altrettanto non è consentito nel caso di impossibilità totale, in quanto ciò determinerebbe la nullità del contratto ex artt. 1325, comma 1, n. 2 cod. civ e 1418 cod. civ.

Interpretando le disposizioni codicistiche alla luce dei principi generali in materia, la giurisprudenza ha ulteriormente elaborato il concetto di impossibilità sopravvenuta, valorizzando la finalità perseguita dalle parti al momento della formazione del negozio giuridico (ad esempio, il c.d. "scopo di piacere" in un contratto di viaggio vacanza tutto compreso) e individuando una nuova figura autonoma e distinta dall'impossibilità sopravvenuta totale, di cui all'art. 1463 cod. civ., o parziale ex art. 1464 cod. civ. A differenza delle suddette fattispecie, in cui la sopravvenienza contrattuale rende impossibile l'esecuzione della prestazione, la giurisprudenza ha affermato che l'evento sopravvenuto imprevedibile può rendere altresì impossibile l'utilizzazione della prestazione⁸, determinando il venir meno dell'interesse creditorio a riceverla e costituendo, dunque, causa di estinzione dell'obbligazione⁹.

⁷ In materia di appalti pubblici, al fine di ridurre le ambiguità interpretative della normativa generale e i tempi di definizione delle controversie tra le parti, il legislatore ha previsto in favore della stazione appaltante ulteriori ipotesi di risoluzione del rapporto (cfr. in particolare, art. 108, D.lgs. n. 50/2016).

⁸ Prendendo a riferimento l'esempio di cui sopra, tale ipotesi si può verificare, ad esempio, in presenza di un'epidemia in corso nella località turistica meta del viaggio.

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, n. 16315/2007, Cass. civ., sez. III, n. 10490/2006. La dottrina afferma che la causa deve essere intesa in termini concreti come funzione economico-individuale del rapporto giuridico, sintesi degli interessi individuali che il contratto è oggettivamente diretto a perseguire; sono irrilevanti, invece, le finalità ulteriori che inducono a stipulare il contratto, che ne rappresentano i motivi. Cfr. R. GIOVAGNOLI, *Il contratto*, ITA, 2019; C.M. BIANCA, *Il contratto*, Giuffrè, 2000; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Giuffrè, 1968. V. CUFFARO, *Commentario del codice civile - Delle obbligazioni*, Utet Giuridica, 2012, pp. 58 e ss. P. PERUZZI, *La inutilizzabilità della prestazione*, Firenze University Press, 2017.



2. L'eccessiva onerosità della prestazione.

Qualora la prestazione sia ancora possibile, il Codice civile prevede un rimedio di tutela ulteriore, esperibile soltanto allorché un evento sopravvenuto determini un'alterazione nell'equilibrio tra le prestazioni pattuite al momento della formazione del contratto e quello risultante quando la prestazione diventa esigibile.

A differenza di quanto osservato in merito all'istituto dell'impossibilità sopravvenuta, l'eccessiva onerosità (art. 1467 cod. civ.):

- (i) è applicabile soltanto ai contratti a tempo futuro¹⁰;
- (ii) richiede che l'avvenimento sopravvenuto sia straordinario e imprevedibile¹¹; al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria affermano che:
 - (a) è straordinario, l'evento la cui occorrenza è statisticamente rara¹²;
 - (b) è imprevedibile un avvenimento di cui non si sarebbe potuto prevedere il verificarsi *"sulla base della diligenza media richiesta dall'attività esercitata"*¹³;
- (iii) può essere fatta valere esclusivamente in via d'azione, mediante domanda (anche riconvenzionale) volta ad ottenere una pronuncia che, in caso di accoglimento giudiziale, avrà carattere costitutivo; e
- (iv) può essere azionata solo dalla parte tenuta ad eseguire la prestazione.

I rimedi di tutela previsti dal Codice civile nel caso in cui la prestazione originale sia divenuta eccessivamente onerosa variano, in particolare, a seconda che le obbligazioni assunte siano unilaterali o corrispettive. In entrambi i casi, è necessario che il contratto, per sua natura o per volontà delle parti, non sia aleatorio (art. 1469 cod. civ.).

Nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte che deve eseguire la prestazione è legittimata ad avanzare domanda di risoluzione del contratto, che il giudice può accogliere, con sentenza avente efficacia costitutiva, accertando l'eccessiva onerosità *"al momento stabilito per l'adempimento della prestazione della parte che chiede la risoluzione, ovvero a quello successivo cui l'adempimento stesso risulti differito per fatto e colpa della controparte"*¹⁴. La parte nei cui confronti è domandata la risoluzione, che abbia interesse a conservare gli effetti del contratto, può evitarla *"offrendo di modificare equamente le condizioni dello stesso"* (art. 1467, comma 3, cod. civ.)¹⁵.

In materia di appalto, entrambi i contraenti possono chiedere la revisione del prezzo *"qualora per*

¹⁰ Tali sono i contratti a esecuzione continuata, periodica o differita, che producono effetti destinati a prolungarsi nel tempo.

¹¹ Il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta non presuppone, invece, l'imprevedibilità. Si richiede soltanto che l'impossibilità sia inevitabile, in assenza di colpa del debitore.

¹² F. CARINGELLA, L. BUFFONI, Manuale di Diritto Civile, Dike, 2015, pp. 1013 e ss.

¹³ Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 12989/1999.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. II, n. 3464/1982.

¹⁵ La rinegoziazione può rappresentare, in generale, uno strumento utile per valutare l'opportunità di apportare, a seguito dei fattori sopravvenuti, varianti al programma originale che aveva indotto le parti a contrarre.



effetto di circostanze imprevedibili¹⁶ si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto¹⁷; la revisione "può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo" (cfr. art. 1664, comma 1, cod. civ.). Se, invece "nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso". (art. 1664, comma 2, cod. civ.).

Nei contratti con obbligazioni unilaterali, la parte tenuta ad eseguire la prestazione può, invece, chiedere una riduzione della prestazione dovuta, oppure una modificazione nelle modalità di esecuzione "sufficienti per ricondurla ad equità" (art. 1468 cod. civ.).

Qualora il contratto si sciogla, l'effetto della risoluzione si produce soltanto per le prestazioni eccessivamente onerose che, al momento della sopravvenienza, sono ancora pendenti, mentre "non si estende alle prestazioni già eseguite" (art. 1458, comma 1, cod. civ.). Sebbene la disposizione in esame richiami tale effetto solo con riferimento ai contratti di durata, la giurisprudenza ha affermato che la risoluzione parziale è applicabile altresì ai contratti istantanei ad esecuzione differita in cui sia possibile identificare la divisibilità della prestazione¹⁸. In ogni caso, la risoluzione, ancorché espressamente pattuita, "non pregiudica i diritti dei terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione" (art. 1458, comma 2, cod. civ.).

3. Accorgimenti da adottare in prospettiva di eventuali contenziosi.

L'analisi condotta consente di affermare che un evento quale la pandemia da COVID-19 può qualificarsi come sopravvenienza contrattuale che legittima il ricorso ai rimedi previsti dal Codice civile descritti in precedenza.

Ciò nondimeno, alla luce delle differenze esistenti tra l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità, è necessario verificare, di volta in volta, gli elementi costitutivi della fattispecie per

¹⁶ A differenza di quanto previsto dall'art. 1467 cod. civ., la disposizione non richiede che le circostanze sopravvenute siano anche straordinarie.

¹⁷ Al riguardo, la giurisprudenza ha precisato che le sopravvenienze previste dalla norma, avendo carattere eccezionale rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 cod. civ., sono insuscettibili di applicazione analogica a circostanze sopravvenute diverse. Ciò nondimeno, le circostanze previste dal secondo comma dell'art. 1664 cod. civ., essendo riferibili più in generale a cause naturali, possono essere interpretate in modo estensivo a tutte quelle che "presentino le stesse qualità e caratteristiche intrinseche delle precedenti, esplicitamente menzionate, ma non [a] quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso che provochino effetti diversi o analoghi, come il fatto del terzo e il factum principis, le quali possono rientrare nella disciplina generale dell'art. 1467 c.c.". Cfr. Cass. civ., sez. I, n. 1818/1980.

¹⁸ A tal fine, è necessario che l'oggetto della prestazione "sia rappresentato non già da una sola cosa, caratterizzata da una sua unicità non frazionabile, ma da più cose aventi una propria individualità" (cfr. Cass. civ., sez. III, n. 16556/2013; nella fattispecie, si trattava della consegna di più impianti oggetto di un contratto di fornitura e posa in opera). Inoltre, la giurisprudenza ha affermato di recente che anche una transazione ad esecuzione differita "è suscettibile di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, in base al principio generale emergente dall'art. 1467 c.c.". Così, Cass. civ., sez. III, n. 4451/2020.



individuare se e in quale misura sia possibile soddisfare, in concreto, le esigenze di tutela ricercate¹⁹. Richiamare principi non propriamente definiti quali, ad esempio, il caso fortuito, la forza maggiore²⁰, il fatto del terzo o la proibizione dell'autorità comporta, infatti, una connotazione sotto il profilo giuridico della sopravvenienza contrattuale e, dunque, un inquadramento della fattispecie di riferimento, effettuando una scelta precisa in merito al rimedio di tutela che viene invocato.

Qualora, ad esempio, un appaltatore, ritenendo che la propria prestazione sia divenuta più difficoltosa a seguito della chiusura di determinati impianti per effetto dei provvedimenti governativi adottati durante la pandemia, dovesse avanzare nei confronti del committente domanda giudiziale ex art. 1664, comma 2, cod. civ. per chiedere al committente il pagamento di un equo compenso, le possibilità di rigetto sarebbero elevate, essendo la fattispecie in linea di principio riconducibile alla diversa ipotesi di cui all'art. 1467 cod. civ.²¹.

Similmente, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, è ragionevole ritenere che costituiscano prova di inadempimento contrattuale anticipato (c.d. *anticipatory breach*)²² in contratti a prestazioni corrispettive, le comunicazioni con le quali, non ricorrendo una delle ipotesi di cui all'art. 1460 cod. civ. (*inadimplenti non est adimplendum*), la parte che si è impegnata:

- (ii) ad eseguire un'obbligazione pecuniaria, dichiarare, ad esempio, che:
 - (a) la propria prestazione è divenuta impossibile²³;
 - (b) la prestazione non è dovuta in quanto l'articolo 91, comma 1, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, ha previsto una sospensione dei termini di pagamento o una liberatoria da responsabilità per ritardati o omessi adempimenti²⁴; o
 - (c) il contratto deve considerarsi risolto a causa degli eventi sopravvenuti e degli effetti che ne sono derivati sulla propria capacità di adempiere²⁵;
- (iii) ad eseguire una prestazione diversa dal pagamento di un corrispettivo monetario, a fronte di un'impossibilità temporanea o solo parziale, dichiarare, ad esempio, di:
 - (a) non essere in grado di onorare le proprie obbligazioni²⁶;

¹⁹ A tal fine sarà necessario valutare, tra l'altro, se: l'impossibilità riguardi l'esecuzione o l'utilizzazione della prestazione; l'impossibilità sia totale, parziale, temporanea o definitiva; l'eccessiva onerosità riguardi un contratto a tempo futuro, non rientri nella comune alea contrattuale e sia accertabile, di norma, al momento stabilito per l'adempimento della prestazione; il rimedio invocato possa essere fatto valere dalla parte che deve ricevere o eseguire la prestazione, ecc.

²⁰ Si precisa che il Codice civile menziona la "forza maggiore" (senza tuttavia offrirne una definizione) esclusivamente all'articolo 1785 come una delle cause di esclusione della responsabilità dell'albergatore per deterioramento, distruzione o sottrazione di un bene.

²¹ Ad esempio, la giurisprudenza ha negato l'accoglimento di una domanda ex art. 1664, comma 2, cod. civ. in una fattispecie in cui il *factum principis* consistente nella chiusura di una discarica pubblica, ha reso la prestazione dell'appaltatore più onerosa per la necessità di dover smaltire i materiali di scavo in una località più distante (cfr. Cass. civ., sez. I, n. 227/1986).

²² La giurisprudenza riconosce espressamente tale *eventualità qualora il debitore, "in violazione dell'obbligo di buona fede, tenga una condotta che renda impossibile o antieconomica la prosecuzione del rapporto"* (cfr. Cass. civ., sez. II, n. 21759/2016; Cass. civ., sez. II, n. 23823/2012).

²³ Cfr. *supra*, nota 2.

²⁴ Cfr. *supra*, paragrafo 1, pag. 3. Rispetto alle obbligazioni pecuniarie, tale norma, infatti, non introduce alcuna moratoria o liberatoria generalizzata, prevedendo semplicemente che l'inadempimento dovrà essere accertato in relazione agli impedimenti eventualmente determinati dall'esigenza di osservare le misure di contenimento della pandemia.

²⁵ Come già osservato in precedenza, per orientamento pacifico, in tale fattispecie il debitore non è legittimato a risolvere il rapporto, stante l'impossibilità di estinguere definitivamente un'obbligazione pecuniaria per impossibilità sopravvenuta.

²⁶ Tale dichiarazione costituirebbe un recesso unilaterale ingiustificato, essendo la prestazione ancora possibile, ancorché



- (b) poter adempiere alle proprie obbligazioni solo previa modifica dei termini contrattuali precedentemente pattuiti²⁷; o
- (c) sciogliere il rapporto prima di aver eseguito le prestazioni ancora possibili, o di aver ricevuto dal creditore una dichiarazione di non aver più interesse a conseguirla²⁸.

Sempre con riferimento all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, va osservato che anche il beneficiario della prestazione potrebbe impropriamente adottare iniziative fonte di responsabilità. Ed infatti, qualora tale impossibilità sia soltanto temporanea ex art. 1256, comma 2, cod. civ. oppure parziale, ex artt. 1258 e 1464 cod. civ., la valutazione del c.d. "interesse apprezzabile" che giustifica il recesso ai sensi delle disposizioni codicistiche esaminate deve essere effettuata, in particolare, in relazione (i) alla tipologia di rapporto e (ii) agli effetti prodotti dal coordinamento con altre disposizioni applicabili in materia. In ambito giuslavoristico, ad esempio, la giurisprudenza ha affermato che l'eventuale legittimità del recesso del datore dal rapporto di lavoro con il dipendente per mancanza di un interesse apprezzabile alle sue future prestazioni lavorative deve essere valutata alla luce del combinato disposto dagli articoli 1 e 3 della legge n. 604/1966. L'accertamento, dunque, deve essere effettuato alla stregua di criteri oggettivi e con giudizio *ex ante*, anziché *ex post*²⁹.

Avendo riguardo alla diversa ipotesi di cui all'art. 1467 cod. civ. nei contratti ad esecuzione futura (cfr. *supra*, paragrafo 2), problematiche analoghe possono verificarsi qualora il soggetto tenuto ad eseguire la prestazione divenuta eccessivamente onerosa non verifichi adeguatamente, ad esempio, se la sopravvenienza possa rientrare nella comune alea contrattuale³⁰.

4. Considerazioni finali.

Words have meaning. The devil is in the details. Queste due espressioni idiomatiche, frequentemente utilizzate nei sistemi giuridici anglosassoni per richiamare l'attenzione sull'importanza di non tralasciare i dettagli e di attribuire alle parole utilizzate il significato che è loro proprio, compendiano le considerazioni espresse in precedenza.

«*Words have meaning*», «*we should take them seriously*»

(*How to write like Antonin Scalia*³¹, articolo pubblicato sul *Wall Street Journal* in data 8 luglio 2016³²).

solo parzialmente.

²⁷ La porzione di prestazione che la sopravvenienza contrattuale non ha reso impossibile deve, infatti, essere eseguita indipendentemente dalla modifica dei termini pattuiti.

²⁸ Cfr. art. 1256, comma 2, cod. civ.

²⁹ Ne consegue che il datore di lavoro può recedere legittimamente dal rapporto solo quando "sia provata l'impossibilità di adibire il lavoratore la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile a mansioni equivalenti e compatibili con le sue residue capacità lavorative, senza che ciò comporti una modifica dell'assetto aziendale" (cfr. Cass. civ., sez. lav., n. 7908/1997), oppure, sulla base di un giudizio prognostico, la ripresa del rapporto possa avvenire "senza significativi pregiudizi per l'organizzazione del datore di lavoro in relazione alla prevedibile durata dell'assenza" (cfr. ancora Cass. civ., sez. lav., n. 1591/2004).

³⁰ Come già precisato al paragrafo 2, la risoluzione del rapporto, infatti, non può essere domandata "se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto" (cfr. art. 1467, comma 2, cod. civ.).

³¹ Giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti dal 1986 al 2016.

³² Intervista a Bryan Garner, caporedattore, dal 1995, del famoso *Black's Law Dictionary* e autore di numerosi volumi giuridici, due dei quali elaborati con Antonin Scalia: *Making Your Case: The Art of Persuading Judges* (2008) and *Reading*



Per evitare che l'utilizzo improprio di termini di uso comune, di cui non si conosce l'accezione giuridica, possa pregiudicare l'esito di un eventuale contenzioso, è opportuno impostare correttamente, sin dall'inizio della fase patologica del rapporto, i contenuti delle comunicazioni con la controparte, qualificando correttamente la fattispecie e richiamando propriamente i principi ad essa applicabili.

Sovente, infatti, la redazione frettolosa e non adeguatamente ponderata del contenuto di comunicazioni scambiate con la propria controparte nella gestione delle attività quotidiane costituisce la fonte principale di contenzioso. A fronte della necessità di gestire con urgenza gli effetti della pandemia da COVID-19, è evidente che il rischio di effettuare scelte inappropriate aumenta, di talché la definizione in via preventiva di una corretta strategia difensiva assume adesso, ancor più di prima, importanza fondamentale.

"It's easy to agree on labels; the devil is in the details"

(Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived Antonin Scalia, Crown Forum, pag. 31).

Considerazioni analoghe valgono per i casi in cui vi sia la necessità di definire o rinegoziare in via stragiudiziale un accordo durante la pandemia, anche per ragioni che esulino da finalità di prevenzione di un contenzioso (si pensi, ad esempio, alla necessità di definire un'operazione contrattualmente complessa, da tempo oggetto di negoziazione e rimasta sospesa a causa della proliferazione del Coronavirus). In tali ipotesi, ancorché, in linea di principio, sia possibile gestire in autonomia i principali aspetti commerciali del rapporto, la definizione delle possibili sopravvenienze contrattuali richiederà un grado di attenzione particolarmente elevato. Ed infatti, considerato che la pandemia è ormai già in corso e tenuto conto che la sopravvenienza contrattuale qualificante il rimedio di tutela deve essere successiva al momento della conclusione del contratto, sarà opportuno (i) prevedere puntualmente i fattori che potrebbero consentire di invocare gli istituti esaminati in precedenza e, nei contratti i cui effetti sono destinati a produrre nel tempo, (ii) disciplinare in dettaglio cosa possa ritenersi compreso ne (o escluso da) la normale alea contrattuale.

Applicando tali principi in ambito imprenditoriale, si può affermare, in conclusione, che tutti coloro che in azienda sono preposti alla negoziazione, esecuzione o gestione di un rapporto commerciale (*account manager, export manager, CEO, CFO, risk manager, credit manager, in-house lawyer* ecc.), dovrebbero prestare particolare attenzione a non omettere i dettagli delle transazioni da perfezionare fintantoché l'emergenza sarà in corso, nonché a contemplare le possibili evenienze e contingenze del caso concreto, al fine di salvaguardare il ciclo commerciale dell'azienda, assicurare gli incassi e mitigare le responsabilità che altrimenti ne discenderebbero.

Avv. Daniele Ferretti, Esq. (New York)

Law: The Interpretation of Legal Texts (2012).

