

Legislazione emergenziale

Emergenza Covid-19: un anno dopo

di Ugo Carnevali

Ricorre ormai un anno da quando, a partire dalla fine di febbraio 2020, l'Italia ha dovuto prendere i primi provvedimenti per contrastare un'epidemia che stava contagiando tutti i Paesi e che ha provocato nel mondo un numero di morti, in costante aumento, di gran lunga superiore a quello di altre epidemie o pandemie (asiatica, sars, influenza suina, ecc.) successive alla famosa "spagnola" del 1918-1920.

I primi provvedimenti urgenti hanno avuto l'obiettivo di contrastare la diffusione del *virus* e sono consistiti, come è noto, in compressioni e limitazioni di taluni diritti fondamentali, come ad esempio quello di muoversi liberamente nel territorio nazionale. Questi provvedimenti hanno sollevato da parte di autorevoli giuristi giustificati dubbi, condivisi da un elaborato provvedimento del Tribunale di Roma, di legittimità costituzionale per la loro fonte impropria (i D.P.C.M. e altri provvedimenti di natura amministrativa) e per una motivazione non sufficientemente orientata ad un bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute e la salvaguardia degli altri diritti costituzionalmente garantiti, come la libertà di circolazione nel territorio nazionale (art. 16 Cost.), nonché la salvaguardia della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Molto articolati sono stati gli interventi della legislazione "di emergenza" del Covid-19 anche nel sistema dei rapporti di diritto privato, e in particolare nel sistema dei rapporti contrattuali e delle obbligazioni. Essi hanno dato luogo anche ad una serie ormai consistente di provvedimenti giudiziari, soprattutto in tema di contratti di locazione, e a numerosi interventi della dottrina. Anche la Corte di cassazione ha ritenuto opportuno intervenire in merito mediante la redazione di una "Relazione tematica" datata 8 luglio 2020 e illustrativa delle varie problematiche.

A distanza di un anno dall'inizio dell'emergenza è possibile fare un sintetico bilancio degli interventi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali, e riportare la legislazione "di emergenza" al sistema del codice civile per valutare se essa si ponga in antitesi con tale

sistema, quanto meno per taluni aspetti, o se invece essa possa essere agevolmente inquadrata nelle categorie civilistiche ricevute.

Il rigido *lockdown* quale attuato soprattutto nella prima fase emergenziale (le cui misure diamo qui per conosciute) può avere impedito al debitore di adempiere la prestazione di fare o di dare cose diverse dal denaro: al vettore è stato impedito di far circolare i suoi veicoli, all'appaltatore di far operare il cantiere con persone e mezzi, al gestore di palestre e centri sportivi di consentire agli abbonati di accedervi, al venditore di consegnare la merce venduta, al commercio al dettaglio di tenere aperti i negozi, e via dicendo. Solo le attività essenziali si sono salvate. Si tratta di casi che, una volta provato il nesso di causa esclusiva tra normativa di *lockdown* e mancata prestazione, rappresentano il classico *factum principis* ed esonerano il debitore dalla responsabilità per inadempimento e dalle relative conseguenze, e questo per il diritto comune senza bisogno di invocare il comma 6-bis introdotto nell'art. 3, D.L. n. 6/2020 dal D.L. n. 18/2020. Tecnicamente preciso appare perciò il richiamo all'art. 1463 c.c. disposto testualmente dal D.L. n. 18/2020 in relazione all'acquisto di biglietti per spettacoli e musei, nonché in relazione (nelle situazioni ivi descritte) ai contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico. In taluni casi la natura della prestazione è tale che il creditore non ha interesse ad un adempimento tardivo una volta venuta meno la causa di impossibilità (viaggio, spettacolo teatrale, ecc.). Altre volte invece si deve valutare (art. 1256, comma 2, c.c.) se, cessato il *lockdown*, permangano l'interesse del creditore a pretendere la prestazione o, specularmente, il diritto del debitore a ritenersi liberato: si pensi, ad esempio, ad un appalto i cui lavori non possono essere eseguiti durante il *lockdown*, ma che tornano ad essere eseguibili una volta cessato o allentato il *lockdown*. Altre volte ancora si è di fronte ad una impossibilità parziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1464 c.c.: si pensi ad una associazione musicale che ha potuto

organizzare per i suoi abbonati solo i concerti in programma prima del *lockdown*. Questione più complessa prospettata in dottrina, e risolta in vario senso, è se l'impossibilità si estenda ai contratti "a monte" che uno dei contraenti abbia stipulato per preparare od organizzare l'adempimento della prestazione divenuta poi impossibile: si pensi ad un contratto d'opera professionale ingegneristica stipulato dall'appaltatore per seguire e controllare la costruzione di un edificio rimasta poi bloccata per effetto del *lockdown*; oppure si pensi all'acquisto prima del *lockdown* di materie prime per la fabbricazione di prodotti rimasti poi bloccati dal *lockdown*. In tali casi, ben noti alla dottrina civilistica, viene meno il "substrato" della prestazione, il che mette l'appaltatore nella impossibilità a lui non imputabile di ricevere la prestazione ingegneristica pur di per sé astrattamente possibile; e si pone anche qui il quesito se il contratto d'opera si risolva per impossibilità o se debba essere riattivato una volta eliminato o allentato il *lockdown*.

Le discussioni maggiori hanno riguardato l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie reso difficoltoso dalle misure di *lockdown* che hanno pesantemente inciso sulle finanze dei debitori ostacolati nello svolgimento delle loro attività produttive di reddito. I provvedimenti normativi che, per determinate categorie di contraenti e fino a determinate scadenze, hanno sospeso gli sfratti per morosità nei canoni di locazione e che hanno sospeso il pagamento delle rate di mutuo non hanno ovviamente estinto i relativi debiti, ma hanno solo rinviato nel tempo il loro adempimento, per cui è prevedibile che a scadenza sorgeranno nuovi problemi.

Un buon numero di provvedimenti giurisdizionali d'urgenza ha riguardato locazioni commerciali o affitti di rami d'azienda la cui attività aveva subito un *lockdown* totale o parziale (si pensi, ad esempio, ad attività di vendita al dettaglio di prodotti non essenziali, ristorazione, palestre e piscine, ecc.). In qualche caso il Tribunale ha fatto in sostanza un uso criptico del concetto di causa concreta, nel senso di ritenere che l'esercizio dell'attività d'impresa era entrato come "presupposto" nel contenuto del contratto di locazione, per cui l'impossibilità di godere il bene-azienda aveva causato una impossibilità quantomeno temporanea della prestazione del locatore per l'uso pattuito con correlativa riduzione proporzionale del canone. In altri casi il Tribunale ha giudicato che la parte pregiudicata dall'eccessiva onerosità della prestazione aveva diritto, per il principio della buona fede e correttezza, a rinegoziare il contratto e, essendo mancato un nuovo accordo tra le parti, ha

provveduto a ridurre *ex officio* il canone in misura proporzionale ai periodi di inattività.

Non è possibile fare in questa sede un sia pur rapido bilancio delle questioni che sorgono dalle specifiche norme "emergenziali" in tema di sfratti per morosità, di contratti pendenti di credito bancario, nonché in materia societaria, in materia delle imprese in crisi e delle procedure concorsuali minori. Una chiara sintesi di esse si può leggere nella "Relazione tematica" della Corte di cassazione dell'8 luglio 2020. È possibile solo richiamare il comma 6-bis dell'art. 3, D.L. n. 6/2020 inserito nel D.L. n. 18/2020, secondo cui "Il rispetto delle misure di contenimento ... è sempre valutata [sic] ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore".

La suddetta norma - studiata dalla dottrina, ma di scarsa applicazione nella giurisprudenza d'urgenza - è di difficile interpretazione, anche a causa della sua infelice formulazione. Nel testo della norma vi è un "sempre" del tutto inutile. Inoltre il termine "valutata" [*recte*: valutato] è equivoco. Esso sembra dare al giudice un potere discrezionale, mentre gli interpreti hanno giustamente sottolineato che al giudice compete solo un accertamento, sulla base di quanto provato dal debitore, dell'esistenza di un nesso di causalità esclusiva tra rispetto delle misure anti Covid e impedimento della prestazione, secondo quanto avviene per il diritto comune del contratto, e sotto questo aspetto la norma in questione non innova, ma si limita a tipizzare una causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Un potere discrezionale del giudice potrebbe essere riferito solo all'impossibilità temporanea e alle conseguenze del "dopo" così come stabilite dall'art. 1256, comma 2, c.c. in merito all'estinzione o meno dell'obbligazione.

Sempre in merito alla norma del comma 6-bis dell'art. 3 che si sta esaminando non appare chiaro il testuale riferimento all'art. 1223 c.c. Invero, l'esclusione della responsabilità del debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c. vale già di per sé ad escludere il risarcimento del danno *ex art.* 1223 c.c., sicché il richiamo anche a tale norma appare a prima vista superfluo. Per conservare un significato al riferimento all'art. 1223 c.c. in dottrina si è proposto che il giudice, qualora non ritenga che il rispetto delle misure di contenimento porti ad escludere *in radice* la responsabilità del debitore, conserverebbe comunque la facoltà di limitare il *quantum* dei danni da risarcire similmente a quanto avviene, sia pure con presupposti del tutto differenti, con l'art. 1227 c.c.

Una considerazione a parte merita il tema delle obbligazioni pecuniarie con riferimento al ritardo nei pagamenti, che è l'effetto che il *lockdown* ha reso maggiormente percepibile dal punto di vista sociale.

Sono noti i principi civilistici: l'impotenza finanziaria, qualunque sia la sua causa, non evita mai la mora perché il denaro appartiene alla categoria delle cose di genere e *genus numquam perit*. In deroga a questo principio il D.L. n. 18/2020 ha disposto, per talune categorie di mutui, una moratoria del pagamento delle rate. Fanno difetto altre specifiche norme che tengano conto degli innegabili cali di fatturato e delle conseguenti carenze di liquidità che hanno duramente colpito soprattutto i commercianti, i ristoratori e i piccoli imprenditori in genere. Per ovviare a tale mancanza di specifiche norme una dottrina ha, con ampia argomentazione, sostenuto la tesi secondo cui la già menzionata norma generale del comma 6-bis dell'art. 3 come novellato dal D.L. n. 18/2020 andrebbe interpretata in modo da imporre una valutazione, alla luce del contesto generale delle circostanze, in ordine al non tempestivo adempimento di un'obbligazione pecuniaria, nel senso di introdurre un giudizio sullo sforzo diligente del debitore di adempiere il cui esito positivo gli eviterebbe la mora. Sotto questo aspetto del ritardo nei pagamenti una delle molte critiche che possono essere mosse agli interventi normativi che si sono susseguiti nell'emergenza del Coronavirus è quella che essi non hanno preso in considerazione la qualità dei soggetti interessati e la natura degli interessi coinvolti, ma hanno introdotto le medesime regole valide per tutti senza distinzioni.

Sono invece individuabili almeno tre categorie di contraenti e di rapporti che avrebbero meritato regole differenziate: rapporti tra imprese grandi o medie; rapporti tra un'impresa grande o media e un consumatore o piccolo imprenditore; rapporti tra semplici privati. Si pensi, invero, ad un inquilino moroso e al blocco degli sfratti e delle procedure esecutive. È evidente che il mancato pagamento dei canoni di locazione, il blocco dello sfratto e della procedura esecutiva incidono, quando il proprietario-locatore è una società di grandi dimensioni, in misura assai minore di quanto incidono se proprietario-locatore è un privato piccolo risparmiatore o un pensionato che magari ha investito il TFR nell'acquisto dell'immobile per trarne un reddito che integri la pensione. Si pensi anche al piccolo imprenditore che poco prima della pandemia aveva stipulato un importante *leasing* e che a seguito del

lockdown viene a trovarsi in una situazione di illiquidità per cui cade in mora nel pagamento delle rate del *leasing*: le conseguenze della mora o di un differimento delle scadenze delle rate sono ben più sopportabili dal concedente, che normalmente è una società finanziaria di grandi dimensioni e può diluire questi accadimenti su un numero altissimo di operazioni di *leasing*, che non dal piccolo imprenditore in difficoltà.

I riflessi della pandemia sulle obbligazioni pecuniarie sono stati oggetto di un intervento del legislatore tedesco che ha introdotto una normativa (par. 240 dell'EGBGB), approvata nel marzo 2020 ed entrata in vigore il 1° aprile 2020, destinata a dare una tutela rafforzata ai consumatori e alle piccole imprese in crisi di liquidità per cause che discendono dalla pandemia.

Nella griglia degli strumenti appropriati per contrastare gli effetti negativi che le misure di contenimento della pandemia hanno causato sul sinallagma contrattuale, soprattutto nei rapporti di durata, la dottrina ha fin da subito incluso la rinegoziazione del contratto squilibrato che, in mancanza di una clausola *ad hoc*, trova comunque una base normativa nel dovere delle parti di agire con correttezza e secondo i principi della buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.).

Il richiamo alla rinegoziazione del contratto ha trascinato con sé tutte le problematiche che la dottrina ha da tempo sollevato per tale figura.

Infatti le trattative, anche se condotte con serietà e con spirito costruttivo, non obbligano le parti ad addivenire ad un accordo modificativo dell'assetto contrattuale. Di qui la nota e discussa questione, di più ampia portata, dell'ammissibilità di un intervento autoritativo del giudice sul contenuto del contratto, nel nostro caso di un intervento diretto ad una rimodulazione (riduzione, moratoria, ecc.) delle prestazioni contrattuali. In questo senso hanno operato taluni provvedimenti giurisdizionali in tema di locazione con destinazione commerciale, come sopra si è già ricordato.

Non è peraltro agevole rinvenire nell'ordinamento il fondamento di un simile intervento eteronomo del giudice nel rapporto contrattuale. Non appare idoneo il richiamo all'integrazione del regolamento contrattuale con il ricorso all'equità (art. 1374 c.c.), che facoltizza il giudice solo ad un intervento integrativo della volontà delle parti, ma non correttivo di essa. Da parte di taluna dottrina è stata sostenuta l'ammissibilità di un intervento del giudice che, sostituendosi alle parti, pronunci una sentenza che tenga luogo

dell'accordo di rinegoziazione non concluso. I dubbi al riguardo sono consistenti, dal momento che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* attua un accordo delle parti sull'oggetto del contratto già chiaramente raggiunto, laddove invece nel caso in esame la sentenza costitutiva attuerebbe un regolamento d'interessi dettato da un terzo, fungendo il giudice quasi da arbitratore.

La delicatezza del tema emerge dalla già citata Relazione tematica della Corte di cassazione, la quale, pur non escludendo l'ammissibilità di una sentenza costitutiva, ne stabilisce con chiarezza i paletti, nel senso che il giudice potrebbe operare solo all'interno del contratto sulla base di elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale, e cioè "ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale". Spazio che la stessa Relazione tematica definisce "angusto". Come bilancio finale del panorama normativo, dottrinale e giurisprudenziale sopra sinteticamente delineato si può dire quanto segue.

Gli effetti della pandemia sul singolo contratto sono stati e restano governati dai principi del diritto comune dei contratti e delle obbligazioni. Infatti, le

misure di contenimento della diffusione del *virus* configurano il classico *factum principis* e di conseguenza ricorrono, per le obbligazioni di dare (cose diverse dal denaro) e di fare, gli artt. 1463, 1464 e 1256, comma 2, c.c., come si trae indiretta conferma dal comma 6-*bis* dell'art. 3 sopra richiamato, che è l'unica norma speciale emanata dal legislatore in tema di adempimento delle obbligazioni. L'impossibilità non è stata estesa alle obbligazioni pecuniarie, per le quali resta fermo il tradizionale principio che l'impotenza finanziaria non vale ad escludere la mora, anche se sarebbe stato auspicabile un intervento del legislatore, sul modello tedesco, per i debiti dei consumatori e delle piccole imprese, che sono i soggetti più colpiti dalla generale crisi di liquidità. Una moratoria è stata disposta dal legislatore per quanto riguarda il pagamento delle rate di talune categorie di mutui e la morosità nei canoni di locazione con correlativa sospensione degli sfratti, perciò il problema dell'impotenza finanziaria per tali obbligazioni pecuniarie è stato solo rinviato nel tempo. Gli effetti economici negativi delle misure di contenimento del *virus* hanno portato in primo piano l'attenzione sulla figura della rinegoziazione del contratto e sulla propensione di talune corti a modificare *ex officio* il contratto squilibrato una volta fallita la rinegoziazione dello stesso.