

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

GENNAIO/MARZO

2021

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli interventi del legislatore in punto fattispecie. – 3. Gli interventi del legislatore in punto effetti. – 4. Quando l'imprevedibile diventa prevedibile

1. Premessa

La mole torrenziale degli interventi legislativi legati all'emergenza richiede uno sforzo di ricostruzione sistematica, volto a collocare i diversi punti di intervento su un'unica trama. Solo in questo modo è possibile valutare la portata innovativa o meno delle novità introdotte rispetto a soluzioni già presenti nel (o comunque ricavabili dal) nostro ordinamento, verificare la coerenza degli interventi e comprendere la direzione in cui si muove il legislatore¹.

È ovvio che la risposta a un problema, come è quello legato all'attuale pandemia, di sistema non può che essere di sistema, intendendosi con ciò che le soluzioni che il diritto privato può offrire per far fronte agli squilibri causati dall'emergenza non possono, da sole, costituire una risposta pienamente soddisfacente per tutelare tutti gli interessi in gioco². Nel ricostruire il quadro degli interventi legislativi

¹ L'auspicio è quello di evitare, per quanto possibile, una affannosa rincorsa del legislatore da parte dell'interprete. Per una ricostruzione sistematica degli interventi emergenziali, seppure in fasi diverse dell'emergenza, v., ad es., L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 345 ss.; C. MASCIOPINTO, *I contratti in corso di esecuzione e l'attuale emergenza sanitaria*, in *Contr.*, 2020, 449 ss.; F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, ivi, 485 ss.

² Sulla necessità di un approccio integrato, che consideri entrambi i livelli di intervento, sia quello "macro-scopico" che quello "micro-scopico", v. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus civile*, 2020, 467 ss. All'interno del diritto privato, l'insoddisfazione, in una situazione emergenziale, verso i rimedi tradizionali porta alla valorizzazione di principi e clausole generali (il richiamo, in particolare, è alla buona fede e alla solidarietà): in tal senso cfr., seppur in termini diversi tra di loro, A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; A.

emergenziali con riguardo ai rapporti contrattuali occorre dunque tenere presente tali limiti, non chiedendo al diritto dei contratti di dare risposte che non è in grado di fornire e chiedendosi se tali risposte non sono da ricercare in altri settori del diritto³.

Tanto premesso, scopo limitato del presente lavoro è quello di ricostruire la reazione del legislatore all'emergenza sul piano dei rapporti contrattuali. Non ci si soffermerà su questioni più tecniche e di dettaglio, che pure sono numerose, ma si tenterà di offrire un quadro d'insieme, con l'ulteriore avvertenza che i temi di carattere generale richiamati saranno, per l'appunto, meramente evocati al solo fine di evidenziarne il collegamento rispetto alla legislazione emergenziale.

2. *Gli interventi del legislatore in punto fattispecie*

Innanzitutto, il legislatore ha disposto, sotto il profilo della fattispecie, che alcune circostanze legate all'emergenza costituiscono impossibilità sopravvenuta⁴, richiamando in tal modo categorie

DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1*, 227 ss.; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi del diritto dei contratti*, ivi, *Speciale n. 3*, 333 ss.; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona mercato*, 2020, 25 ss., il quale richiama, oltre alla buona fede e alla solidarietà, anche il principio di effettività. Sul ruolo delle clausole e dei principi generali in tempo di emergenza, v. anche le avvertenze di metodo di E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3 suppl., 87 ss.

³ Ammonisce A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 383, che «[n]eppure la medicina più potente cura i mali per cui non è adatta», sottolineando che «il diritto di parte generale del contratto benché rimedio potente è impotente contro i vizi del mercato e la crisi d'impresa» (396). Nello stesso senso v. F. PIRAINO, *op. cit.*, 503.

⁴ Circostanze costituite sia dalla pandemia in sé, sia dalle misure normative volte a contenerla. Sulla necessità di distinguere tra gli «effetti provocati dalla regola giuridica (che provvede alla qualificazione dell'evento eccezionale mediante l'introduzione delle “misure di contenimento”) e gli effetti prodotti dalla causa (*id est*: dell'evento a fondamento dell'adozione) della regola giuridica» v. R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 367 ss. Similmente, v. M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità*

tradizionali già disciplinate dal diritto comune delle obbligazioni e dei contratti. Il discorso si concentrerà sulle ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ma si avverte che in certi casi il legislatore ha costruito talune fattispecie sospese tra l'impossibilità e l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Talvolta il legislatore ha previsto espressamente che, al verificarsi di determinate circostanze legate all'emergenza, ricorre impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c. Così, ha affermato che, in ragione della chiusura dei luoghi della cultura «a seguito dell'adozione delle misure» contenute nel dpcm 8 marzo 2020 e «comunque in ragione degli effetti derivanti dall'emergenza da Covid-19, a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto e fino al 30 settembre 2020, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura» (art. 88, comma 1, d.l. 18/2020). Ancora, ha chiarito che «a seguito della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento, anche di durata uguale o superiore a un mese, per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile» (art. 216, comma 4, d.l. 34/2020).

In alcuni casi, altrettanto espressamente il legislatore ha equiparato l'impossibilità a ricevere la prestazione all'impossibilità a prestarla, chiarendo che anche l'impossibilità di ricevere la prestazione dà luogo a impossibilità sopravvenuta⁵. Così, sempre con riguardo ai titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura si applica la norma sopra menzionata, che dispone la ricorrenza di

sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 319.

⁵ Sull'intervento del legislatore emergenziale nei settori richiamati subito nel testo v. A. PEPE, *L'emergenza sanitaria da coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 599 ss.

un'impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 c.c., anche quando i «soggetti» (dunque, gli acquirenti) siano stati sottoposti a quarantena, permanenza domiciliare fiduciaria o ricovero sanitario, oppure siano «residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio», e siano così impossibilitati ad andare al cinema, a teatro o al museo (art. 88, comma 2-bis, d.l. 18/2020). Ricorre altresì impossibilità sopravvenuta laddove la prestazione sia da rendere in un territorio interessato dalle misure di contenimento e, dunque, anche nel caso in cui la prestazione possa essere eseguita ma non sia possibile accedere al territorio ove essa ha luogo (art. 88, comma 2-bis, d.l. 18/2020). Ancora, in un diverso settore, «[a]i sensi e per gli effetti dell'art. 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico» stipulati da chi si trovi nelle circostanze sopra menzionate (quarantena, permanenza domiciliare, destinatari di provvedimento di allontanamento); da chi debba partire o arrivare nelle aree interessate dal contagio; da chi si debba recare in Stati esteri dove è impedito l'ingresso. Sempre con riguardo a quest'ultima tipologia di contratti, l'equiparazione a impossibilità sopravvenuta è estesa a ipotesi in cui a venir meno non è la vera e propria possibilità di ricevere, ma l'utilità della prestazione per il creditore: infatti, ricorre impossibilità sopravvenuta anche qualora il contraente viaggiasse per partecipare a concorsi, procedure di selezione, manifestazioni, iniziative, eventi o riunioni annullati, sospesi o rinviati dalle autorità a causa del Covid.

Altre volte il legislatore non ha disposto espressamente che le circostanze legate all'emergenza danno luogo a impossibilità sopravvenuta non imputabile, ma sembra averlo presupposto disponendo una limitazione della responsabilità del debitore. Il riferimento è alla discussa norma di portata generale per cui «il rispetto delle misure di contenimento [...] è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» (art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020). La portata di tale norma è oggetto di diverse interpretazioni e numerose discussioni sotto molteplici profili, che fuoriescono tuttavia dall'ambito del

presente lavoro⁶. Basti in questa sede rilevare, limitandosi qui al piano della fattispecie (degli effetti si dirà dopo), come la norma paia tipizzare un caso di mancata esecuzione della prestazione che, se derivante dal rispetto delle misure di contenimento del contagio, dà luogo a una impossibilità (totale, parziale o temporanea) non imputabile al debitore. Similmente, con riguardo a uno specifico settore, il legislatore ha disposto che «la sospensione delle attività sportive» ordinata dalle autorità «è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile [...] quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati» (art. 216, comma 3, d.l. 34/2020), con ciò evocando non solo l'impossibilità (temporanea) della prestazione ma anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Ci si può interrogare sulla portata innovativa di tali norme rispetto al quadro normativo codicistico in tema di impossibilità sopravvenuta. Sicuramente le regole comuni su obbligazioni e contratto già consentono di ritenere che il rispetto delle misure adottate per fronteggiare la pandemia, laddove comporti l'impossibilità di eseguire la prestazione, costituisca un caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, e in altri casi alla risoluzione del contratto ci si potrebbe comunque arrivare applicando le norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta. Entro certi limiti, la stessa soluzione (di

⁶ Su tale norma v., ad es., A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 145 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, ivi, *Speciale n. 3*, 403 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 572 ss.; G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 de. D.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 368 ss.; R. MORELLO, *Effetti sui contratti e applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 426 ss.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 487 ss.; G. TRIMARCHI, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle "clausole generali"*, in *Contr.*, 2020, 436 s.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 248 ss.

scioglimento del contratto) pare potersi adottare – seguendo l’evoluzione interpretativa che si è snodata in maniera complessa e non sempre lineare in materia di impossibilità, presupposizione e causa in concreto⁷ – anche laddove non sia possibile ricevere la prestazione o venga meno l’interesse del creditore all’adempimento⁸. La questione è discussa e non ci si può soffermare, ma, nell’ottica di fornire una ricostruzione sistematica dell’intervento del legislatore emergenziale, basti qui sottolineare come a molte delle soluzioni da quest’ultimo adottate si sarebbe probabilmente potuti arrivare tramite la disciplina comune, perlomeno seguendo alcuni filoni interpretativi non isolati⁹.

⁷ Scontato è il riferimento al caso riguardante, per l’appunto, un’epidemia, deciso da Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 531, che configura l’impossibilità di utilizzazione della prestazione come causa atipica di estinzione dell’obbligazione laddove comporti la sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto. Sulla ricostruzione in termini di “causa in concreto” svolta dalla giurisprudenza, v., ad es., E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 151 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, ivi, 2014, 256 ss.

⁸ In proposito cfr., *ex multis*, G. COTTINO, *L’impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l’impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 443 ss.; G. STELLA, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995, 262 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell’impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2002, 121 ss.; S. PAGLIANTINI, *Dell’impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. c.c. Gabrielli, Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, Torino, 2011, 557 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, 413 s.; M. DELLACASA, *La cooperazione all’adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2019, 606-615. Con particolare riguardo alla situazione emergenziale in corso, sull’impossibilità di ricevere la prestazione e sulla perdita dell’interesse da parte del creditore v. R. FRANCO, *op.cit.*, 370 s.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 498.

⁹ Sulla elasticità delle categorie tradizionali dell’impossibilità sopravvenuta e della eccessiva onerosità sopravvenuta a fronte dell’emergenza sanitaria cfr. E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 129 ss.; A. DE MAURO, *op. cit.*, 227 ss.; P. SIRENA, *L’impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell’epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., 73 s. Cfr. anche O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 357 ss., la quale estende l’analisi alla categoria della inesigibilità della prestazione; E. FERRANTE,

Anche per tale ragione, alcuni interpreti hanno affermato la necessità, pena la sostanziale inutilità dell'intervento legislativo¹⁰, di ritenere le norme emergenziali (il riferimento è alla norma generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020) riferite anche a casi che non rientrano nella nozione codicistica di impossibilità sopravvenuta¹¹. In termini di ricadute pratiche, è chiaro che la questione diventa più o meno rilevante a seconda di quanto ampia si ritenga la categoria dell'impossibilità sopravvenuta secondo il diritto comune: in altre parole, si tratta di capire quanto i casi eventualmente esclusi dalla fattispecie emergenziale possano rientrare in quella generale di impossibilità sopravvenuta e causa non imputabile. Tra i casi dubbi su cui si è concentrata l'attenzione degli interpreti figura quello delle obbligazioni pecuniarie, considerato il tradizionale principio per cui *genus numquam perit*, rispetto a cui il legislatore emergenziale (salvo interventi settoriali volti in taluni casi ad agevolare la posizione di chi si trova in difficoltà economico-finanziarie) non ha in ogni caso dettato una disciplina apposita¹². Le posizioni sono articolate e non sono

Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza, ivi, 311 ss.

¹⁰ Che tuttavia manterrebbe in ogni caso l'"utilità" di alleggerire l'onere probatorio a carico del debitore: A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione*, cit., 148 s. Sugli effetti della norma in questione sull'onere probatorio v. anche la relazione tematica n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, avente ad oggetto *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, 8 luglio 2020, 9.

¹¹ In tal senso v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 580, secondo cui nel caso in cui «l'adozione delle misure di contenimento avesse reso l'esecuzione della prestazione oggettivamente impossibile, in tutto o in parte, in via definitiva o anche solo temporanea, non si potrebbero ravvisare gli estremi di un "inadempimento contrattuale" e le conseguenze giuridiche che si produrrebbero sarebbero inevitabilmente quelle contemplate dalle norme generali del c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore».

¹² La letteratura sul punto è sterminata e non è questa la sede per fornirne un quadro; ci si limita qui a richiamare alcuni contributi che hanno affrontato il tema nel contesto dell'attuale emergenza. Sulla sorte delle obbligazioni pecuniarie in tempo di pandemia, v., nel senso di escludere l'operare di una causa di impossibilità secondo le regole comuni, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., 57 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., 410; A. GENTILI, *op.cit.*, 388 ss. Sembrano adombrare una soluzione di segno contrario E. BELLISARIO,

necessariamente collegate all'interpretazione che si dà della norma emergenziale, derivando spesso invece dall'interpretazione della disciplina comune.

Proprio la problematicità delle categorie del diritto comune in tema di impossibilità sopravvenuta e causa non imputabile consente di apprezzare l'utilità di un intervento legislativo anche se eventualmente ridondante¹³. Specie in un momento di emergenza e incertezza come quello attuale non è necessariamente “inutile” un intervento che chiarisca quello che agli occhi di molti, ma forse non di tutti, appare ovvio e incontestabile. In altre parole, è fin inutile dire che la stessa valutazione sulla ripetitività o meno delle norme emergenziali presuppone una perimetrazione precisa (su cui spesso non c'è unanimità) delle norme di partenza rispetto a cui stimare la ridondanza¹⁴.

In ogni caso, l'intervento del legislatore, laddove qualifica espressamente alcune fattispecie come casi di impossibilità sopravvenuta, non pare lasciare margini per una valutazione difforme. Così, nel caso delle disposizioni che affermano che in determinati casi “ricorre” impossibilità sopravvenuta (art. 88, comma 1, d.l. 18/2020 in tema di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura; art. 88-

op. cit., 130; A. DE MAURO, *op.cit.*, 230. Nel senso di poter in talune circostanze considerare inesigibile la prestazione pecuniaria, v. G. IORIO, *op. cit.*, 374; P. SIRENA, *op.cit.*, par. 3. A un simile risultato pervengono, seppure con diverse argomentazioni (e partendo da diverse impostazioni in merito al campo di applicazione dell'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020), F. PIRAINO, *op.cit.*, 500 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 582 s. Sulla questione v. anche le articolate riflessioni di T. DALLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contr.*, 2020, 352 ss. Su come la questione sia stata affrontata in altri ordinamenti, in particolare in quello tedesco, v. M. D'ONOFRIO, *La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 303 ss.

¹³ Sul tema della ridondanza nelle disposizioni normative e sul significato che essa può assumere, v. R. CATERINA, *La ridondanza del legislatore e il dialogo con gli interpreti*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 383 ss.

¹⁴ Senza negare, ad ogni modo, che le norme emergenziali in questione aprano spesso più problemi di quanti ne risolvano. Sottolinea a più riprese la lacunosità e l'inadeguatezza dell'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, fornendo un'esaustiva indicazione dei dubbi interpretativi sollevati da tale norma, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 571 ss.

bis, comma 1, d.l. 18/2020, in tema di impossibilità di usufruire di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici).

Ci si può chiedere se tali indicazioni restringano la fattispecie, nel senso di precludere l'operare di altre cause di impossibilità sopravvenuta. La risposta sembra essere positiva, ma solo con riguardo agli eventi legati all'epidemia in corso, lasciando invece chiaramente impregiudicata la possibilità di invocare l'impossibilità sopravvenuta al ricorrere di eventi che nulla hanno a che fare con l'epidemia. Così, si è detto come il legislatore abbia dato rilevanza, come causa di impossibilità non imputabile, al rispetto della normativa volta a contenere il contagio, facendo riferimento, ad esempio, alla sospensione delle attività prevista dai decreti o all'obbligo di quarantena disposto per ordine dell'autorità. Questo comporta che condotte non necessitate dal rispetto delle misure anti-covid, ma dovute a una decisione autonoma, seppure legata alla pandemia, sono state escluse dal legislatore emergenziale dal novero delle fattispecie rilevanti nel contesto dell'emergenza ai fini dell'impossibilità sopravvenuta¹⁵. Questo vale, ad esempio, per condotte motivate da una particolare cautela: così, il turista che, temendo di contagiarsi, decide di non viaggiare pur potendolo fare (non trovandosi in nessuna delle situazioni di cui all'art. 88-bis, comma 1, d.l. 18/2020) non potrà liberarsi dall'obbligazione di pagare il prezzo. Questo però non esclude che, qualora sopravvengano altre cause direttamente o indirettamente ricondotte all'impossibilità sopravvenuta (ad esempio, facendo riferimento a un caso noto, se uno dei due partner che avevano

¹⁵ Nello stesso senso, con riguardo alla norma di portata generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, v. A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., 406 s. In senso problematico v. D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 8 ss., il quale si chiede entro che limiti possano ritenersi sospesi anche i contratti la cui esecuzione, seppure ammessa dalle norme di contenimento, possa mettere a rischio la salute del debitore e di terzi: si tratta, come rileva l'A. citato, di un delicato equilibrio tra tutela della salute, da un lato, e tutela della continuità dei contratti, dall'altro. Ci si limita qui a rilevare che una soluzione diversa da quella proposta nel testo rischia di disattendere l'equilibrio frutto di una precisa scelta politico-legislativa di ripartizione dei costi legati all'emergenza.

programmato il viaggio decede prima della partenza¹⁶), allora si applichino le regole generali. Quanto detto per le condotte motivate da una particolare cautela vale anche per le decisioni adottate per convenienza economica: così, il vettore non potrebbe invocare una qualche esclusione di responsabilità qualora decida di cancellare un volo verso una destinazione non interessata da misure di contenimento in ragione del diminuito afflusso di passeggeri a causa dell'epidemia¹⁷.

In alcuni casi il legislatore ha peraltro adottato locuzioni più flessibili. Così, con riguardo ai titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione non solo «a seguito dell'adozione delle misure» contenute nel dpcm 8 marzo 2020, ma «comunque in ragione degli effetti derivanti dall'emergenza da Covid-19» (art. 88-bis, comma 1, d.l. 18/2020); ancora, l'art. 88-bis, comma 5, d.l. 18/2020 fa riferimento alle «strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Ci si potrebbe chiedere se tale dato letterale giustifichi un ampliamento delle fattispecie a tutti quei casi in cui il debitore decide di non eseguire la prestazione non per rispettare la normativa anti-contagio, ma in virtù di una scelta autonoma seppure, chiaramente, legata all'emergenza: si pensi al gestore di un hotel che, pur potendo aprire la struttura, non reputa conveniente farlo visti i pochi turisti e il costo delle misure di sicurezza anti-contagio¹⁸.

¹⁶ Il riferimento è al noto caso deciso da Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. Giur.*, 2008, 921. In senso diverso rispetto a quanto proposto nel testo (ma con riferimento a contratti da eseguirsi una volta venuta meno l'efficacia delle misure di contenimento) v. R. SENIGAGLIA, "Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 471 s.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 88-bis, comma 4, d.l. 18/2020, infatti, il vettore può esercitare il diritto di recesso «quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19». Una previsione più flessibile è invece prevista, come si dirà subito nel testo, per le strutture ricettive. Si noti che si tratta di disposizioni speciali rispetto alla norma di portata più generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020.

¹⁸ Ci si limita qui a porre il problema. Il dato letterale, di per sé, sembra giustificare tale soluzione.

Come si è detto, le indicazioni del legislatore possono non solo restringere, ma anche ampliare le fattispecie di impossibilità sopravvenuta rispetto a quanto previsto dalle norme generali. Così, l'art. 88-bis, comma 1, lett. d), d.l. 18/2020 afferma che ricorre l'impossibilità sopravvenuta con riguardo ai contratti di viaggio, di soggiorno e di pacchetto turistico stipulati da chi ha «programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidenti del Consiglio dei ministri [...]». In tali casi, in realtà, l'ingresso potrebbe essere non del tutto impedito ma solo ristretto, per cui il fruitore della prestazione ben potrebbe trovarsi in una situazione in cui può viaggiare (si pensi, ad esempio, alle aree in cui si può accedere solo per ragioni di lavoro, salute o necessità). La norma, tuttavia, parifica tale ipotesi a un caso di impossibilità sopravvenuta e non sembra lasciare un margine di valutazione difforme¹⁹.

3. *Gli interventi del legislatore in punto effetti*

In alcuni casi il legislatore ha esteso o specificato (a seconda di quanto si è detto sopra) la fattispecie, rimandando alle norme di diritto comune per quanto riguarda la disciplina delle conseguenze: così per la norma di portata generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, ai sensi della quale il rispetto delle misure di contenimento «è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Non che tale rimando non sia problematico, tutt'altro²⁰; ma in tal caso il legislatore non ha dettato una disciplina speciale degli effetti.

In altri casi, invece, pur richiamando il legislatore dell'emergenza la generale nozione di impossibilità sopravvenuta, le conseguenze di tale qualifica non sono (almeno in prima battuta²¹) da ricercarsi nella

¹⁹ Salvo chiaramente, in ogni caso, il divieto di abuso del diritto.

²⁰ V. *supra* n. 6.

²¹ Rimane infatti aperto il dibattito sulla portata della deroga da parte della disciplina emergenziale a quella comune, per cui ci si chiede quale sia lo spazio di applicazione di quest'ultima pur in presenza di norme speciali d'emergenza.

disciplina comune, ma in quella emergenziale. In questi casi, dunque, il legislatore interviene direttamente sul piano degli effetti.

In alcuni, limitati, casi, l'intervento ha avuto ad oggetto direttamente il contenuto economico del contratto, modificandolo o attribuendo a una delle parti il diritto a ottenere una modifica.

Così, per i contratti di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di privati, ha stabilito il diritto del conduttore «limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente limitazione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito» (art. 216, comma 3, d.l. 34/2020)²². Si noti che in questo caso il legislatore ha dettato una disciplina speciale dopo aver richiamato la disciplina comune: «[l]a sospensione delle attività sportive [...] è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464 e 1468 del codice civile [...] quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà

²² Il legislatore non ha invece introdotto (né in punto fattispecie, né in punto effetti) una disposizione apposita che valga in generale per i contratti di locazione ad uso commerciale. Ci si chiede dunque se sia possibile ricavare dalle norme di diritto comune la possibilità per il conduttore di sospendere il pagamento del canone o diminuirne l'importo nel caso in cui l'attività condotta nell'immobile locato non possa svolgersi regolarmente a causa della situazione emergenziale. Il tema è oggetto di uno specifico contributo nel presente fascicolo: E. TUCCARI, *La pandemia da Covid-19 e la revisione del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda fra (poche) luci e (molte) ombre*. Sulla questione, che ha suscitato ampi dibattiti, v. anche, tra i contributi dedicati specificamente all'argomento, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 422 ss.; ID., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 698 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1*, 233 ss.; A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 supp., 102 ss.; V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contr.*, 2020, 308 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 235 ss.; G. TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il Covid.19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Notariato*, 2020, 235 ss.

di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto» alla riduzione del canone nella misura sopra indicata. La disciplina speciale è in questo caso espressamente delineata dal legislatore, se non come meramente attuativa della disciplina generale, perlomeno come coerente rispetto ai principi regolatori di quest'ultima.

Ancora, un altro caso in cui si prevede un intervento sul contenuto economico del contratto, seppure in un settore di mercato regolamentato, è rappresentato dalla norma che, per i mesi di maggio, giugno e luglio 2020, attribuisce all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente il compito di disporre «la riduzione della spesa sostenuta dalle utenze elettriche connesse in bassa tensione diverse dagli usi domestici» (art. 30, d.l. 34/2020)²³.

In altri casi il legislatore ha, per così dire, congelato i rapporti tra le parti. Si segnalano, a titolo esemplificativo, alcune disposizioni adottate in specifici settori. Così, limitandoci agli interventi di diritto sostanziale²⁴, si è prevista la proroga delle obbligazioni restitutorie per alcuni contratti di credito bancario (artt. 54, 56, d.l. 18/2020)²⁵; la sospensione del pagamento delle utenze nei settori dell'energia elettrica, dell'acqua, del gas e del ciclo integrato di gestione dei rifiuti per un determinato periodo (art. 72-bis, d.l. 18/2020)²⁶; il diritto dell'assicurato di ottenere la sospensione dei contratti di rca sino al 31

²³ In questo caso è lo Stato che sopporta gli oneri dovuti alla modifica del contratto: il legislatore prevede infatti una apposita voce di spesa da utilizzare per compensare la riduzione delle tariffe (comma 3 della citata norma). Sulla tutela degli utenti nel settore dell'energia nel contesto emergenziale v. L. RUGGERI, M. GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 346 ss.

²⁴ Altri interventi volti a “congelare” i rapporti tra le parti sono intervenuti invece sul fronte del diritto processuale: si pensi, ad esempio, alla sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa (art. 54-ter, d.l. 18/2020).

²⁵ Sugli interventi in tale ambito v. A.A. DOLMETTA, *Pandemia e contratti pendenti di credito bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 796 ss.; M.R. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 2*, 11 ss.

²⁶ In questo caso il legislatore si è preoccupato di disciplinare l'aspetto relativo alle modalità dell'adempimento una volta cessata la causa di sospensione, prevedendo una rateizzazione del pagamento degli importi relativi al periodo di sospensione. Si tratta di un profilo estremamente delicato, lasciato invece senza risposta dalla norma di carattere più generale di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020, su cui v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 595.

luglio 2020, senza l'applicazione di alcuna penale o alcun tipo di onere (art. 125, comma 2-bis, d.l. 18/2020). In termini più generali, un effetto di “congelamento” dei rapporti deriva dalla disposizione di cui all'art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020 in conseguenza dell'esclusione della responsabilità del debitore ai sensi della disciplina codicistica (richiamata dalla norma emergenziale). Anche in questo caso, dunque, pare potersi affermare che le norme speciali in esame non sono incoerenti rispetto ai principi generali.

Un ultimo fronte, per quel che qui interessa, su cui è intervenuto il legislatore è quello delle restituzioni²⁷. L'intervento riguarda il settore culturale, turistico e sportivo.

Con riguardo al primo, l'art. 88, d.l. 18/2020 prevede, in caso di impossibilità sopravvenuta delle prestazioni oggetto dei contratti per l'accesso a spettacoli, compresi quelli teatrali e cinematografici, musei o altri luoghi della cultura, la possibilità per l'organizzatore dell'evento, in luogo del rimborso del prezzo (che deve essere chiesto dalla controparte entro un determinato termine), di emettere un «voucher di importo pari al prezzo del titolo di acquisto, da utilizzare entro 18 mesi dall'emissione», senza necessità di accettazione da parte del destinatario²⁸. Se l'evento annullato consiste in uno spettacolo di musica leggera, si prevede l'obbligo di rimborso qualora il concerto non sia riprogrammato entro il periodo di validità del voucher.

Similmente, nel settore sportivo, a seguito della «impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento, anche di durata uguale o superiore a un mese, per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi», si è prevista la possibilità del gestore dell'impianto di emettere, in luogo del rimborso del corrispettivo (che, anche in questo caso, deve essere richiesto entro uno

²⁷ Sulla disciplina delle restituzioni prevista dal legislatore emergenziale v. F. PIRAINO, *op.cit.*, 508 ss., il quale delinea l'alternativa (argomentando a favore della seconda) tra ritenere che l'emissione del voucher comporti una ridefinizione legale del contratto con conseguente novazione, oppure considerare che esso costituisca una prestazione restitutoria: solo nel secondo caso la mancata utilizzazione del voucher darebbe diritto al rimborso monetario.

²⁸ Su tale disciplina, e sui problemi che essa pone con particolare riguardo al raccordo con la disciplina comune, v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 1., 237 ss.

stretto termine), un voucher «di pari valore incondizionatamente utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle [...] misure di sospensione dell'attività sportiva».

Una analoga misura era stata introdotta nel settore turistico (art. 88-bis, d.l. 18/2020), prevedendosi inizialmente la possibilità per il vettore, la struttura ricettiva o l'organizzatore di pacchetti turistici di emettere un voucher (sempre su richiesta della controparte entro un determinato termine) in alternativa al rimborso del prezzo, nei casi di impossibilità sopravvenuta a ricevere la prestazione (ad esempio, come si è visto sopra, perché il turista è soggetto all'obbligo di quarantena) o a eseguirla (in ragione, ad esempio della sospensione delle attività ricettive)²⁹. Tale disposizione è stata tuttavia oggetto di rilievi da parte della Commissione europea, che ha evidenziato profili di incompatibilità rispetto a quanto previsto dalla direttiva (UE) 2015/2302 sui pacchetti turistici³⁰; ne è derivata una modifica della

²⁹ Mentre nel caso di impossibilità a ricevere la prestazione l'art. 88-bis riconduce la fattispecie a un caso di impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c., nel caso di impossibilità di eseguirla la medesima norma attribuisce al vettore e all'organizzatore del pacchetto turistico un diritto di recesso. La possibilità di emettere un voucher è in ogni caso esclusa in alcuni casi per i viaggi di istruzione: il comma 8 dell'art. 88-bis prevede infatti che sia «sempre corrisposto il rimborso con restituzione della somma versata, senza emissione di voucher, quando il viaggio o l'iniziativa di istruzione riguarda la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado nonché per i soggiorni di studio degli alunni del quarto anno delle scuole secondarie di secondo grado nell'ambito dei programmi internazionali di mobilità studentesca riferiti agli anni scolastici 2019/2020 e 2020/2021». Sulle misure aventi ad oggetto i contratti del turismo prima della modifica legislativa di cui subito nel testo, v. C. IRTI, *“Contratti di soggiorno” e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 bis, 460 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19*, Speciale n. 2, 225 ss., il quale aveva per l'appunto rilevato possibili profili di incompatibilità rispetto alla disciplina europea.

³⁰ Raccomandazione (UE) 2020/648 della Commissione del 13 maggio 2020 relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19. Il legislatore italiano ha altresì istituito un fondo per l'indennizzo dei voucher non rimborsati a causa dell'insolvenza dell'operatore turistico o del vettore (comma 12-ter dell'art. 88-bis in questione). Sulla vicenda v. E. TUCCARI, *La disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico fra tutela dei viaggiatori, delle imprese*

normativa emergenziale, che, tra le altre disposizioni, ha previsto l'obbligo di rimborsare i voucher non usufruiti entro il termine di diciotto mesi dall'emissione (salva la possibilità di chiedere il rimborso dopo dodici mesi nel caso di contratti di trasporto aereo, ferroviario o marittimo).

Mentre, come si è detto, gli interventi volti a limitare la responsabilità del debitore che non riesce ad adempiere a causa dell'emergenza e a modificare in qualche modo il contenuto dell'oggetto del contratto (su quest'ultimo punto torneremo tra poco) non deviano significativamente da quanto previsto in generale dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, gli interventi sul fronte restitutorio paiono invece eccezionali. In altre parole, anche tramite le interpretazioni più ardite delle norme codicistiche difficilmente si sarebbe potuti arrivare al risultato sul punto previsto dal legislatore emergenziale. Ma questo non sorprende. La misura adottata in tema di restituzioni è chiaramente motivata dalla necessità di proteggere il settore turistico, culturale e sportivo: questo giustifica la maggior protezione approntata in favore di una parte contrattuale a discapito dell'altra, in una logica che fuoriesce dall'equo contemperamento degli interessi in gioco nel singolo rapporto contrattuale e che guarda invece alla tutela di un intero settore economico.

All'appello delle misure introdotte dal legislatore c'è però un grande assente: la rinegoziazione del contratto. Il legislatore emergenziale non ha infatti introdotto un obbligo di rinegoziare a seguito dello stravolgimento degli equilibri contrattuali intervenuto con la pandemia, la cui sussistenza è dunque lasciata all'interpretazione (sicuramente non univoca) delle norme generali. Tale assenza è indice delle difficoltà legate alla previsione di un obbligo di rinegoziazione, in particolare in punto effettività. Il tema è complesso e il suo esame fuoriesce dall'ambito del presente lavoro. Qui si vuole solo evidenziare che il mancato intervento sul punto non deve sorprendere. Una previsione che imponga la rinegoziazione, senza altro specificare, del contratto in un contesto ordinamentale in cui mancano chiarezza e convergenza di vedute sul contenuto dell'obbligo di rinegoziare e sui rimedi in caso di suo inadempimento (risarcimento del danno, ma quale danno?, sentenza

e del paese, in corso di pubblicazione in *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 6, gentilmente anticipato dall'A.

del giudice che tenga luogo del contratto rinegoziato, ma sulla base di quali criteri?) non potrebbe che portare a una grande incertezza (e, forse, a un intasamento dei tribunali), che, specie in un momento critico come quello attuale, non gioverebbe³¹. Più opportune di un generico obbligo di rinegoziare paiono invece le indicazioni puntuali sulle modifiche da apportare al contratto, come ha infatti previsto il legislatore in determinati ambiti (si veda, ad esempio, la norma sopra richiamata che dispone la riduzione del cinquanta per cento dei canoni di locazione degli impianti sportivi).

Questo non significa che il legislatore non auspichi una rinegoziazione dei contratti. Infatti, pur senza imporla, il legislatore ha offerto alle parti una sede dove poterla raggiungere: il comma 6-ter dell'art. 3, d.l. 6/2020 dispone infatti che «nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante

³¹ Sulla necessità, specie in questo momento, di interventi del legislatore che introducano «regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo» v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustizia civile.com*, 2020, speciale n. 2, 165 ss. In senso critico, nel contesto emergenziale, verso l'introduzione di un generico obbligo di rinegoziare v. anche E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, cit., 310 s.; L. GUERRINI, *op. cit.*, 356 s.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 505. In senso invece favorevole alla configurazione di un obbligo di rinegoziare nell'attuale contesto emergenziale v. A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *op.cit.*; E. BELLISARIO, *op. cit.*, 134 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, 319 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, ivi, *Speciale n. 1*, 212; A. DE MAURO, *op. cit.*, 231; M. GRONDONA, *op. cit.* 323 ss.; E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 87 ss., par. 3. Perplesso sulla rinegoziazione in tempo Covid pare D. MAFFEIS, *op. cit.*, 7 s., il quale sottolinea, da un lato, come «la rinegoziazione dell'emergenza sanitaria somigli a qualsiasi negoziazione, in cui vince il più forte» (e, dunque, come non necessariamente la rinegoziazione porti a una equa riallocazione del rischio contrattuale), e, dall'altro, come «l'incertezza del contesto, e l'impossibilità di fare previsioni, è tale da rendere insensato rinegoziare oggi le condizioni dei contratti in corso, se non delimitando l'arco temporale delle nuove condizioni del rapporto alla durata del periodo di emergenza sanitaria» tramite clausole di assunzione del rischio. Come sugli altri temi generali toccati nel presente lavoro, anche con riguardo alla sussistenza o meno di un obbligo di rinegoziare nel nostro ordinamento non è questa la sede di tracciare un quadro della letteratura, limitandosi qui a sottolineare che sul punto non vi sono soluzioni pacifiche.

l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda». Sembra dunque confermata un'impostazione che, sul modello della mediazione³², vede la rinegoziazione come *step* procedurale volto a incentivare il raggiungimento di un accordo, di cui però il legislatore non determina il contenuto (né attribuisce al giudice il potere di determinarlo).

Si è in ogni caso detto che le norme emergenziali che dispongono in qualche modo una modifica dell'oggetto del contratto non appaiono completamente estranee alle possibili conseguenze ricavabili dai principi generali in materia contrattuale. E, difatti, non è escluso che, con riguardo alla rinegoziazione, dove non è arrivato il legislatore non arrivi la giurisprudenza. Già un giudice ha provveduto a modificare l'ammontare del canone di locazione sulla base dell'«equità integrativa»³³, giungendo così a una quantificazione del contenuto dell'obbligo di rinegoziare che, per approdare a un risultato di modifica del contratto, non può che essere decisa, in mancanza di accordo delle parti, da un terzo (legislatore o giudice).

4. *Quando l'imprevedibile diventa prevedibile*

Nei limiti sopra evidenziati, gli interventi del legislatore emergenziale sembrano dunque porsi sul tracciato già indicato dai principi generali che regolano il diritto delle obbligazioni e dei contratti, salvo quanto detto in tema di restituzioni³⁴. Un tale intervento, se può talvolta apparire ridondante, è però, in termini generali, sicuramente

³² Su come il legislatore abbia corredato di sanzioni l'indisponibilità delle parti di raggiungere un accordo in sede di mediazione v. G.E. NAPOLI, *Profili privatistici della mediazione civile e commerciale. Osservazioni sugli aspetti di diritto sostanziale e spunti critici*, Bologna, 2015, 171 ss.

³³ Trib. Roma, ord. 27 agosto 2020, in *Giur it.*, 2020, 2433, con note di P. GALLO e G. SICCHIERO. Lo stesso Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, nella relazione tematica n. 56, cit., 20 ss., si pronuncia a favore della sussistenza di un obbligo di rinegoziazione.

³⁴ Sottolinea come la legislazione emergenziale non abbia introdotto «“novità” destinate a “rivoluzionare” l'attuale assetto normativo», G. D'AMICO, *L'epidemia Covid-19 e la “legislazione di guerra”*, in *Contr.*, 2020, 256.

opportuno: nonostante la ricavabilità di alcune soluzioni da principi e clausole generali già presenti nell'ordinamento, è tuttavia utile un intervento legislativo che ne chiarisca nello specifico le singole applicazioni e superi dubbi interpretativi.

Il nostro ordinamento, per quanto riguarda i singoli rapporti contrattuali, sembra essere pronto (almeno potenzialmente) a fronteggiare un'emergenza, e dunque una situazione patologica, nei limiti, come si è detto in apertura, del campo di azione del diritto privato e ferma restando la necessità di intervento in altri settori del diritto. Ci si può invece chiedere quali sarebbero le soluzioni se le condizioni emergenziali, e dunque patologiche, divenissero fisiologiche. Cosa accadrebbe, dunque, se una situazione che al suo affacciarsi era sicuramente imprevedibile come il Covid-19 divenisse prevedibile? Si noti che il cambiamento è già intervenuto: chi conclude contratti in corso di pandemia, senza alcuna prospettiva certa sulla sua fine (perlomeno, sul quando), non può chiaramente invocare nel corso di esecuzione del contratto l'imprevedibilità di un'emergenza sanitaria in corso alla stipula del contratto stesso.

Occorre innanzitutto verificare se lo stesso legislatore dell'emergenza non fornisca una risposta, limitando temporalmente l'efficacia delle nuove disposizioni alla fase iniziale dell'emergenza, in cui essa era, in effetti, imprevedibile³⁵.

In alcuni casi, sembra che così sia stato.

Così, per limitarci alle disposizioni che richiamano l'impossibilità sopravvenuta, la norma che dispone la riduzione del canone di locazione degli impianti sportivi del cinquanta per cento si applica «limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020». Al di fuori di limitato arco temporale, rimane la disposizione più generale per cui «[l]a sospensione delle attività sportive [...] è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464 e 1468 del codice civile [...] quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati» (art. 216, comma 3, d.l. 34/2020), di cui la

³⁵ Diversa è la questione relativa al perdurare dell'efficacia delle disposizioni emergenziali anche al termine dell'emergenza, su cui v., ad es., G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 593 ss. Quello che qui interessa è, invece, una differente modulazione delle disposizioni emergenziali nel corso dell'emergenza.

disposizione in merito alla riduzione del canone di una determinata misura costituisce una specificazione.

Ancora, la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta «in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura» ricorre dalla data di entrata in vigore del dpcm 8 marzo 2020 «fino al 30 settembre 2020» (art. 88, comma 1, d.l. 18/2020). Dopo tale data, l'impossibilità sopravvenuta ai sensi della normativa emergenziale, con gli effetti che ne conseguono, ricorre «[l]imitatamente ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli dal vivo» dalla data di entrata in vigore del dpcm 24 ottobre 2020 «fino al 31 gennaio 2021» (art. 5, comma 4, d.l. 137/2020, ai sensi del quale l'art. 88 sopra citato si applica limitatamente a questo periodo).

In presenza di una regolamentazione specifica per la prima fase dell'emergenza, nel corso della seconda fase non potranno che applicarsi le norme generali in tema di impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta. La mancata estensione della normativa emergenziale alla seconda fase comporta infatti unicamente l'inapplicabilità in tali casi dello speciale regime previsto inizialmente, con quanto ne consegue sul piano, ad esempio, dei rimedi restitutori, dell'alleggerimento degli oneri probatori, della previsione di speciali decadenze. Tale mancata estensione non comporta invece alcuna limitazione dell'applicazione degli istituti generali: così, è chiaro che la chiusura del museo a causa dell'emergenza sanitaria, anche se intervenuta dopo il 30 settembre 2020, potrà comunque costituire un'impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. (mentre l'annullamento di uno spettacolo dal vivo dopo tale data costituirà impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 88, d.l. 18/2020).

Ci si deve allora chiedere come sia disciplinata in via generale la sorte dei contratti rispetto a cui è prevedibile una futura impossibilità di esecuzione già al momento della conclusione del contratto. La questione è estremamente complessa e ci si limiterà qui ad aprire il problema e a tracciare una possibile, limitata, traccia per affrontarlo.

Partiamo dal dato normativo. L'art. 1463 c.c. non richiede (diversamente da quanto previsto dall'art. 1467 c.c. per l'eccessiva onerosità sopravvenuta) l'imprevedibilità dell'impossibilità. Dunque, a prima vista, anche un evento prevedibile (o addirittura previsto dalle

parti come possibile) può dar luogo a un'impossibilità rilevante ai fini della estinzione della obbligazione e della risoluzione del contratto. È tuttavia ricorrente in giurisprudenza la massima per cui l'impossibilità prevedibile esclude la risoluzione³⁶. Occorre tuttavia a tal proposito effettuare alcune precisazioni.

La prevedibilità dell'impossibilità può in taluni casi (che sono quelli affrontati dalla richiamata giurisprudenza) riflettersi sulla imputabilità della stessa, in particolare se l'impossibilità è prevedibile da parte del debitore. Si potrebbe infatti ritenere l'impossibilità imputabile al debitore che la ha prevista (o che poteva, con l'ordinaria diligenza, prevederla) e ha tuttavia concluso il contratto senza avvisare la controparte, con conseguente esclusione dello scioglimento del vincolo ex art. 1463 c.c. In quest'ottica, a maggior ragione l'impossibilità si considera imputabile se il debitore non solo era in grado di prevedere l'evento, ma poteva anche in qualche modo attivarsi per impedirlo o comunque influire su di esso. Difatti, è con riguardo a queste ipotesi che la giurisprudenza afferma che l'impossibilità prevedibile esclude la risoluzione: il caso più frequente è quello relativo alla mancata concessione di un provvedimento amministrativo per inerzia del debitore. In questa eventualità, dunque, la prevedibilità o meno dell'evento rileva non di per sé, ma se collegata ad altri fattori idonei a rendere l'impossibilità imputabile: a seconda dell'impostazione più in generale adottata in tema di responsabilità contrattuale, o a una condotta colposa del debitore, o all'attribuzione a quest'ultimo di una sfera di rischio calibrata sulla base delle sue capacità di previsione e di controllo, legate anche alla sua posizione professionale o imprenditoriale³⁷.

³⁶ V., *ex multis*, Cass., 28 novembre 1998, n. 12093, in *Danno resp.*, 1999, 478; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Vita not.*, 2000, 928; Cass., 10 giugno 2016, n. 11914, in *Foro it.*, 2017, 274; Cass., 8 giugno 2018, n. 14915, reperibile sul sito www.iusexplorer.it.

³⁷ Sulla giurisprudenza richiamata in tema di *factum principis*, che non sempre esclude l'imputabilità della mancata esecuzione della prestazione divenuta impossibile, v. F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, 1990, 12 ss., il quale sottolinea come in questi casi «viene richiesta al debitore un'attività diligente non soltanto nel prevenire un eventuale intervento degli organi pubblici al quale possa conseguire un impedimento all'attività esecutiva, ma anche nell'impegnarsi, ove necessario, per rimuovere il divieto sopravvenuto o per ottenere la necessaria autorizzazione»; S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 550 ss., il quale

Volendo applicare tali indicazioni al caso dell'impossibilità sopravvenuta a causa dell'epidemia, si potrebbe dunque ritenere che, se una delle parti ha un maggiore controllo della situazione (con riguardo, chiaramente, non alla situazione sanitaria in sé ma alla possibilità di farvi fronte), allora su di essa gravi il rischio dell'impossibilità. Così, ad esempio, se il contratto è concluso nel corso della pandemia, durante la quale sono periodicamente introdotte restrizioni alle attività che non rispettano determinati requisiti, allora la parte (specie se imprenditoriale o professionale) che ha promesso la prestazione (sia pure in un momento in cui tali requisiti non erano imposti) non sarebbe liberata laddove la sospensione dell'attività derivi dal mancato rispetto di tali requisiti successivamente introdotti³⁸: si pensi a un'attività

sottolinea l'importanza, nel valutare la rilevanza della prevedibilità dell'impossibilità ai fini dell'esclusione o meno della responsabilità, dello *status* professionale del debitore; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Comm. Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2006, 355-363, la quale sottolinea come in alcuni casi sia il «giudizio sulla non estraneità dell'impedimento alla pianificazione economica del debitore e alla sua sfera di controllo» a giustificare l'imputabilità dello stesso al debitore e rileva come l'imprevedibilità non sia un requisito necessario della causa non imputabile, ma possa al più servire a «individuare una colpa di previsione nel senso che, se si assume un impegno sapendo già di non poterlo mantenere per la prevedibilità di un impedimento, si deve rispondere dei danni» (410); G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.* diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, Milano, 2006, 2, 809-811. Cfr. anche M. DELLACASA, *op. cit.*, 664 ss., laddove propone (per lo meno *de iure condendo*) di attribuire rilevanza, nel giudizio sulla imputabilità, alla «capacità di valutare il rischio di sopravvenienze tali da precludere l'attuazione del rapporto tanto in relazione all'impatto che esse possono produrre sugli interessi economici delle parti, quanto in ordine alla probabilità del loro verificarsi», facendo l'esempio, per l'appunto, di un atto amministrativo che renda la prestazione impossibile, e concludendo che «se alla luce dei criteri indicati il soggetto che si trova nella posizione migliore per gestire il rischio è il creditore della prestazione impossibile, egli resta obbligato a pagare il corrispettivo, detratte le spese risparmiate dal debitore e i guadagni alternativi da lui conseguiti grazie all'estinzione del rapporto».

³⁸ Nessun dubbio sussisterebbe, peraltro, nel caso in cui il contratto fosse concluso in un momento in cui tali requisiti già fossero in vigore, anche se non rispettati in tale momento dal debitore: in questo caso vi sarebbe infatti una chiara assunzione del rischio della perdurante sospensione dell'attività (senza alcuna impossibilità *sopravvenuta*). In tal senso in giurisprudenza v., ad es., Cass., 29 gennaio 1988, n. 836, reperibile sul sito www.iusexplorer.it, secondo cui non costituisce causa non imputabile al debitore lo sciopero già in atto al momento della stipulazione del contratto che si prolunghi nel tempo, «perché in tal caso il debitore risulta avere

costretta a chiudere (con conseguente impossibilità di adempiere) perché non ha adottato le misure di sicurezza necessarie.

Al netto dei profili di imputabilità³⁹, a fronte di un'epidemia divenuta "fisiologica" occorre chiedersi quale sia la sorte del contratto in caso di impossibilità della prestazione prevedibile (e non controllabile) in egual misura da entrambi i contraenti. Il caso è dunque quello della conclusione di un contratto in un contesto generale di incertezza, noto alle parti, in merito alla possibilità di esecuzione. La questione si pone nei termini di una garanzia implicita del rischio: se, cioè, le parti concludono un contratto di cui ben si rappresentano l'eventualità di una impossibilità di esecuzione, si verifica o meno una traslazione del rischio in capo alla parte destinataria della prestazione divenuta impossibile⁴⁰? La questione è complessa e si può qui solo tentare di tracciare qualche linea direttrice.

Salva una possibile valutazione in termini di vessatorietà⁴¹, la possibilità per le parti di far gravare il rischio dell'impossibilità

assunto l'obbligazione senza la consapevolezza, in base ai canoni di diligenza media, di poter adempiere nel tempo utile».

³⁹ La questione, qui semplificata al massimo, è estremamente complessa in quanto la linea di confine tra la traslazione del rischio che si traduce in un allargamento delle circostanze imputabili al debitore, il quale è dunque responsabile per inadempimento nel caso in cui il rischio si verifichi, e la traslazione del rischio che determina unicamente una mancata liberazione del debitore senza che vi sia inadempimento imputabile (sul modello, secondo alcuni, della garanzia) non è netta e dipende dalla più generale impostazione in tema di responsabilità contrattuale.

⁴⁰ V., limitando il richiamo ad alcune opere generali sul contratto, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Milanofiori Assago, 2016, 1672, in cui si osserva che «la promessa contrattuale può contenere una assunzione di responsabilità estesa, oltre che al caso dell'inadempimento, al caso del mancato adempimento dovuto a casi di fortuito o di forza maggiore»; V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, 938, secondo cui la garanzia del risultato, la cui impossibilità non libera il debitore, può derivare da espressa previsione delle parti o desumersi dalle circostanze, «come tipicamente accade quando la futura impossibilità della prestazione era prevista o prevedibile dal debitore al momento del contratto». Con particolare riguardo all'emergenza sanitaria in corso, cfr. anche F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 198 ss. Il tema è evidentemente quello del rischio contrattuale, di cui non si può in questa sede neppure tentare di tracciare un quadro, limitandosi qui a rimandare, per una prima ricostruzione, alle notazioni di G. ALPA, voce *Rischio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1144 ss.

⁴¹ In tal senso, con particolare riguardo al contesto emergenziale in atto, S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al*

sopravvenuta su una sola di esse, che rimarrà dunque tenuta alla controprestazione, sembra pacifica⁴². Ne risulterà un contratto in cui, a una prestazione certa, se ne contrappone una incerta in ragione di uno specifico rischio addossato a una delle parti⁴³. Laddove le parti non

COVID-19, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19* - Speciale n. 1, 225 s. Il riferimento è, in particolare, all'art. 33, comma 2, lett. b, d.lgs. 296/2005, che presume la vessatorietà delle clausole che hanno l'effetto di «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista». Il riferimento testuale è all'inadempimento, ma si ritiene che tale locuzione si riferisca anche ai casi di impossibilità non imputabile: in tal senso v., da ultimo, i provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato pubblicati il 13 novembre 2020 a conclusione dei procedimenti CV191-CV200-CV202-CV203-CV204-CV207-CV208-CV209-CV210.

⁴² V., per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, 1674. In questo caso si darà semplicemente, come sopra evidenziato, una inversione del rischio. In tal senso, con particolare riguardo all'attuale situazione emergenziale, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, cit., 57 ss. *Contra*, v. S. VERZANI, *op. cit.*, 225, il quale (al di fuori dei contratti tra professionisti e consumatori) fonda l'inderogabilità delle norme che prevedono la risoluzione in caso di impossibilità sopravvenuta sul rango costituzionale dei valori tutelati dalla legislazione dell'emergenza, volta a «potenziare il Servizio Sanitario Nazionale, la protezione civile e la sicurezza nonché a fornire sostegno alle famiglie, alle imprese e al mondo del lavoro pubblico e privato»: tale argomentazione non pare tuttavia convincere in particolar modo in uno scenario in cui la pandemia smetta di essere una circostanza «patologica» (nel senso di eccezionale) del vivere comune. Con riguardo ai contratti aventi ad oggetto prestazioni dello spettacolo conclusi prima dello scoppio della pandemia o durante il corso della stessa, ammette «l'astratta plausibilità di una considerazione differenziata delle due ipotesi», concludendo tuttavia per l'applicabilità della normativa emergenziale, F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 241, n. 16.

⁴³ Si noti che la traslazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta non rende, di per sé, il contratto aleatorio. È nota la problematicità delle nozioni di rischio, alea e contratti aleatori, su cui il dibattito è aperto. Anche in questo caso, non è questa la sede per tracciare il quadro, estremamente complesso, delle diverse impostazioni (per cui si rimanda ai ricchissimi e aggiornati riferimenti contenuti nel recente lavoro di M.F. CAMPAGNA, *Il credito strutturato. Rischio e autonomia privata nei contratti di credito*, Milano, 2020, 74 ss.). Ai fini di quanto qui si vuole dire, ci si limita a richiamare, per tutti, le precisazioni (che hanno segnato l'impostazione della questione) di R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, 1958, Milano, 1025, 1028, il quale rileva che lo «scambio di una entità certa con una incerta [...] non è però sempre sufficiente a trasformare il contratto, di per sé appartenente ad un tipo commutativo, in un contratto aleatorio, perché l'alea che condiziona la esistenza o la quantità di una delle prestazioni, secondo l'intento delle parti, non è un momento essenziale della funzione del contratto (si che, come si vedrà, la mancanza obiettiva della alea, che si

abbiano previsto espressamente una tale traslazione del rischio, si tratta di verificare se la stessa possa essere desunta in via interpretativa, tenendo presente che in caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile la regola generale è la liberazione del debitore e la conseguente risoluzione del contratto. Occorre dunque individuare gli indici che, nell'interpretazione del contratto, possono far propendere verso una traslazione del rischio. Ci si limita qui a evidenziare alcuni tra i possibili elementi rilevanti.

Un primo fattore da considerare potrebbe essere il grado di incertezza dell'evento. In una situazione di incertezza, l'evento che potrebbe rendere impossibile la prestazione è prevedibile, ma, per l'appunto, non è certo, potendosi dunque differenziare il caso in cui le parti ritenessero l'evento impossibile ma relativamente improbabile, da quelli in cui lo reputassero invece (molto) più probabile del contrario. Si potrebbe infatti affermare che, a fronte di un evento considerato estremamente probabile, esso non possa non essere tenuto presente come elemento di sfondo necessario del contratto. In altre parole, si potrebbe considerare irrazionale il comportamento delle parti le quali concludono un contratto che molto probabilmente sarà impossibile da eseguire, se non, per l'appunto, ritenendo che l'intenzione fosse quella di traslare il rischio. Così, se è estremamente probabile la prossima chiusura di alcune attività e le parti nondimeno concludono un contratto per la fruizione delle stesse, si potrebbe ritenere che esse abbiano inteso far gravare il rischio dell'impossibilità sulla parte che non può usufruire della prestazione perché impossibile. Per giungere a tale conclusione paiono tuttavia assumere rilevanza ed essere necessari indici in tal senso ulteriori, come, ad esempio, la previsione di un corrispettivo particolarmente basso.

Un ulteriore indice che potrebbe prendersi in considerazione, accanto al grado di probabilità dell'evento e all'equilibrio economico delle prestazioni, potrebbe essere la presenza o meno di una espressa regolazione nel contratto del potere di recesso. La facoltà di recesso può infatti essere intesa come uno strumento per gestire e disciplinare una situazione di incertezza, consentendo a una o a entrambe le parti di

possa a priori accertare, rende addirittura nullo il contratto), ma è un momento accidentale nel senso che le parti prospettano sì ad esse medesime un rischio, ma lo considerano *eventuale* e non *necessario*».

liberarsi dal vincolo a seconda di come evolvono gli eventi e limitando l'incidenza delle circostanze sopravvenute entro i termini e secondo le modalità previste dal contratto. Ora, se le parti, in un momento in cui appariva probabile il sopravvenire di un evento, hanno predisposto un tale mezzo di gestione dell'incertezza, si potrebbe ragionevolmente ritenere che il recesso (così come previsto dal contratto, corredato di eventuali termini e clausole penitenziali) costituisca l'unico rimedio per reagire a tutte le situazioni di sopravvenuta impossibilità che le parti si raffiguravano come di probabile verifica, con esclusione dunque della risoluzione del contratto nel caso in cui tali (e non, tuttavia, altri diversi⁴⁴) eventi si verificano.

Lo scenario più probabile, in ogni caso, è che, ove perduri l'emergenza, la prassi elabori risposte adeguate, in conformità con gli istituti generali, per redistribuire le perdite. Così, non sorprenderebbe se i contratti conclusi in periodo di epidemia contemplassero espressamente una disciplina della sorte del contratto e delle prestazioni nel caso in cui una di queste divenisse impossibile in ragione della epidemia stessa, né se si diffondessero contratti di assicurazione per il rischio Covid. La gestione del rischio è uno dei compiti del diritto, in modo da assicurare che l'incertezza degli eventi non si traduca in incertezza dei rapporti giuridici. Se in un primo momento l'emergenza sanitaria può aver colto il diritto di sorpresa, il suo eventuale perdurare ne comporterà una ricattura nei tradizionali istituti generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti. A cambiare sarà semmai il novero degli eventi considerati straordinari: speriamo che ciò non accada.

⁴⁴ La traslazione del rischio non può infatti operare che per i soli rischi traslati.