

# Giordano & Partners

## Studio Legale Internazionale

Avv. Pasquale Giordano

Avv. Fabio Giordano

Avv. Gianluca Arturo Giordano

Avv. Paolo Pucciarmati

### L'esonero da responsabilità contrattuale prevista dall'art. 91, comma 1, del Cura Italia

La difficile situazione in cui versa il Paese ha indotto il legislatore a formulare una normativa particolarmente incisiva nell'ambito dei rapporti giuridici sorti prima o in concomitanza dell'emergenza. L'analisi della normativa, unita ad una prima indicazione applicativa, potrebbe portare ad evitare che se possa fare un uso distorto, soprattutto per non adempiere a prestazione sorte molto tempo prima dell'emergenza.

La disposizione di cui all'art. 91, comma 1, introdotta dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. **Decreto Cura Italia**, prevede espressamente: "il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'**esclusione**, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., **della responsabilità del debitore**, anche relativamente all'**applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti**".

Ad un primo esame sommario, parrebbe che tale normativa non introduca nulla di particolarmente nuovo, se rapportata agli ordinari rimedi che l'ordinamento riconosce a tutela dei soggetti del rapporto contrattuale. È da escludersi, innanzitutto, che il debitore possa essere alleviato da responsabilità contrattuale qualora sia rimasto inadempiente ad un'obbligazione pecuniaria, visto che il pagamento di una somma di danaro non può mai risultare obiettivamente impossibile (con l'eccezione dell'ipotesi estrema di totale sparizione della moneta) e, dunque, mai può prospettarsi la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, ex art. 1463 c.c. (**Cass. civ., sez. II, 15 novembre 2013, n. 25777**).

Il Decreto Cura Italia, richiamando gli artt. 1218 e 1223 c.c., consentendo al giudice di non applicarli soltanto in caso di inadempimenti derivanti dal rispetto della misure di contenimento, non sembra derogare al

summenzionato principio, atteso che, anche nell'attuale situazione emergenziale, i pagamenti sono sempre materialmente possibili grazie all'impiego di strumenti elettronici o telematici, mentre, sotto il profilo finanziario, la carenza di liquidità da parte del debitore non può considerarsi l'imprescindibile e generalizzata conseguenza del rispetto delle regole precauzionali.

In buona sostanza, se il legislatore avesse voluto attribuire ai debitori una **moratoria**, a discapito degli interessi creditori, lo avrebbe dovuto stabilire **espressamente**, non potendo raggiungere questo fine semplicemente tramite l'imposizione al giudice di tenere in considerazione l'osservanza delle norme emergenziali ai fini di valutare la sussistenza della responsabilità contrattuale.

Infatti, la norma in esame sembra riecheggiare la figura del *factum principis*, consistente nel provvedimento emesso dall'autorità legislativa o amministrativa che, impedendo o rendendo estremamente gravosa l'esecuzione dell'obbligazione, va ad escludere ogni responsabilità del debitore per omissioni o ritardi nell'adempimento e, al contempo, sottrae al creditore il diritto alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno. Trattasi, in buona sostanza, di una **particolare tipologia di causa di forza maggiore**, la quale si atteggia ad evento sospensivo – o, in ipotesi estrema, se stabilizzatosi, persino estintivo – delle obbligazioni gravanti sul debitore. All'art. 91, comma 1, D.L. n. 18/2020 può comunque attribuirsi una funzione chiarificatrice nella misura in cui sembrerebbe dipingere l'esigenza di rispettare le nuove misure restrittive quale causa di forza maggiore non prevedibile dal debitore e, dunque, astrattamente idonea a giustificarne l'inerzia o il ritardo.

Il provvedimento coercitivo ostativo l'adempimento, infatti, è stato ritenuto insuscettibile di sollevare il debitore dalle sue responsabilità ove fosse prevedibile mediante l'adozione della normale dose di diligenza (**Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2018, n. 14915**): la tipizzazione dell'epidemia quale elemento da valorizzare nell'accertamento della responsabilità contrattuale pare prevenire questa evenienza anche per quanto concerne i contratti negoziati e conclusi in prossimità dello stato di emergenza, dichiarato il 31 gennaio 2020.

In ogni caso, al debitore che non sia riuscito a svolgere la prestazione con le modalità e nel rispetto dei termini contrattualmente stabiliti non basta richiamare il *factum principis* e, dunque, l'astratto difetto di imputabilità ovvero la carenza di colpa in senso oggettivo, ma deve dimostrare di essersi adoperato, con il grado di diligenza preteso dall'art. 1176 c.c., per minimizzare gli effetti nocivi che sarebbero potuti derivare al creditore dalla mancata attuazione del contratto.

Soltanto in presenza di tali condizioni può invocarsi l'esonero da responsabilità contrattuale per causa non imputabile ex art. 1218 c.c.

Al riguardo, comunque, giova rammentare che il nostro ordinamento sia improntato al rispetto dei principi di correttezza e di buona fede, sia nello

svolgimento delle trattative, che nell'esecuzione del contratto e persino nella fase patologica, di guisa che sarà necessario valutare volta per volta se il debitore sia stato diligente nel preservare l'interesse del creditore sino al punto da non pregiudicare il proprio, in coerenza con le previsioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., analizzati alla luce degli inderogabili doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost..

Mai come in questo caso, dunque, l'esegesi costituzionalmente orientata si presenta come un duttile strumento a disposizione dell'interprete per effettuare un delicato e sapiente temperamento fra gli interessi contrapposti fra debitore e creditore, in un contesto nel quale il dovere di solidarietà sociale ed i criteri di proporzionalità/adequatezza fungono da crivella per verificare la legittimità e la correttezza della condotta tenuta dai contraenti. La normativa di nuovo conio costituirà una poderosa occasione per la sperimentazione di tali principi, che, fra l'altro, nella specie, dovranno confrontarsi con scenari assolutamente inediti, non soltanto per i giuristi e gli economisti, ma per la comunità tutta.

Tale disciplina, che, si ripete, sembra confermare quanto già ricavabile dalle regole generali di diritto comune, rievoca, non a caso, diverse disposizioni del codice civile.

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

È plausibile prospettare, dunque, che, qualora la forzosa quiescenza del contratto determinata dalle novelle misure di sicurezza degradi l'interesse del creditore alla prestazione ovvero stravolga gli oneri che il debitore è chiamato a sostenere per adempiere, l'obbligazione possa estinguersi.

Del resto, l'interesse del creditore a ricevere la prestazione e la difficoltà del debitore nell'eseguirla non sono ignote all'interpretazione formatasi sull'art. 1256 c.c.; ad esempio, secondo autorevole giurisprudenza, si deve "escludere che l'impossibilità sopravvenuta debba essere - come prospettato dal ricorrente - necessariamente ricollegata al fatto di un terzo: la non imputabilità al debitore (v. art. 1256 c.c.) non restringe il campo delle ipotesi ma, per quanto sopra argomentato, consente di allargare l'applicazione della norma a tutti i casi, meritevoli di tutela, in cui sia impossibile, per eventi imprevedibili e sopravvenuti, utilizzare la prestazione oggetto del contratto" (**Cass. civ. sez. III, 10 luglio 2018, n. 18047**).

In questo contesto, merita segnalare la recente circolare distribuita dal Ministero dello Sviluppo Economico in data 25 marzo 2020, che si preoccupa di garantire alle imprese italiane la possibilità di documentare agli interlocutori

negoziali stranieri la paralisi della loro attività in ragione dell'emergenza in corso: viene assegnato alle Camere di Commercio di formare, su richiesta degli imprenditori associati che ne facciano richiesta, un documento certificante la situazione di stallo, così che esso possa essere comunicato ai clienti stranieri per spiegare le ragioni della loro condotta.

Tale documento deve essere letto nell'ottica suindicata di supporto ad una fase dei rapporti negoziali particolarmente delicati e giammai come elemento per sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni.

Altro accostamento tra l'art. 91 del Decreto Cura Italia ed i rimedi previsti dall'ordinamento si potrebbe rinvenire nell'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ex art. 1467 c.c.: la situazione emergenziale e le norme che ne sono conseguite potrebbero concretizzare quell'evento di carattere straordinario ed imprevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione che determina la liberazione del debitore dal vincolo contrattuale, salvo che il creditore non accetti di ricondurre ad equità le condizioni negoziali

Tali straordinarie sopravvenienze, inoltre, potrebbero provocare uno squilibrio sul sinallagma contrattuale, precludendo ad uno o ad entrambi i contraenti di conseguire dal contratto i vantaggi ragionevolmente auspicati all'epoca della sua conclusione e, perciò, attentando in concreto alla piattaforma causale, si da inficiarne la stessa validità.

Allo stato, tuttavia, non vi è un percorso interpretativo certo che consenta di invocare sic et simpliciter l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

Il Decreto Cura Italia, in altra parte (art. 88), invoca anche la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, ma in settori, cultura e spettacolo ed in genere di eventi che richiamino pubblico, dove le esigenze di contenimento dell'emergenza impongono di evitare assembramenti come nei casi di eventi e spettacoli pubblici.

Giova richiamare l'attenzione, a questo proposito, sull'evoluzione del concetto di causa, che, originariamente ancorato a modelli oggettivi ed astratti, è stata gradualmente valorizzata in relazione agli interessi economici individuali che l'operazione negoziale è chiamata ad assolvere.

In quest'ottica di personalizzazione e di soggettivazione del contratto, si è spiegato "la causa in concreto - intesa quale scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato - conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio, assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra" (**Cass. civ. sez. I, 16 maggio 2017, n. 12069; Cass. civ. sez. III, 3 aprile 2013, n. 8100**).

Del pari, è ragionevole ritenere che le attuali difficoltà possano interferire anche sul giudizio di congruità e di proporzionalità fra gravità dell'inadempimento e dimensione economica della sanzione che il giudice è tenuto ad effettuare, anche d'ufficio (**Cass. civ., sez. II, 19 dicembre 2019, n.**

**34021**), nel condannare il contraente inottemperante al pagamento della penale a beneficio del contraente virtuoso, ai sensi degli artt. 1382-1384 c.c. È pacifico, d'altronde, che l'equità della penale deve sindacarsi, non già sulla base di valutazioni astratti, ma tenendo in considerazione le concrete peculiarità del caso singolo (ex plurimis: **Cass. civ. sez. III, 8 ottobre 2019, n. 25031**), di talché nulla vieta che una sanzione congenitamente equilibrata possa trasformarsi in sperequata a cagione delle dinamiche derivate dalla diffusione sul territorio nazionale del virus COVID-19.

Si è detto che la penale eccessivamente onerosa deve essere ridotta dal giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c.

Nei contratti con il consumatore, però, la disciplina è parzialmente diversa perché l'art. 33, 2° comma, lett. f), D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 209, sanziona con la nullità, salvo che non siano state oggetto di negoziazione individuale, le clausole che sanciscono a carico del consumatore delle penali di importo manifestamente eccessivo.

In questo caso, dunque, il presupposto dell'intervento correttivo del giudice è rappresentato dalla manifesta eccessività e la conseguenza non è la riduzione equitativa della sanzione, ma la nullità della clausola penale e, conseguentemente, l'inesigibilità della sanzione (fermo restando, però, il diritto al risarcimento del danno da parte del professionista/imprenditore). Tuttavia, l'insieme delle suddette implicazioni dovrà essere censito cum grano salis con la massima attenzione al caso concreto, al fine di individuare in che misura abbiano inciso sul complesso assetto negoziale e quale rilevanza possiedano le attuali sfavorevoli congiunture.

Ad esempio, laddove la penale sia prefigurata nelle forme degli interessi moratori, ben difficilmente potrà reputarsi che le attuali criticità possano indurre il giudice a ridurre l'ammontare, visto che i verosimili meccanismi inflazionistici che si innescheranno a causa della produzione di nuova moneta produrranno, con altrettanta probabilità, l'incremento dei saggi nominali di interesse.

Appare ragionevole evidenziare, dunque, alla luce di quanto testé precisato, che non sempre il debitore potrà andare esente da responsabilità, quasi che la situazione di emergenza gli attribuisca una sorta di corsia preferenziale per svincolarsi dagli impegni contrattualmente assunti.

Pertanto, in virtù degli esposti rilievi, il disposto normativo nella sua portata letterale potrebbe uscirne fortemente ridimensionato nel suo assurgere a causa oggettiva di esonero da responsabilità per le obbligazioni negoziali assunte.

Appare evidente, comunque, che lo scenario attuale potrebbe non essere sufficientemente gestito dagli attuali strumenti normativi ordinari a disposizione sia in termini sostanziali, con particolare riferimento agli istituti civilistici suindicati, sia processuali, con la necessità, quindi, di immaginare tanto gli uni, quanto gli altri, quanto meramente utili come basi di una nuova fase normativa che possa incidere significativamente sulla soluzione delle

molteplici fisiologiche problematiche che l'attuale fase è destinata a generare.

**STUDIO LEGALE INTERNAZIONALE GIORDANO & PARTNERS**  
**VIA ARCHIMEDE 98, ROMA, TEL. 06/8088151**  
**PEC: GIORDANOEASSOCIATI@LEGALMAIL.IT**