

CONTRATTI DI TRASPORTO MARITTIMO E FORZA MAGGIORE AL TEMPO DEL COVID-19¹

di SALVO LEUZZI

SOMMARIO: 1. - Il quadro d'insieme. 2. - La forza maggiore e il *factum principis*. 3. - La cornice codicistica. 3.1. - Le norme sull'impossibilità sopravvenuta. 3.2. - Le norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta. 3.3. - Inadempimento della prestazione e impotenza finanziaria. 4. - Le norme sostanziali "anti-Covid": art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. 5. - Il settore dei trasporti marittimi al tempo della pandemia. 5.1. - Le fonti generali del trasporto marittimo: codice della navigazione e regole convenzionali. 5.2. - La disciplina del trasporto marittimo di cose e la forza maggiore. 5.3. - La disciplina del trasporto marittimo di persone e la forza maggiore. 5.4. - La norma emergenziale sull'impossibilità dell'utente creditore di ricevere la prestazione. 5.5. - La regola specifica sull'impossibilità per il debitore-vettore di eseguire la prestazione. 5.6. - Il coordinamento fra l'art. 88-bis "Decreto Cura Italia", la disciplina codicistica e le "norme emergenziali". 5.7. - La nullità delle clausole in deroga agli artt. 1463 e 1464 c.c. 6. - Il principio di conservazione del contratto. 7.- La rinegoziazione del contratto squilibrato. - 8. - Rilievi conclusivi.

¹ Lo scritto riprende, con adattamenti, il testo della relazione tenuta il 2 dicembre 2020 nell'ambito del corso della Scuola Superiore della Magistratura denominato "*Diritto dei trasporti e dimensione marittima dalla tradizione alle nuove tecnologie: navigazione, portualità, logistica*" (Cod. P20056, Resp. del corso: L. Calcagno; Esperto formatore: L. Schiano di Pepe).

1. Il quadro d'insieme.

Anche sul fronte dei contratti di trasporto marittimo lo *shock* economico da pandemia ha posto sul tappeto tre problematiche interconnesse: quella dell'impossibilità sopravvenuta delle prestazioni in virtù delle misure restrittive variamente adottate; quella della gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali; quella dei correlati rimedi di natura legale e convenzionale².

Le questioni investono la fase esecutiva dei contratti marittimi in quanto sinallagmatici, ossia incentrati su una funzione di scambio nel cui quadro una prestazione è in funzione dell'altra ed il vizio o difetto che colpisce la prima incide sulla seconda³.

Nel cimentarsi con le ripercussioni della pandemia sull'universo delle imprese e dei debitori civili, il Governo italiano ha fatto sfoggio a più riprese dello strumento del decreto-legge: il primo, il d.l. 2 marzo 2020; il secondo, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. "Cura Italia"⁴; il terzo, il d.l. 8 aprile

² Fra i contributi in tema v. F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in www.giustiziacivile.com, 12 marzo 2020, A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 25 marzo 2020; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in www.giustiziacivile.com, 31 marzo 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 29 aprile 2020; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in www.giustiziacivile.com, 10 aprile 2020; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 17 marzo 2020; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in www.giustiziacivile.com, 17 aprile 2020; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in www.giustiziacivile.com, 21 aprile 2020; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in www.giustiziacivile.com, 15 aprile 2020.

³ Il legame fra le due prestazioni – il c.d. sinallagma – è essenziale poiché qualora una delle prestazioni venga a mancare, l'altra diviene sproporzionata vanificando il senso dell'operazione programmata. Invero, se il contratto è commutativo, lo scambio è fra prestazioni economicamente equivalenti, di talché le vicende successive alla formazione del negozio che influiscono sul valore di una prestazione innescandone uno squilibrio economico rispetto all'altra, sono suscettibili di ripercuotersi sulla sorte del contratto.

⁴ Per una disamina di quest'ultimo secondo un approccio organico v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in www.giustiziacivile.com, 12 marzo 2020. L'A. incisivamente osserva, tra l'altro: "siamo di fronte a disposizioni dirette a regolare (solo) transitoriamente, e senza (almeno di massima) effetti capaci di consolidamento durevole, i rapporti e le

2020, n. 23 c.d. “Decreto Liquidità”; il quarto, il d.l. n. 28/2020 “*e de li altri mi taccio*” dacché la sequenza somiglierebbe a una litania.

Ne è venuta fuori una selva fitta di norme emergenziali e transitorie, tese, nel complesso, ora a sterilizzare alcune disposizioni di diritto societario e concorsuale avvertite come stridenti rispetto alla specialità della crisi, ora a concedere moratorie generalizzate, ora a congelare le situazioni, fermando le lancette dell’orologio dei rapporti negoziali tendenzialmente per l’anno in corso, nell’attesa (o nell’auspicio) di tempi migliori o perlomeno prevedibili, ora, infine, – ed è proprio il caso dei contratti di trasporto – a riplasmare il contenuto dei rapporti stessi, perpetuandone il corso, pur mediante un contenuto diverso.

2. La forza maggiore e il *factum principis*.

La forza maggiore non trova definizione espressa nel nostro ordinamento, che si limita all’art. 1467 c.c. a fare riferimento a “*fatti straordinari e imprevedibili*”. Per brocardo atavico essa è, nondimeno, la “*vis maior cui resisti non potest*”, quindi ogni causa esterna che, per il suo potere superiore, determina un soggetto contro la sua volontà, in modo necessario e inevitabile, al compimento di un atto positivo o negativo⁵.

L’evento pandemico per definizione si iscrive nel riassunto concetto, sia che la forza irresistibile interferisca di per sé – inceppandola – sulla dinamica del rapporto obbligatorio, sia che essa rilevi *sub specie* di c.d. *factum principis*: ogni provvedimento dettato da interessi generali, che impedisca o ostacoli la prestazione indipendentemente dal comportamento dell’obbligato, costituisce, infatti, causa di non imputabilità

situazioni oggetto della disciplina emergenziale; nondimeno, la loro applicazione comporta, non di rado, non solo conseguenze giuridiche (ad es., una risoluzione contrattuale) giustificate dalla eccezionalità del contesto di riferimento, ma anche, come si dirà, alcune significative deviazioni (per es., in ordine ai profili rimediali fruibili) dalle regole (che sarebbero risultate) ordinariamente applicabili”.

⁵ La nozione ha superficie applicativa estesa, riguardando, non soltanto l’inadempimento dell’obbligazione, ma attecchendosi a “*espressione di una regola generale dell’ordinamento, per cui non può essere preteso un comportamento quando lo stesso sia divenuto impossibile senza responsabilità di chi vi sia tenuto*”: così Cass. civ., sez. Un., 23 aprile 2020, n. 8094, in *Italggiure*.

dell'inadempimento, idonea a neutralizzare la responsabilità del debitore.

Il catalogo dei contratti di trasporto che hanno patito gli effetti del coronavirus è alquanto nutrito, annoverando molti casi in cui la prestazione è divenuta impossibile per la pandemia in sé considerata⁶ e altrettante ipotesi in cui è stata resa impraticabile per le misure di contenimento disposte dal Governo⁷.

Avuto riguardo al c.d. *factum principis*, la giurisprudenza ha enucleato i requisiti che devono contrassegnare il provvedimento dell'autorità ai fini dell'applicazione della norma sull'impossibilità sopravvenuta ex art. 1256 c.c. (sulla quale v. § 3): esso deve palesarsi estraneo alla volontà dell'obbligato⁸; non ragionevolmente prevedibile, secondo l'ordinaria diligenza, al momento in cui l'obbligazione è assunta⁹; il debitore, dal canto suo, deve aver sperimentato tutte le ragionevoli possibilità per adempiere regolarmente¹⁰, tanto che uno sforzo ulteriore sarebbe suscettibile di metterne in pericolo la persona o interessi preminenti, come vita, salute o moralità, oppure di sfociare nella commissione di un illecito¹¹.

Nei casi adombrati, la prestazione diventa inesigibile e l'obbligato non è tenuto né al risarcimento del danno, né al pagamento di eventuali penali, che ne presupporrebbero la colpa; rimane salvo il solo caso in cui l'impossibilità sia sopravvenuta durante la *mora debendi* (ex art. 1221 c.c.).

Se la forza maggiore postula la ricorrenza di un fatto che trascende ogni controllo da parte del debitore, è consequenziale che la pandemia assuma una rilevanza *tranchant* soltanto in relazione a impegni contrattuali maturati precedentemente alla

⁶ Si pensi al nocchiero che avrebbe dovuto eseguire la prestazione nel quadro di un contratto *intuitu personae* ed essendo risultato positivo al Covid-19 sia stato costretto al ricovero ospedaliero o all'isolamento obbligatorio.

⁷ Si pensi a colui che avrebbe dovuto fornire un servizio di trasporto marittimo precluso da un provvedimento di chiusura di un porto.

⁸ Cass. civ. 19 ottobre 2007, n. 21973, in *Italggiure*.

⁹ Cass. civ. 23 febbraio 2000, n. 2059, in *Italggiure*..

¹⁰ Cass. civ. 10 giugno 2016, n. 11914, in *Italggiure*.

¹¹ In questi termini e per un'ampia rassegna di giurisprudenza e dottrina, v. C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2008, *passim*. V. di recente in giurisprudenza: Cass. civ. 8 giugno 2018, n. 14915; Cass. civ. 25 maggio 2017, n. 13142, entrambe in *Italggiure*.

sua irruzione, non anche in riferimento a quelli assunti successivamente ad essa, potendo l'obbligato preconizzare una successiva impossibilità giuridica di adempimento per recrudescenza dell'epidemia e collegate, nuove limitazioni¹². È facile profeta chi, al giorno d'oggi, preveda un decreto d'urgenza per la settimana successiva, orientandosi di conseguenza, sia nell'offerta di prestazioni alla propria utenza, sia nella ponderazione anche economica del rischio di doverle annullare.

3. La cornice codicistica.

Al netto delle norme generali e settoriali che si vedranno (§. 5 e §. 6), il Legislatore non si è inventato nuovi rimedi alle tensioni proiettate dalla pandemia sulla solvibilità dei debitori e sull'esecuzione dei loro rapporti contrattuali¹³. Al di fuori del recinto delineato dalle disposizioni emergenziali verranno in rilievo, pertanto, gli istituti codicistici tradizionali. Il che vale anche per i contratti di trasporto marittimo, posto che la disciplina che se ne rinviene tra codice della navigazione, norme sovranazionali e prassi contrattuali postula il ricorso alla lente concettuale e alla bussola operativa delle categorie civilistiche.

3.1. Le norme sull'impossibilità sopravvenuta.

Sul piano dei mezzi contemplati dalla disciplina generale dei contratti del Codice Civile, stretto è lo spazio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.). Questa sembra avere agio solo quando l'emergenza epidemiologica rende la prestazione dedotta in negozio completamente e definitivamente ineseguibile o inottenibile.

¹² *Contra* un orientamento dottrinale risalente esclude che il soggetto che abbia assunto una obbligazione suscettibile di adempimento allo stato della legislazione vigente al momento dell'assunzione debba in seguito rispondere per non aver previsto la possibilità di cambiamenti normativi idonei ad impedire l'esecuzione della prestazione: v. C. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.*, IV, Torino, 1962, 502 ss.; A. DI MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 2011, 105, nt. 183.

¹³ In tema v. riflessioni di P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 3 - Supplemento, 73.

Fisiologico che le obbligazioni pecuniarie tali non divengano mai¹⁴, non essendo esposte ad una materiale o giuridica oggettiva impossibilità, ma solo ad una soggettiva inattuabilità, connessa all'indisponibilità o alla penuria dei flussi di cassa.

In linea di massima, peraltro, le prestazioni oggi irrealizzabili – pure quelle di trasporto via mare – potranno tornare ad essere concretamente possibili alla cessazione dell'emergenza.

Al più potrà darsi il caso del contratto che debba inevitabilmente essere eseguito entro un termine, stabilito come essenziale dalle parti o connotato come tale dalla natura stessa dell'interesse che il negozio è volto a soddisfare¹⁵.

In detti casi, a venire in rilievo è l'art. 1256, comma secondo, c.c., a tenore del quale il debitore non è responsabile del ritardo per tutto il tempo in cui la prestazione è temporaneamente impossibile, ma *“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”*.

L'estinzione dell'obbligazione per impossibilità definitiva della prestazione, o per impossibilità temporanea “protratta”, nei casi stabiliti dal secondo comma dell'art. 1256 c.c., comporta l'applicabilità dell'art. 1463 c.c., a' sensi del quale *“la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta”*.

¹⁴ La giurisprudenza è costante nel ritenere non configurabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione che abbia ad oggetto una somma di danaro, in virtù del principio secondo cui *genus nunquam perit*: Cass. civ. 30 aprile 2012, n. 6594, in *Giust. civ.*, 2013, 9, I, p. 1873; Cass. civ. 16 marzo 1987, n. 2691, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1209 ss., con nota di N. VALCAVI, e in *Banca, borsa tit. cred.*, 1988, II, p. 583 ss., con nota di B. INZITARI. In dottrina, v. Scaduto, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, 24; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 299 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, 80 ss..

¹⁵ Si pensi all'impresa marittima incaricata di ospitare durante il tragitto un evento congressuale cancellato o interdetto a cagione dei provvedimenti governativi che vietano lo spostamento e l'assembramento delle persone.

Sovente la prestazione negoziale si mostrerà solo parzialmente¹⁶ o provvisoriamente impossibile¹⁷ senza che ciò determini l'estinzione dell'obbligazione.

In siffatte ipotesi a porsi in evidenza è l'art. 1464 c.c. in punto di impossibilità parziale: il contratto non si risolve, ma la parte creditrice della prestazione in una certa misura impossibile viene messa davanti a ben tre opzioni: ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione che a sua volta la grava; può recedere dal contratto allorché non abbia interesse all'adempimento parziale¹⁸; in ogni caso, a fronte della prestazione temporaneamente impossibile può sospendere l'esecuzione di quella da lui dovuta¹⁹.

All'attualità sono frequenti, non solo i casi in cui dalle restrizioni governative scaturisce l'impossibilità di dare esecuzione al contenuto di obblighi contrattualmente assunti, ma pure quelli in cui, benché la prestazione rimanga eseguibile, essa non è più in grado di realizzare la finalità negozialmente programmata, in quanto il creditore è impedito a riceverla²⁰.

Si tratta di una situazione presa in esame dal Codice Civile nella sola prospettiva della *mora credendi*. Le soluzioni ipotizzabili sono in astratto tre: quella che pone integralmente a carico della parte creditrice il rischio del verificarsi di accadimenti che impediscono la cooperazione o il ricevimento della prestazione²¹; quella che riporta le conseguenze

¹⁶ Il pensiero corre al contratto avente ad oggetto un viaggio ostacolato solo con riferimento al segmento finale della tratta programmata, per via della chiusura del porto d'arrivo, non di quello intermedio, né di quello di partenza.

¹⁷ È il caso del contratto di trasporto marittimo ritardato dalle misure di contenimento, rispetto al quale rimanga però inalterato l'interesse delle parti all'esecuzione dell'accordo, persistendo l'esigenza del caricatore a commercializzare un carico di merce, spostandola da un porto all'altro, e l'opportunità per il vettore ad assecondarla non appena possibile dietro il corrispettivo già pattuito.

¹⁸ In caso di controversia, è a suo carico l'onere della prova rispetto a tale carenza di interesse.

¹⁹ R. SACCO-G.DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 653.

²⁰ Sulla questione della rilevanza di una impossibilità di ricevere la prestazione v. in luogo di tutti F. Gigliotti, *Sopravvenienze contrattuali e gestione del rapporto: l'ipotesi del viaggio turistico*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, 247 s. e 280 ss.

²¹ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 319 s. osserva che il rischio degli eventi non imputabili che impediscono la realizzazione del

pregiudizievoli e i costi connessi allo scioglimento del vincolo contrattuale in capo al debitore applicando “direttamente” l’art. 1463 c.c.²²; quella “mediana” che, pur richiamando quest’ultima norma, libera il creditore della prestazione dall’obbligo di eseguire la controprestazione, ma lo grava del diverso obbligo di indennizzare il debitore per le spese e i mancati guadagni connessi all’attività necessaria per approntare l’esecuzione²³.

Una quarta opzione è quella che assimila l’impossibilità di ricezione a quella di esecuzione, risolvendosi essa pur sempre in una sostanziale inattuazione del regolamento negoziale dovuta a un *factum principis*²⁴.

Significativo che, in epoca pre-Covid, alcune pronunce di legittimità, ricorrendo alla poliedrica nozione di “causa

rapporto è ripartito tra debitore e creditore a seconda che la causa dell’impossibilità ricada nella sfera dell’uno o dell’altro. Se l’impossibilità dipende da una causa che impedisce direttamente al debitore di compiere quanto è da lui dovuto, questi è liberato “*perde - di regola - il diritto al corrispettivo, e subisce così una parte del danno*”. Se invece la causa ostativa impedisce al creditore di cooperare o di ricevere la prestazione “*il corrispettivo resta dovuto dall’altro contraente, che viene così a sopportare il danno per intero*”. Nel medesimo senso R. ROLLI, *Guerra del Golfo ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contr. impr.*, 1997, 140 s.: “*nel nostro ordinamento ricorre una responsabilità oggettiva in capo al debitore, sulla base del nesso di causalità tra condotta e inadempimento dell’obbligazione, e una responsabilità per rischio in capo al creditore per gli eventi sopravvenuti attinenti alla sua sfera di competenza. A fronte della sopravvenuta impossibilità della prestazione il debitore è liberato se prova la specifica causa (caso fortuito o forza maggiore), non prevedibile ed evitabile, che, causando detta impossibilità, ha interrotto il nesso di causalità tra la sua condotta e l’inadempimento dell’obbligazione, il creditore, al contrario, non sarà mai liberato qualora l’evento sopravvenuto appartenga alla sfera della sua cooperazione e ne risponderà a titolo di rischio*”.

²² G. COTTINO, *L’impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l’impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 453 ss.

²³ G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, 78 ss..

²⁴ Per la soluzione secondo la quale l’impossibilità sopravvenuta della prestazione ricorre certamente anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l’*utilizzazione* della prestazione (per ragioni non imputabili al creditore) e l’interesse a ricevere la prestazione sia venuto meno (verificandosi, in tal caso, la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell’obbligazione) v. Trib. Varese, 4 ottobre 2010, in www.ilcaso.it. Nella medesima direzione, da ultimo, v. Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047 e Cass. civ. 20 dicembre 2007, n. 26958, entrambe in *Italggiure*.

concreta”, abbiano già evidenziato che “*l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione*”²⁵. Nelle fattispecie vagliate dalla Suprema Corte si constatava l'integrale venir meno dell'interesse di una parte negoziale a ricevere la prestazione dedotta in contratto, divenuta inidonea ad assolvere alla sua finalità essenziale, quindi a realizzare la causa concreta del negozio²⁶. Quest'ultima è stata valorizzata nell'accezione di funzione economico-individuale del contratto, alla cui luce l'impossibilità parziale si colora di un effetto risolutivo ogni qualvolta investe l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privandola di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo suo tramite perseguito (ai sensi degli artt. 1362 e ss. c.c.)²⁷.

3.2. Le norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta.

In tema di contratti a esecuzione continuata o periodica (c.d. contratti “di durata”)²⁸ nonché di contratti a esecuzione differita

²⁵ Cass. civ. 10 luglio 2018, n. 18047 (principio applicato al caso di una persona che non aveva potuto usufruire del “pacchetto vacanze” acquistato per il sopravvenire di una grave patologia che gli rendeva impossibile intraprendere il viaggio); Cass. civ. 20 dicembre 2007, n. 26958 (decisione relativa a un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno); Cass. civ. 24 luglio 2007, n. 16315 (caso di un “pacchetto vacanze” acquistato da due persone per un viaggio nell'isola di Cuba, dove si era poi diffusa un'epidemia di “dengue” emorragico), tutte in *Italgire*.

²⁶ Il concetto di causa, intesa come funzione economico-individuale del rapporto, viene adoperato alla stregua di “metro” utile, di volta in volta, a valutare se il rifiuto del debitore di adempiere (una volta rimossa la causa di impossibilità) o, correlativamente, il rifiuto del creditore di accettare la prestazione siano giustificati.

²⁷ Cass. civ. 27 febbraio 2017, n. 3939, in *Italgire*.

²⁸ Esempio classico ne sono le locazioni, su cui v. V. PANDOLFINI, *Epidemia covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in

può in linea di principio richiamarsi il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), secondo cui il contratto è suscettibile d'essere risolto quando la prestazione, per il verificarsi di “*avvenimenti straordinari e imprevedibili*”, è diventata per una delle parti “*eccessivamente onerosa*” avuto riguardo al rapporto di scambio consustanziale alle originarie pattuizioni intercorse. Le misure di contenimento hanno potuto sbilanciare, in via definitiva, l'economia del negozio, vuoi impegnando *ultra vires* una parte nell'esecuzione delle prestazioni che la gravano, vuoi impedendole di trarre dal rapporto le utilità in considerazione delle quali il contratto è stato concluso.

L'alterazione del nesso di interdipendenza anche economica fra le prestazioni, collegata alla comparsa delle sopravvenienze, ossia di avvenimenti straordinari e imprevedibili, trova la sua tradizionale stanza di compensazione sistemica nell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Quest'ultimo, derogando al principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372, comma 1, c.c.²⁹, concede, nell'ambito dei contratti a esecuzione continuata o periodica o differita, alla parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa di invocare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c.c.³⁰ (art. 1467, comma 1, c.c.). Peraltro, la risoluzione giudiziale non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (art. 1467, comma 2, c.c.).

Come chiarito dalla Corte di Cassazione, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (diversamente dalla impossibilità sopravvenuta di essa, quale rimedio all'alterazione

Contratti, 2020, 3, 308. Sui contratti di durata, in generale, v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, *passim*; A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 501 ss..

²⁹ In forza del quale il contratto ha forza di legge fra le parti.

³⁰ A tenore del quale, in primo luogo, la “*risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti*,

salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite” (comma 1); in secondo luogo, la “*risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*” (comma 2).

del c.d. “sinallagma funzionale” che rende irrealizzabile la c.d. “causa concreta”) non ridonda sul piano causale del contratto, non impedendo l’attuazione dell’interesse con esso compiutamente perseguito; essa trova, invece, fondamento nell’esigenza di contenere entro limiti di normalità l’alea dell’aggravio economico della prestazione, proteggendo la parte dal rischio di un eccezionale peggioramento economico di quest’ultima per gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici³¹.

L’ubi consistam del peggioramento è nella maturata sproporzione tra i valori delle prestazioni, nel senso che l’una non trova più sufficiente remunerazione in quella corrispettiva³².

La cifra dello strumento è l’eccezionalità, ben chiara alla nostra nomofilachia, che la ricollega al sopraggiungere di un evento esterno alle parti contrattuali, straordinario sul piano oggettivo, impronosticabile e inevitabile su quello soggettivo, in quanto estraneo a qualsiasi ragionevolezza previsionale, non risolvendosi esso nel quadro delle oscillazioni di valore delle prestazioni e delle normali fluttuazioni del mercato, ma travalicandole³³.

La causa dell’eccessiva onerosità sopravvenuta deve rivestire il carattere della generalità: non è sufficiente una mera difficoltà rivelatasi esclusivamente nella sfera del singolo, occorrendo una situazione operante presso qualsiasi debitore e tale da modificare

³¹ Cass. civ. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Italggiure*.

³² Cass. civ. 13 febbraio 1995, n. 1559, in *Italggiure*.

³³ Cass. civ. 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Italggiure*, afferma: “L’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere d’eterminare, ai sensi dell’art. 1467 cod. civ., la risoluzione del contratto richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall’altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell’ambito della normale alea contrattuale. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all’apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l’intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza. L’accertamento del giudice di merito circa la sussistenza dei caratteri evidenziati è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi”. Nel medesimo senso anche Cass. civ. 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Italggiure*.

il valore di mercato della prestazione³⁴. Esemplificazione ne sono i fenomeni inflattivi, quelli che gemmano dai provvedimenti di svalutazione o rivalutazione della moneta, lo scoppio di una guerra e – al tempo corrente – il dilagare della pandemia³⁵.

Nei più disparati settori, che vanno dall'energia alla sanità, dagli alimentari al terziario, fino ai trasporti, pare evidente che dall'emergenza sanitaria, economica e sociale accesa su scala mondiale dal Covid-19 stiano germinando conseguenze che esondano dagli argini della congiuntura finanziaria sfavorevole; dette conseguenze finiscono per riportare nei casi concreti tratti di straordinarietà, imprevedibilità e inevitabilità tanto marcati ed eloquenti da legittimare la parte pregiudicata ad agire in giudizio per la risoluzione del contratto squilibrato, sia in ragione dell'inusuale aumento di una o più voci di costo della prestazione da eseguire (c.d. "eccessiva onerosità diretta"), sia a causa della speciale diminuzione di valore reale della prestazione da ricevere (c.d. "eccessiva onerosità indiretta").

Ma in uno con l'utilizzabilità del rimedio, il virus planetario proietta i riflettori sulla sua manchevolezza, legata ad un'insita propensione demolitoria e non conservativa del contratto. Il rimedio è volto a rimuovere il vincolo, non a riequilibrare il sinallagma. Pertanto, finisce per fare terra bruciata delle relazioni d'impresa come di quelle fra privati cittadini, in quanto conduce alla definitiva risoluzione del rapporto, non alla transitoria riduzione dei corrispettivi, che l'art. 1467 c.c. alla lettera non contempla³⁶.

Soltanto la parte favorita dallo sbilanciamento, può infatti evitare la risoluzione del negozio, offrendo di modificare equamente le condizioni di esso (art. 1467, comma 3, c.c.). A

³⁴ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 237.

³⁵ In giurisprudenza, v. Cass. civ. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1177 ss., con nota di F. AZZARRI; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1134 ss., con nota di R. PENNAZIO.

³⁶ Nell'esempio ricorrente dell'esercizio commerciale messo in "quarantena" per due mesi, la riduzione del canone locativo sulla scorta dell'art. 1467 c.c. non rappresenterà una soluzione dogmaticamente "immediata", sol che si consideri che l'alterazione dell'equilibrio complessivo dell'intero contratto, quand'anche stimato tale – non senza sforzi – da giustificare la risoluzione del negozio, non è concepito dall'ordinamento per conseguire riduzioni di canone, pur eque e giuste sul piano del sentire comune.

farle da specchio è la parte che soffre l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, ma che può solo agire in giudizio per sciogliere il vincolo e solo purché non abbia già eseguito la propria prestazione. La parte fragile non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni contrattuali, né può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle concordate³⁷.

Ora, nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni.

L'emergenza non si tampona demolendo il contratto. Più che la liberazione del debitore-imprenditore dall'obbligazione, fondamentali appaiono l'attenuazione o il ridimensionamento del contenuto di questa, ove il suo adempimento sia ostacolato o reso sfibrante dalle misure di contenimento su approvvigionamenti, circolazione di merci, organizzazione aziendale, vieppiù ove si consideri che dette misure sono turbinosamente adottate a vari livelli (nazionale, regionale, comunale) nell'ottica di contrastare il dilagare del contagio. È vasta la cerchia dei contratti che hanno di fatto disperso la loro primitiva funzione, non valendo più a soddisfare l'esigenza in vista della quale erano stati confezionati³⁸. Nondimeno, ancora allo stato, la c.d. *reductio ad aequitatem* è un rimedio alternativo alla risoluzione concesso dal legislatore al solo creditore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa³⁹.

³⁷ Cass. civ. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *Italgire*.

³⁸ È il caso eclatante e sintomatico – per restare alle imprese – del contratto di trasporto marittimo di cose finalizzato ad approvvigionare di carburante un'impresa chiusa d'autorità. Sul piano dei rapporti privatistici non dissimile è il caso dell'abbonamento di trasporto marittimo a studenti fuori sede costretti in casa dei genitori dall'intrapresa didattica a distanza.

³⁹ Diversamente si è mosso il legislatore francese, che ha inserito nella sezione dedicata a «*Les effets du contrat entre les parties*» sotto sezione intitolata a «*Force obligatoire*» una nuova disposizione con l'art. 1195 *code civil* a termine della quale si stabilisce che: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la*

3.3. Inadempimento della prestazione e impotenza finanziaria.

Nella profluvie normativa innescata dalla pandemia, se si eccettuano le norme che autorizzano la sospensione dei mutui, anche se nei limiti di cui agli artt. 54 e 56 d.l. n. 18 del 2020⁴⁰, fanno difetto disposizioni che assumano ad oggetto non tanto l'impossibilità tecnica di adempiere, quanto quella strettamente finanziaria⁴¹.

Eppure, è ben frequente che il calo o l'azzeramento dei consumi si sia tramutato in un drastico abbassamento del fatturato, limitando la liquidità disponibile e proiettando un'ombra spessa sulla regolare esecuzione delle obbligazioni pecuniarie. Nondimeno, il mancato o tardivo pagamento di somme dovute rimane, allo stato, e in linea di principio, ingiustificato e imputabile.

Pur nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende, infatti, la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria. Il principio non scalfito rimane quello che nega all'impotenza in questione, sebbene incolpevole, una *vis liberatoria* del debitore dall'obbligazione pecuniaria⁴².

Non può esservi impossibilità oggettiva e assoluta di procurarsi i soldi per adempiere, essendo il denaro un bene generico e imperituro (*genus numquam perit*). Nelle obbligazioni di somme, del resto, “*la prestazione è sempre possibile in ragione della normale convertibilità in denaro di*

renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

⁴⁰ In tema F. DEZZANI, *Covid-19: sospensione di “rate di mutui e canoni di leasing finanziario*, in *Fisco*, 2020, 21, 2062; Sangiovanni, *Mutui fondiari e leasing immobiliari d'impresa nell'emergenza da Covid-19*, in *Immobili e proprietà*, 2020, 6, 384.

⁴¹ In tema v. anche A. PINORI, *Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da coronavirus nell'esecuzione dei contratti*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 3, 1192.

⁴² Cass. civ. 15 novembre 2013, n. 25777; Cass. civ. 20 maggio 2004, n. 9628; Cass. civ. 16 marzo 1987, n. 2691, tutte in *Itali giure*.

tutti i beni presenti e futuri”⁴³. La norma-cardine dell’art. 2740 c.c., nel prevedere che “*il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*”, trova il proprio respiro applicativo nella possibilità di far trasformare in denaro il valore dei beni del debitore attraverso il procedimento di espropriazione forzata.

La difficoltà monetaria causata dai rischi che ciascun debitore si è facoltativamente assunto non si diffonde sulle sfere economico-giuridiche dei suoi creditori, giacché qualora a costoro fosse preclusa l’esazione di quanto attendono, essi diverrebbero debitori a propria volta e ambirebbero, in una sequenza infinita e imponderabile di pretese e ribaltamenti, a liberarsi del danno finanziario occorso.

Sull’irrelevanza della condizione soggettiva di impotenza finanziaria del debitore e della relativa causa, pur anche a questi non imputabile, la Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile è netta: “*non può, agli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l’impossibilità di adempiere l’obbligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta*”. Rispetto a tutto ciò nella legislazione anti-Covid nulla è cambiato.

La pietra angolare continua ad essere quella concordemente ubicata da dottrina e giurisprudenza al centro del sistema: l’eventuale crisi di liquidità del debitore è un rischio posto a carico dello stesso, anche laddove derivi dall’altrui insolvenza o da una crisi di mercato, in quanto aspetti rientranti nella “cabina” organizzativa individuale che egli, in piena libertà e secondo diligenza, è tenuto a gestire al meglio al fine di onorare i debiti assunti⁴⁴.

⁴³ C. M. Bianca, *Diritto Civile*, IV, *L’obbligazione*, Milano, 1993, 143 ss..

⁴⁴ P. Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 175; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, 57. In giurisprudenza v. Cass. civ. 15 novembre 2013, in *Italggiure*, che in motivazione osserva: “*Giova rammentare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, l’impossibilità che, ai sensi dell’art. 1256, estingue l’obbligazione, è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e non si identifica, pertanto, con una semplice difficoltà di adempiere (cfr. Cass. civ. 7-2-1979 n. 845), e cioè con una qualsiasi causa che renda più oneroso l’adempimento (Cass. civ. 14-4-1975 n. 1409), ma consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l’adempimento; il che, alla stregua del principio*

4. Le norme sostanziali “anti-Covid”: l’art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

Il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, denominato “*Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid 19*” (il cd. “Decreto Cura Italia”) è il primo provvedimento finalizzato ad affrontare l'emergenza economica causata dal Coronavirus; in esso ritroviamo una norma “chiave” destinata a regolare l'impatto dell'epidemia sui rapporti contrattuali.

L’art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ha aggiunto all’art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13) un comma 6-bis, a tenore del quale: “*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”.

Benché il precetto sia stato previsto per i contratti pubblici, il richiamo in esso contenuto alla norma generale in materia di responsabilità del debitore ne implica l’applicabilità in relazione a qualsiasi rapporto obbligatorio privatistico.

La disposizione involge, innanzitutto, le ipotesi in cui le misure di contenimento dell'epidemia vietino o sospendano l'attività d'impresa. Viene, infatti, positivizzato e “temperato” – per quanto a breve si dirà – il *factum principis* specifico costituito dalle misure di contenimento dei contagi, secondo uno schema che echeggia l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore di cui artt. 1256 ss. c.c. (cu cui v. §. 3.1.).

Il legislatore dell'emergenza suggella il “primato” delle norme contenute nel Codice Civile (artt. 1218 e 1223 c.c.). È ad esse e al “diritto vivente” che le conforma che occorrerà far riferimento per risolvere i casi di responsabilità contrattuale suscettibili di porsi a seguito delle prescrizioni contingenti prese dalle autorità pubbliche per governare la pandemia. Eppure, a questa

secondo cui genus nunquam perit, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro”.

conferma, la norma “emergenziale” accosta un elemento di novità: la tipizzazione di una causa specifica, benché solo “potenziale”, di esclusione da responsabilità del debitore, costituita proprio dal rispetto delle “misure di contenimento”, quale causa di forza maggiore.

Il comma 6-*bis* ora in esame interferisce con la trama delle regole codicistiche. La responsabilità del debitore inadempiente cagionata dalla necessità di rispettare le misure restrittive sembrerebbe elisa già in virtù dell'art. 1218 c.c., non a caso richiamato dalla disposizione di nuovo conio⁴⁵. Il comma 6-*bis* non esclude *tout court* la responsabilità determinata dall'esigenza di adeguarsi alle misure “anti-Covid”, piuttosto stabilendo che il rispetto di queste debba essere “*sempre valutato*” ai fini del giudizio di responsabilità. Lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie non assurge, pertanto, ad esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, da calare nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità.

Non è esclusa, infatti, l'evenienza di un debitore il quale, ancorché frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento, poiché qualora avesse adoperato l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto esattamente adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose⁴⁶.

Altro caso possibile è quello del debitore che rimanga inerte ed inadempiente, non in ragione dell'osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva, culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità sua o dei suoi collaboratori. Non spettando al singolo debitore, ma alla pubblica autorità, soppesare i rischi epidemiologici, l'inadempimento non sarebbe

⁴⁵ Secondo l'art. 1218 c.c. “*il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”.

⁴⁶ È il caso dell'impresa di trasporti marittima che, nell'impossibilità di usare l'imbarcazione normalmente impiegata su una tratta, in quanto bloccata all'interno di un porto chiuso, non si attivi per reperirne nella propria flotta un'altra fruibile presso un porto immediatamente limitrofo.

in tal caso giustificato dalla causa straordinaria di giustificazione tratteggiata dalla legislazione emergenziale e costituirebbe, a tutti gli effetti, un inadempimento imputabile.

Questa essendo la cornice, l'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del debitore opera semplicemente inibendo al giudice di negare in radice che la necessità di adeguarsi alle prescrizioni "anti-Covid" sia idonea a costituire "causa non imputabile" all'inadempiente. L'obbligato, nondimeno, rimane onerato di dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione.

Pertanto, se certamente, non potranno usufruire di tale circostanza di esclusione da responsabilità, i soggetti che non siano destinatari delle misure di contenimento delineate dal legislatore nel decreto "Cura Italia", anche a coloro che lo siano è richiesto di dimostrare e contestualizzare il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento. Ma è sufficiente provare che sono state le misure a bloccare o trattenere la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno precluso o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare "quiescenza".

Il principio rimane, dunque, quello per cui *"spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti"*⁴⁷. L'obbligato, per slegarsi dalla responsabilità, non può limitarsi ad allegare assiomaticamente che l'inadempimento è ascrivibile alle misure anti-contagio, dovendo, per converso, in linea con la previsione dell'art. 1218 c.c., offrire la prova circostanziata del collegamento eziologico fra inadempimento e causa impossibilitante rappresentata dal rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia. In definitiva, la necessità di adeguarsi a siffatte prescrizioni è in linea astratta causa di forza maggiore tanto che il giudice non può *in nuce* escluderlo; essa esige, però, in linea concreta la dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è derivato proprio dall'esigenza di allinearsi ad esse.

Su un piano generale, d'altronde, l'onere della prova va suddiviso sulla base della possibilità per l'uno o per l'altro dei

⁴⁷ Cass. civ. 16 aprile 2009, n. 9026, in *Italggiure*.

contendenti di avvalorare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare⁴⁸. In tal senso, lasciare al creditore l'incombenza di dimostrare che l'adempimento sarebbe stato possibile nonostante la necessità di rispettare le prescrizioni anti-contagio significherebbe addossargli la prova di circostanze avulse rispetto alla sua sfera d'azione e rientranti, viceversa, entro quella del debitore, che conosce i dettagli della propria organizzazione interna e gli ostacoli che vi impattano.

La norma d'emergenza contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c.⁴⁹.

Secondo una condivisibile impostazione ermeneutica la norma attenderebbe alla finalità di sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione di fisiologia; il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Ne discenderebbe una figura di debitore definibile come "immune"⁵⁰.

Residua il quesito relativo ai margini di reazione del creditore nei confronti del debitore "riparato" dalla norma "emergenziale" in commento. Detto creditore sembrerebbe potersi avvalere dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, quand'anche la stessa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, sia per definizione sempre possibile e non ostruita neppure dalle misure di contenimento (§. 3.3.).

In effetti, l'eccezione anzidetta è sollevabile pure in rapporto ad inadempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore⁵¹. Il

⁴⁸ Cass. civ. 9 gennaio 2020, n. 297, in *Italggiure*.

⁴⁹ La norma contempla i criteri di liquidazione del danno: "*il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*".

⁵⁰ A.M. Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; Id, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura italia"*, in *Contratti*, 2020, 2, 213.

⁵¹ Cass. civ. 19 ottobre 2007, n. 21973, in *Italggiure*: "*L'esercizio dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c., che trova applicazione anche in riferimento ai*

sinallagma è *in nuce* relazionale, dovendosene conservare l'originario equilibrio. Qualora l'*exceptio* fosse preclusa il creditore finirebbe per essere chiamato a sopportare l'intero fardello delle conseguenze economiche dell'emergenza, pagando per una prestazione che egli non ha ancora ricevuto e che vi è il rischio non riceva più. Solo una volta cessate l'urgenza pandemica e la paralisi del rapporto indotta dall'eccezione di inadempimento opposta dal creditore, è ipotizzabile che la sua controparte contrattuale, offrendo la propria prestazione, dia impulso all'esecuzione di quella altrui, ferma e impregiudicata l'incidenza sull'efficacia del contratto dell'impossibilità temporanea *ex art. 1464 c.c.* connessa all'osservanza delle prescrizioni "anti-Covid".

Nel contesto delle obbligazioni di dare o di fare è ben possibile che l'adeguamento alle prescrizioni sanitarie non impedisca l'esecuzione di tutta la prestazione, ma solo di un segmento di essa. Il debitore potrebbe offrire solo quel che è possibile eseguire, salva la facoltà del creditore di rifiutare l'adempimento parziale *ex art. 1181 c.c.*, naturalmente senza poter agire per ottenere l'intero o per risolvere il contratto, stante l'operatività permanente della causa eccezionale di giustificazione di cui al ridetto comma *6-bis*.

Qualora il creditore opti, tuttavia, per ricevere la prestazione parziale, potrà sospendere parzialmente il proprio inadempimento, in simmetria col valore dell'altrui adempimento parziale (c.d. eccezione parziale d'inadempimento), quindi in linea con il principio di proporzionalità sotteso all'art. 1460, comma 2, c.c.⁵². La buona fede postula il controllo del modo con cui il creditore, autoriducendo la propria prestazione, ha

*contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione, e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di disuguaglianza rispetto alla controparte medesima; sicché detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore". Su questo aspetto, v. in dottrina A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, 54.*

⁵² Il principio di proporzionalità (insieme a quello di correttezza) è fondamento e limite dell'eccezione di inadempimento: in giurisprudenza, tra le tante, v. Cass. civ. 26 luglio 2019, n. 20322, in *Italggiure*, in tema di locazione.

concretizzato ovvero disatteso il menzionato principio di proporzionalità, potendosi così configurare la situazione in cui il debitore che ha offerto l'adempimento parziale della propria prestazione contesti l'autoriduzione operata dal creditore, ravvisandovi, a propria volta, un inaccettabile adempimento parziale⁵³.

Le considerazioni che precedono valgono in rapporto ai contratti che siano stati conclusi prima della dichiarazione di emergenza sanitaria dichiarata dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020; per quelli stipulati dopo questa data risulta più problematico invocare la causa di esclusione della responsabilità delineata nell'art. 91, sostenendo che l'evento sia imprevedibile e straordinario (v. considerazioni *sub* §. 2, ultima parte).

L'effetto sospensivo dell'obbligazione provocato dal *factum principis* incorporato nell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 è legato, come detto, alle misure limitative delle libertà individuali di spostamento e di riunione, nonché di larga parte delle attività economiche⁵⁴. Sullo sfondo si staglia, tuttavia, una vicenda eccezionale di forza maggiore che la norma in parola ha avuto cura di formalizzare, non certo di assorbire o esaurire. Il che vuol dire che il sostrato socio-economico della forza maggiore e il suo effetto impeditivo o condizionante di talune prestazioni sono suscettibili di perdurare ben oltre il vigore della disposizione che li formalizzano e come tali si prestano ad essere persistentemente invocati. Ovviamente, qualora li si adombrasse al di fuori del perimetro applicativo della norma "emergenziale", a mutare sarebbero le incombenze probatorie: mentre ora il debitore si può limitare ad indicare la previsione normativa, allegando le prescrizioni di contenimento del contagio che precludono la sua attività solutoria e altrettanto può fare il creditore in caso di impossibilità per inutilità della prestazione; quando le norme eccezionali avranno esaurito i loro effetti, spetterà a chi fa appello alla forza maggiore la prova della

⁵³ Sul rapporto tra i principi di buona fede e proporzionalità (nel senso che la prima deve indicare il modo con cui si attua il secondo) v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss..

⁵⁴ F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, 4, 485.

permanente efficacia della forza maggiore nel precludere l'adempimento o l'utilizzazione della prestazione.

5. Il settore dei trasporti marittimi al tempo della pandemia.

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha avuto un impatto robusto sul settore nautico e crocieristico, costringendo, da un lato, passeggeri e viaggiatori a rinunciare a spostamenti prenotati; impedendo, dall'altro lato, ai vettori di compiere i trasporti programmati, per la mancanza di autorizzazione allo sbarco o allo scalo e la chiusura dei porti.

5.1. Le fonti generali del trasporto marittimo: codice della navigazione e regole convenzionali.

Al substrato del Codice Civile si sovrappongono, nell'ambito dei trasporti marittimi, sia la disciplina speciale dettata dal Codice della Navigazione (r.d. 30 marzo 1942, n. 327) con riguardo ai contratti di trasporto marittimo di cose e di persone, sia con riferimento a queste ultime il c.d. "Codice del Turismo" (art. 41 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79), recentemente riformato in attuazione della nuova Direttiva UE sui contratti di viaggio (Dir. n. 2015/2302/UE)⁵⁵.

Anche nell'attuale contesto economico mondiale, trasporti e navigazione costituiscono peraltro, per ontologia, il terreno elettivo di un diritto globalizzato, che si dipana attraverso trattati multilaterali e convenzioni di diritto uniforme, ma si esprime anche nella tendenza degli ordinamenti nazionali ad adeguare le proprie normative a principi di più ampia diffusione. Il mare è rimasto, in tal senso, essenzialmente un luogo di elaborazione di regole empiriche e di prassi uniformi, che successivamente hanno assunto il rango di regole giuridiche a spettro ampio ed esteso.

È significativo che, ai sensi dell'art. 1, comma 2, cod. nav., ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve

⁵⁵ La Dir. 2015/2302/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati (in *G.U.U.E. L 326* dell'11 dicembre 2015), che ha abrogato la Dir. N. 90/114/CEE del Consiglio è stata attuata nell'ordinamento nazionale dal d.lgs. n. 62 del 2018, che a tal fine ha novellato il Codice del Turismo.

ne siano di applicabili per analogia, si applica il “*diritto civile*”. Le nozioni del diritto privato tornano, in tal senso, utili a riempire di contenuto nozioni che nel codice di “comparto” appaiono contraddistinte da un tasso di genericità e imprecisione, come accade per l’impossibilità sopravvenuta non imputabile e, in definitiva, per la forza maggiore.

5.2. La disciplina del trasporto marittimo di cose e la forza maggiore.

La regolamentazione normativa dei contratti di trasporto marittimo di cose è stata in gran parte affidata al recepimento nell’ordinamento interno o nelle convenzioni internazionali di precetti sviluppati nella prassi mercantile internazionale. Ciò è accaduto, sia in sede di elaborazione del Codice della Navigazione del 1942, sia nell’ambito della Convenzione di Bruxelles sulla polizza di carico del 24 agosto 1924 (comunemente nota anche come “Regole dell’Aja”, introdotta nell’ordinamento italiano con l. 19 luglio 1929, n. 1683 di conversione del corrispondente r.d.l. 6 gennaio 1928, n. 1958). Quest’ultima è stata successivamente integrata con protocolli modificativi del 23 febbraio 1968 e del 21 dicembre 1979 (testo abitualmente indicato come “Regole dell’Aja-Visby”), nonché, più recentemente, dalla Convenzione di Amburgo del 31 marzo 1978 (diffusamente ribattezzata “Regole di Amburgo”), in vigore soltanto in una trentina di stati, tra i quali non figura il nostro. L’11 dicembre 2008, infine, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato una nuova convenzione sul trasporto di merci, denominata “*United Nations Convention on international carriage of goods wholly or partly by sea*”, successivamente aperta alla firma, oggetto – a monte – di un approfondito esame nell’ambito dell’UNCITRAL e tendenzialmente confacente all’evoluzione della tecnica del trasporto comprensivo di fasi “terrestri” (c.d. trasporto “*door-to-door*”).

La disciplina contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1924 – che assume a tutt’oggi un ruolo basilare – come si ricava dal titolo (“*Convention internationale pour l’unification de certaines règles en matière de connaissance*”) riguarda, tra

l'altro, i contratti di trasporto internazionale contrassegnati dalla figura del possessore della polizza di carico⁵⁶.

Nondimeno, se, per un verso, il legislatore italiano ha imboccato nel Codice della Navigazione la via dell'integrale ricezione dei principi della Convenzione di Bruxelles, per altro verso, l'ambito applicativo di quest'ultima ha finito per estendersi oltre il suo campo di riferimento primigenio, per il suo apparire punto di contemperamento formidabile tra antitetiche esigenze di armatori e caricatori marittimi⁵⁷. Ne è scaturito il ricorso frequente a clausole di rinvio alla disciplina convenzionale su base pattizia, per la regolamentazione di operazioni di trasporto che pure esulerebbero dall'alveo convenzionale.

La centralità, nel settore marittimo-mercantile, della prassi contrattuale, incentrata su clausole fortemente standardizzate, che finiscono per disegnare nel loro insieme un vero e proprio *ius mercatorum*, elaborato dagli operatori stessi del trasporto marittimo internazionale, è una costante. Essa è anche il portato della derogabilità che il Codice della Navigazione assegna espressamente *ex art.* 424 alle regole sulla responsabilità del vettore (artt. 442 e 443).

Il Codice della Navigazione, nondimeno, contiene una dettagliata disciplina del trasporto di cose⁵⁸ e una fitta maglia di regole sull'inadempimento dell'obbligo del vettore riconducibile ad impedimenti dovuti a cause di forza maggiore. Anche le regole adottate al riguardo si ispirano alla regolamentazione uniforme elaborata in ambiente internazionale e sono debitrice concettualmente del diritto privato nazionale che corre loro in soccorso per le lacune normative e i nodi interpretativi.

⁵⁶ La polizza di carico (*bill of lading*) è un documento "rappresentativo" di merce caricata su una determinata nave in forza di un contratto di trasporto.

⁵⁷ Ciò disinnescava in radice il problema della prevalenza delle norme di diritto internazionale uniforme dei trasporti su quelle interne, che pure andrebbe risolto a favore delle prime, operando il principio di specialità delle norme di fonte internazionale.

⁵⁸ Le norme sul trasporto di cose sono ripartite in varie sezioni del codice della navigazione, dedicate al trasporto di cose in generale (artt. 419-438), al trasporto di carico totale o parziale (artt. 439-450), al trasporto di cose determinate (artt. 451-456) e, infine, alla polizza ricevuta per l'imbarco e alla polizza di carico (artt. 457-467).

La norma cardine è l'art. 422 cod. nav., che pone a carico del vettore i danni dipendenti in tutto o in parte da colpa propria o da colpa commerciale dei suoi dipendenti, ma che, in linea di continuità con l'art. IV, nn. 1 e 2, della ridetta Convenzione di Bruxelles, elenca al comma 2 un novero di c.d. "pericoli eccettuati"⁵⁹. Si tratta di rischi specifici della navigazione che, indipendentemente dalla loro addebitabilità a negligenza di alcuno, sono ritenuti eziologicamente sufficienti a fare venire meno la presunzione di responsabilità del vettore. Fornita la prova del nesso causale fra il pregiudizio alle cose e il "pericolo eccettuato" il vettore farà rimbalzare in capo all'avente diritto alla riconsegna l'onere di provare la c.d. colpa concorrente (del vettore) o di riscontro, che consiste nel dimostrare che, nonostante la concomitanza di un evento idoneo a produrre il pregiudizio, la causa concorrente e assorbente di questo alligna in una condotta o in un'omissione dell'armatore o dei suoi sottoposti.

Già la menzione tra i fatti potenzialmente rilevanti dei "provvedimenti di autorità di diritto o di fatto, anche a scopo sanitario" sembra porre nitidamente in auge, alla stregua di ideale *factum principis*, le misure restrittive di contrasto al Covid-19 che abbiano interferito, pure *in itinere*, sul buon fine del viaggio commerciale programmato. Il panorama

⁵⁹ Art. 422 cod. nav. ("Responsabilità del vettore"): "1. Il vettore è responsabile della perdita o delle avarie delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve al momento in cui le riconsegna, nonché dei danni per il ritardo, a meno che provi che la causa della perdita, delle avarie o del ritardo non è stata, né in tutto né in parte, determinata da colpa sua o da colpa commerciale dei suoi dipendenti e preposti. 2. Deve invece l'avente diritto alla riconsegna provare che la causa della perdita, delle avarie o del ritardo è stata determinata da colpa del vettore o da colpa commerciale dei di lui dipendenti e preposti, quando il danno è stato prodotto da vizio occulto, o da innavigabilità della nave non derivante da inadempimento agli obblighi di cui all'articolo precedente, da colpa nautica dei dipendenti o preposti del vettore, da fortuna o pericoli di mare, incendio non determinato da colpa del vettore, pirateria, fatti di guerra, sommosse e rivolgimenti civili, provvedimenti di autorità di diritto o di fatto, anche a scopo sanitario, sequestri giudiziari, scioperi o serrate, impedimenti al lavoro generali o parziali, atti o tentativi di assistenza o salvataggio ovvero deviazione del viaggio fatta a tale scopo, cattivo stivaggio, vizio proprio della merce, calo di volume o di peso, insufficienza degli imballaggi, insufficienza o imperfezione delle marche, atti od omissioni in genere del caricatore o dei suoi dipendenti o preposti".

giurisprudenziale maturato al lume delle categorie del Codice Civile risulta, pertanto, efficacemente mutuabile (§. 2).

Poco oltre, all'art. 427 cod. nav., la legge settoriale si occupa, *more solito* senza descriverla, della forza maggiore tesa a impedire la partenza della nave. Se l'impedimento è definitivamente preclusivo il contratto è risolto; se viceversa l'impedimento vale solo a differire la partenza, il contratto rimane in piedi, ma può essere risolto su iniziativa del caricatore qualora la partenza sia “*soverchiamente ritardata*”.

In buona sostanza, nel ricorrere senza esemplificazioni al concetto di *vis major*, la norma discerne tra la definitività dell'impedimento, che slega le parti dal vincolo negoziale (comma 1), e la temporaneità di esso, che lascia inalterato il rapporto, salva la facoltà del caricatore di scioglierlo sopportando le spese di scaricamento qualora eserciti detta prerogativa successivamente all'imbarco (comma 2).

Il successivo art. 428 cod. nav. dà governo al caso in cui venga in essere un impedimento temporaneo che precluda la partenza o la prosecuzione del viaggio per causa non imputabile al vettore. In siffatta ipotesi, il contratto resta senz'altro in vigore e il caricatore può, soltanto, mentre perdura l'impedimento, far scaricare le merci a proprie spese, con l'obbligo di ricaricarle ovvero di risarcire i danni⁶⁰. La norma non evoca la forza maggiore, eppure la presuppone nella misura in cui adombra una transitoria impossibilità della prestazione non determinata dall'armatore, ma da quest'ultimo di fatto (irresistibilmente) subita.

Il codice della navigazione prende in considerazione anche la forza maggiore idonea a determinare una interruzione del viaggio. L'art. 429 biforca la nozione, ai fini del trattamento, in due sotto-ipotesi: quella in cui “*il comandante è costretto a fare riparazioni*” che vadano a buon fine e quella in cui “*la nave non può essere riparata od è necessario un tempo soverchio, ovvero se il viaggio è interrotto o soverchiamente ritardato per altra causa di forza maggiore*”. Nel primo caso, il contratto rimane in vigore senza conseguenze, in quanto il caricatore non ha neppure

⁶⁰ Prosegue la norma precisando che “*Se l'impedimento si verifica in corso di viaggio, il caricatore è tenuto a prestare idonea cauzione per l'adempimento degli obblighi predetti*”.

diritto a riduzione di nolo. Nel secondo caso, il nolo è dovuto in proporzione del tratto utilmente percorso, “*purché il comandante abbia fatto il possibile per provvedere, per conto del caricatore, all’inoltro delle merci al luogo di destinazione con altra nave*”.

L’art. 430 cod. nav. si sofferma, invece, sulla forza maggiore che impedisce l’arrivo della nave a destinazione o ritarda soverchiamente l’approdo. In detti casi, il comandante, se non ha ricevuto ordini o se gli ordini ricevuti sono ineseguibili, “*deve provvedere nel modo migliore per l’interesse della nave e del carico, approdando in altro porto vicino o ritornando al porto di partenza*”.

5.3. La disciplina del trasporto marittimo di persone e la forza maggiore.

Viene in rilievo precipuamente l’art. 400 cod. nav., che disciplina l’ipotesi in cui la prestazione di trasferimento alla quale si è impegnato il vettore marittimo non può essere eseguita in quanto il passeggero si trova impossibilitato a viaggiare per una causa a lui non imputabile⁶¹. Qui l’impossibilità di utilizzazione della prestazione, se dovuta ad eventi che interessano la persona dell’utente, determina sì la risoluzione del contratto, ma non libera detto creditore dall’obbligo di pagare un quarto del corrispettivo, al netto del vitto, se compreso nel prezzo (comma primo). Qualora poi l’impedimento riguardi un familiare, che avrebbe dovuto prendere parte al viaggio, al passeggero è riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto pagando al vettore la medesima somma (comma secondo). Dell’impedimento deve essere data notizia al vettore prima della partenza, tanto che ove ciò non avvenga, il passeggero è tenuto a pagare l’intero corrispettivo pattuito, sempre al netto del vitto (comma terzo).

Viene, altresì, in evidenza l’art. 402 cod. nav. che regola il caso di impedimento della nave. Qualora questa non possa

⁶¹ Sull’art. 400 cod. nav. v. E. ROSAFIO, *La disciplina degli impedimenti anteriori alla partenza nel trasporto marittimo di persone*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 465 ss.; A. ZAMPONE, *Gli impedimenti alla partenza nel trasporto marittimo di persone*, in *Tratt. br. dir. mar. Antonini*, II, Milano, 2008, 94 ss..

partire per causa non imputabile al vettore, il contratto è risolto e quest'ultimo deve restituire il prezzo versatogli.

Le norme ora evocate sono derogabili dall'autonomia privata, sicché sulle stesse tendono a far premio le condizioni generali di contratto mediante le quali i vettori si curano di prevedere regole in punto di rimborsabilità dei biglietti, anche in caso di impossibilità di utilizzazione della prestazione per causa non imputabile al passeggero, a seconda della tipologia tariffaria applicata.

La forza maggiore ritorna, sia pure implicitamente, nell'art. 404 cod. nav. che governa le conseguenze del ritardo della partenza della nave. La norma attribuisce al passeggero, quale che sia la natura della causa del ritardo, *“il diritto, durante il periodo del ritardo, all'alloggio e al vitto, quando questo sia stato compreso nel prezzo di passaggio”* nonché il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto qualora il rinvio della partenza si protragga oltre un certo numero di ore⁶². Se il ritardo nella partenza è dovuto a causa imputabile al vettore il passeggero ha inoltre diritto al risarcimento dei danni, il che vuol dire – specularmente – che se l'armatore prova la forza maggiore va esente dalla responsabilità per i pregiudizi occorsi al passeggero.

L'art. 405 cod. civ. regola la fattispecie dell'interruzione del viaggio della nave tornando ad evocare espressamente la nozione di forza maggiore. Qualora sia quest'ultima a determinare l'arresto del viaggio, il relativo prezzo è comunque dovuto in proporzione del tratto utilmente percorso. Tuttavia, il vettore ha diritto all'intero prezzo, se, in tempo ragionevole, procura a sue spese al passeggero la prosecuzione del viaggio su nave di analoghe caratteristiche, fornendogli nell'intervallo l'alloggio e il vitto, se questo fu compreso nel prezzo di passaggio.

⁶² Se trattasi di viaggi di durata inferiore alle ventiquattro ore, dopo dodici ore di ritardo il passeggero può chiedere la risoluzione del contratto. Se trattasi di viaggi superiori alle ventiquattro ore, il passeggero può chiedere la risoluzione del contratto dopo ventiquattro ore di ritardo nei viaggi tra porti del Mediterraneo o dopo quarantotto ore nei viaggi che abbiano inizio o termine fuori d'Europa o dei paesi bagnati dal Mediterraneo. Se non si avvale di tale facoltà, il passeggero, dallo scadere dei termini suindicati, non ha diritto a ricevere l'alloggio e il vitto a spese del vettore (comma 2).

L'art. 406 cod. civ. concerne l'ipotesi, in certo senso simmetrica, in cui ad interrompersi non sia il viaggio della nave, ma quello del passeggero. Ove ciò accada per causa a lui non imputabile, il prezzo di passaggio è comunque dovuto in proporzione del tratto utilmente percorso. La prova della forza maggiore, pertanto, limita *ab externo* le conseguenze economiche per il viaggiatore, dacché qualora il viaggio sia, di contro, interrotto per fatto a lui ascrivibile egli rimarrebbe tenuto a corrispondere per intero il prezzo di passaggio per la residua durata del viaggio.

Quasi a delineare una norma di chiusura l'art. 408 cod. nav. riconosce, infine, la responsabilità del vettore per tutti i danni che derivino al passeggero dal ritardo o dalla mancata esecuzione del trasporto, “*se non se non prova che l'evento è derivato da causa a lui non imputabile*”.

Una disciplina differente rispetto a quella ora sciorinata vale per il settore delle crociere. Sono attualmente in vigore la Dir. (UE) 2015/2302 del 25 novembre 2015 (che modifica il Reg. (CE) 2006/2004) e la Dir. 2011/83CE. In ambito “domestico” la materia è regolata dal d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. “Codice del Turismo”), come modificato dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62 di recepimento della predetta Direttiva e dal d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (“Codice del Consumo”). La Direttiva e il Decreto prevedono il diritto di recesso del crocierista prima dell'inizio della crociera dietro pagamento di spese di risoluzione adeguate e giustificate. Gli operatori tratteggiano nelle loro condizioni generali di contratto specifiche disposizioni che subordinano il recesso al pagamento di una penale crescente in funzione della maggiore prossimità del recesso all'inizio della crociera.

La Direttiva (art. 12, cui corrisponde l'art 41, comma 5, del d.lgs. 62 del 2018) concede la facoltà al crocierista di risolvere il contratto di “pacchetto turistico” prima dell'inizio senza corresponsione di alcuna spesa in caso di “*circostanze inevitabili e straordinarie*” verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto turistico. Le circostanze inevitabili e straordinarie sono definite all'art 3, comma 12, della Direttiva alla stregua di “*situazione fuori del controllo della parte che la*

invoca e le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nemmeno se si fossero adottate tutte le ragionevoli misure”.

Quanto all’operatore, il diritto di recesso è esercitabile in presenza di analoghe circostanze inevitabili e straordinarie, ma comporta la restituzione integrale dei pagamenti effettuati dal crocierista e la comunicazione del recesso senza indebito ritardo. Nel concorso di tali requisiti l’operatore non è tenuto ad alcun altro indennizzo.

5.4. La norma emergenziale sull’impossibilità dell’utente creditore di ricevere la prestazione.

La necessità gemmata dall’emergenza è triplice: tutelare i passeggeri che sono stati incolpevolmente impossibilitati a viaggiare; salvaguardare operatori loro malgrado finanziariamente travolti dal blocco dei transiti; scandire la sorte dei contratti di trasporto marittimo in essere.

Tali esigenze sono state immantinentemente considerate dal Governo con il d.l. 2 marzo 2020, n. 9. Quest’ultimo, all’art. 28, ha previsto la risoluzione per sopravvenuta impossibilità della prestazione, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1463 c.c. dei contratti di trasporto stipulati da persone impossibilitate ad utilizzare i biglietti acquistati, o per via di misure restrittive e quarantene, o per la coincidenza dei porti di destinazione con località italiane o estere nelle quali era vietato l’approdo.

Ai consumatori che s’erano trovati nelle situazioni anzidette, il Legislatore ha riconosciuto il diritto di recesso senza pagamento di penale di cui all’art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. “Codice del Turismo”). La norma prevedeva un rimborso da parte del vettore (o dell’organizzatore del c.d. “pacchetto turistico”) del corrispettivo pagato, statuendo, altresì, che il rimborso era effettuabile anche mediante l’emissione di un *voucher* di importo pari alla somma pagata, da utilizzare entro un anno dall’emissione per l’acquisto di un nuovo biglietto (o di un diverso “pacchetto”).

Successivamente, nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “Decreto Cura Italia”), come modificato in sede di conversione con l. 24 aprile 2020 n. 27, è stato introdotto l’art. 88-*bis*⁶³. La norma,

⁶³ In sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “Decreto cura Italia”), avvenuta con la l. 24 aprile 2020, n. 27, si è proceduto ad un complessivo

rubricata "Rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici", prevede che ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c. 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 talune esplicitate categorie di soggetti⁶⁴ e segnatamente: a) i sottoposti a quarantena⁶⁵; b) i residenti in "zone rosse" destinatari di divieti di allontanamento⁶⁶; c) i positivi al Covid⁶⁷; d) i provenienti da aree di contagio o che in dette aree avevano programmato di recarsi⁶⁸; e) i candidati a concorsi pubblici e i partecipanti ad eventi annullati o rinviati⁶⁹; f) i titolari di biglietti

riordino della disciplina e si è provveduto all'abrogazione del d.l. n. 9 del 2020 anzidetto, sia pure con salvezza degli effetti prodottisi e dei rapporti giuridici sorti sulla base del citato decreto.

⁶⁴ In tema 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, 3, 596.

⁶⁵ "Soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente, in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di quarantena o permanenza domiciliare".

⁶⁶ "Soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti".

⁶⁷ "Soggetti dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di permanenza, quarantena o ricovero".

⁶⁸ "Soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti".

⁶⁹ "Soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere

o pacchetti turistici per Stati esteri preclusi a causa della pandemia⁷⁰. Pertanto, il vettore deve procedere, alternativamente, al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un orizzonte temporale prefissato successivo all'emissione⁷¹.

Ergo, vettore e organizzatore sono stati autorizzati a restituire ai viaggiatori gli importi ricevuti direttamente con l'emissione di "buoni" spendibili per l'acquisto di altri servizi; non è riservata ai viaggiatori un'opzione alternativa tra rimborso e *voucher*, non essendo l'emissione di quest'ultimo sottoposta ad accettazione.

La disciplina in parola trova applicazione pure in deroga ad eventuali condizioni generali o specifiche pattuizioni volte ad escludere la rimborsabilità del titolo di viaggio o della prenotazione effettuata (comma decimo).

L'art. 88-*bis* d.l. n. 18 del 2020 conferma la qualificazione in termini di "norme di applicazione necessaria" delle disposizioni che acclude (comma tredicesimo)⁷².

culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti".

⁷⁰ "Soggetti intestatari di titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, aventi come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19".

⁷¹ In merito alla restituzione delle somme pagate dal viaggiatore, si è previsto che "il vettore e la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato in favore del soggetto dal quale hanno ricevuto il pagamento oppure all'emissione in suo favore di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione" e "l'emissione dei *voucher* previsti dal presente articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario".

⁷² Ciò significa che il giudice italiano, al quale venga sottoposta una controversia recante elementi di internazionalità appartenente alla sua competenza giurisdizionale in base ai criteri dettati dal Reg. UE n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (c.d. "Regolamento Bruxelles I bis"), sarà comunque tenuto, ai sensi dell'art. 9 del Reg. CE n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. "Regolamento Roma I") - ad applicare disposizioni

La Commissione europea ha inviato agli Stati membri dell'Unione una comunicazione⁷³, seguita da una raccomandazione⁷⁴, finalizzate a garantire ai consumatori la libertà di scelta tra *voucher* e rimborso in denaro. Non è mancato un intervento della nostra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), la quale ha ufficialmente dichiarato di ritenere che l'art. 88-*bis* dianzi richiamato “*si presti difficilmente ad interpretazioni costituzionalmente e comunitariamente orientate*”⁷⁵.

Il contenuto della Raccomandazione non è stato recepito dal Governo italiano⁷⁶, che è andato incontro all'avvio, da parte

dell'art. 88 *bis*, quand'anche la legge nazionale applicabile al contratto non dovesse essere quella italiana.

⁷³ Comunicazione della Commissione C(2020) 1830 final, del 18 marzo 2020, Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al CoViD-19, che si può leggere in

https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830_it.pdf.

⁷³

⁷⁴ Raccomandazione della Commissione C (2020) 3125 final, 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, che si può leggere in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_it.pdf.

⁷⁵ Segnalazione AGCM ST23, del 27 maggio 2020, in merito alle criticità della disciplina d'emergenza di cui all'art. 88-*bis* d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf. A venire in rilievo sono alcuni regolamenti che, in materia di trasporto aereo, ferroviario, stradale e – giustappunto – marittimo, disciplinano i diritti dei viaggiatori in caso di cancellazione del viaggio, nonché dell'art. 12, par. 2, Dir. UE 2015/2302 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il Reg (CE) n. 2006/2004 e la Dir. UE 2011/83 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Dir. 90/314/CEE: quest'ultima disposizione è stata trasposta nell'art. 41, comma 4, del c.d. “Codice del Turismo”.

⁷⁶ La Raccomandazione, preso atto delle criticità appurate nelle normative degli Stati membri in ordine ai rimborsi tramite *voucher*, non solo ha chiarito che quest'ultimo deve possedere alcune caratteristiche: la durata di almeno 12 mesi, la possibilità di essere utilizzati per acquistare servizi da effettuare anche dopo la scadenza del periodo di validità, la possibilità che i *vouchers* non utilizzati entro la scadenza siano rimborsati, la possibilità di trasferire ad altra persona la titolarità del *voucher* e la necessità che tali *vouchers* siano dotati di una protezione sufficientemente efficace e solida in caso di insolvenza del vettore o dell'organizzatore.

della Commissione europea, in data 2 luglio 2020, di un procedimento di infrazione.

Con successiva l. 17 luglio 2020 n. 77, che ha convertito con modificazioni il d.l. 19 maggio 2020 (c.d. “Decreto Rilancio”), è stata apportata un’ulteriore modifica all’art. 88-*bis* per conformarlo al contenuto della Raccomandazione in parola.

La disposizione interna cozzava, infatti, non solo con la raccomandazione, ma per quel che concerne i trasporti marittimi con le previsioni sovranazionali del Reg.n. 1177/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, secondo cui, ove il trasporto venga cancellato dal vettore, il passeggero ha diritto ad ottenere la restituzione del prezzo pagato e può rifiutare ogni offerta sostitutiva che gli venga proposta.

La nuova versione della norma stabilisce ora in 18 mesi la durata dei *vouchers*⁷⁷ e prevede al comma 11 che *“per tutti i rapporti inerenti ai contratti instaurati con effetto dall’11 marzo 2020 al 30 settembre 2020, in caso di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020, anche per le prestazioni da rendere all’estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall’estero, quando le prestazioni non sono rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un voucher di pari importo emesso entro quattordici giorni dalla data di esercizio del recesso e valido per diciotto mesi dall’emissione”*.

In forza del comma 12, *“l’emissione dei voucher a seguito di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020 non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario”*. Pertanto, la regola dell’“imposizione” unilaterale del *voucher* viene limitata soltanto al caso di recesso (da parte del viaggiatore o del *tour operator* o del vettore) esercitato entro la predetta data. Qualora, invece, il recesso sia esercitato alle condizioni dell’art. 88-*bis* ma posteriormente ad essa, il *voucher* rimane proponibile, ma sconta la necessità dell’accettazione del viaggiatore.

Il buono può, inoltre, essere ora utilizzato anche per la fruizione di servizi successiva al termine di validità, purché le

⁷⁷ Tale maggior durata si applica in automatico anche ai *voucher* emessi già prima della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della l. n. 77 del 2020.

relative prenotazioni siano state effettuate entro tale termine, il che vuol dire che entro i diciotto mesi è sufficiente il servizio sia prenotato, quand'anche debba essere reso successivamente⁷⁸.

Nel testo dell'articolo è stato inserito il comma 12-*bis*, che prevede una fattispecie di rimborso per mancato utilizzo del *voucher*. Invero, decorsi diciotto mesi dall'emissione, per i *voucher* non usufruiti né impiegati nella prenotazione dei servizi di cui al presente articolo è corrisposto, entro quattordici giorni dalla scadenza, il rimborso dell'importo versato. Limitatamente ai buoni emessi in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, il rimborso può essere richiesto decorsi dodici mesi dall'emissione ed è corrisposto entro quattordici giorni dalla richiesta.

Dunque, se il viaggiatore decide di non usufruire dei *voucher* entro il periodo assegnatogli, gli spetta il rimborso, da liquidare entro 14 giorni dalla scadenza del *voucher* (per i pacchetti turistici) e dalla richiesta rivolta al vettore (per i titoli di trasporto).

Viene diversificato il regime dei pacchetti turistici e dei soggiorni alberghieri da quello dei titoli di trasporto sotto uno specifico aspetto. Per entrambi il periodo di validità dei *voucher* è di diciotto mesi; tuttavia, l'acquirente del pacchetto turistico o del soggiorno alberghiero deve, per chiedere il rimborso, attendere la scadenza dei diciotto mesi di validità del *voucher*, mentre l'acquirente del titolo di trasporto non è tenuto a tale attesa, e può richiedere il rimborso già dal dodicesimo mese in poi.

Il riformulato art. 88-*bis* ha reso i *vouchers* all'evidenza più appetibili. Benché seguiti a non essere necessaria l'approvazione del viaggiatore, la disposizione innalza marcatamente la durata del *voucher*, incrementa il tasso di spendibilità del credito contenuto nel buono e disegna l'opportunità, ove il *voucher* non

⁷⁸ Il comma 12 stabilisce che il *voucher* possa essere emesso e utilizzato anche per servizi resi da un altro operatore appartenente allo stesso gruppo societario. Dunque, il viaggiatore potrà utilizzare il *voucher* per effettuare prenotazioni anche presso soggetti diversi dall'emittente il *voucher*, purché a quest'ultimo legati dall'appartenenza al medesimo gruppo.

venga utilizzato entro la scadenza indicata, di ottenere dal vettore emittente il rimborso dell'importo a suo tempo versato⁷⁹.

Il 29 luglio 2020, il Consiglio dei Ministri ha prorogato fino al 15 ottobre 2020 lo stato di emergenza. Conseguentemente, il Governo ha emanato il d.l. 30 luglio 2020, n. 83 per prorogare dal 31 luglio al 15 ottobre 2020 alcune disposizioni normative introdotte con la precedente decretazione d'urgenza ed elencate nell'allegato 1 del decreto medesimo. È significativo non risultino prorogate le disposizioni sui rimborsi tramite *voucher* di cui all'art. 88-*bis* "Decreto Cura Italia". La norma continua a spiegare i suoi effetti, dunque, sulle cancellazioni effettuate entro il 30 settembre.

Non si distingue a seconda che il soggetto erogatore del servizio sia privato o pubblico. Deve quindi ritenersi che le regole trovino indifferentemente applicazione nell'uno come nell'altro caso.

Due sono le principali osservazioni che possono farsi in relazione alla disciplina riassunta. In primo luogo, con ogni evidenza, a dispetto della risoluzione "proclamata", il legislatore ha inteso dettare per i contratti di trasporto una disciplina di carattere non eliminatorio, ma sostitutivo. Nonostante il riferimento espresso alla disciplina codicistica della risoluzione per sopravvenuta impossibilità totale e definitiva della prestazione oggetto del contratto, il regime è sensibilmente diverso da quello contemplato all'interno dell'art. 1463 c.c.⁸⁰. L'emissione del *voucher* si inserisce in una logica manutentiva, che consente alla relazione giuridica di non esaurirsi ma di rimanere in vita pienamente efficace, sia pure posticipando la sua programmata realizzazione in un tempo in cui saranno

⁷⁹ È stato istituito un fondo finalizzato ad assicurare l'indennizzo dei consumatori titolari di *voucher*, non utilizzati alla scadenza di validità, e non rimborsati a causa della insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore.

⁸⁰ Tale disposizione prevede che, nei contratti corrispettivi, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una parte, estinguendo l'obbligazione di quest'ultima, libera l'altra parte dall'obbligo di eseguire la controprestazione, che se già eseguita deve essere restituita. Al contrario, all'art. 88-*bis* è prevista la facoltà di scelta, in capo al professionista, di eseguire una prestazione alternativa e sostitutiva rispetto alla restituzione della prestazione già effettuata o è esclusa del tutto la possibilità per l'acquirente di ottenere la restituzione della prestazione.

cessati gli eventi che hanno causato l'impossibilità della prestazione.

Il Legislatore ha scelto la via del congelamento dei contratti in essere. Lo ha fatto onerando il creditore della presentazione di una tempestiva “istanza di rimborso”, a seguito della quale il debitore è facoltizzato a provvedere alla “*emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione*”⁸¹, se non ritiene di procedere (ipotesi remota) alla restituzione del denaro. Con l’istanza, che è chiamato a proporre in un torno ristretto di trenta giorni, il creditore-viaggiatore viene iscritto nella peculiare categoria dell’“aderente-coatto”, venendo di fatto gravato da un obbligo di rinegoziazione⁸². Il sacrificio imposto a chi ha acquistato il servizio si giustifica in base al dovere di solidarietà economica e sociale consacrato dall’art. 2 Cost.⁸³.

Non sono esplicitate le conseguenze dell’inutile decorso del termine mensile. Tuttavia, resta plausibile stigmatizzare l’inerzia con la decadenza, riconoscendo al termine una connotazione perentoria, che fa salvo il disposto di cui all’art. 2966, comma 2, c.c, Ciò sembra corollario immanente dell’omesso adempimento di quello che viene declinato alla stregua di onere di comunicazione. Il precetto, d’altronde, conserva un senso nella misura in cui assicura la certezza agli

⁸¹ La denominazione *voucher* si richiama con ogni evidenza al lemma contemplato dalla Dir UE 2016/1065 del Consiglio, del 27 giugno 2016, alla quale si è data attuazione con il d.lgs. 29 novembre 2018. È *voucher* lo strumento che contiene l'obbligo di essere accettato come corrispettivo o parziale corrispettivo a fronte di una cessione di beni o di una prestazione di servizi e che indica, sullo strumento medesimo o nella relativa documentazione, i beni o i servizi da cedere o prestare o le identità dei potenziali cedenti o prestatori, ivi incluse le condizioni generali di utilizzo ad esso relative. In tema v. A. FREDIANI-G. SBARAGLIA, *Il recepimento della Direttiva UE sul nuovo regime iva dei voucher*, in *Il fisco*, 2019, 349 ss..

⁸² Ai sensi del comma secondo dell'art. 88 *bis*, il viaggiatore deve indirizzare l’istanza entro trenta giorni, decorrenti per le ipotesi *sub a)* e *c)*, dalla cessazione della quarantena, permanenza domiciliare o ricovero; per le ipotesi *sub b)* e *d)*, dalla cessazione dell'efficacia delle misure di contenimento previste dai d.p.c.m.; per le ipotesi *sub e)* dall'annullamento, sospensione o rinvio degli eventi in ragione dei quali era stato programmato il viaggio o il soggiorno; e, infine, per l'ipotesi *sub f)* dalla data prevista per la partenza.

⁸³ Sul tema della solidarietà in rapporto alla pandemia v. G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 9 s.

operatori economici in ordine all'entità dei rimborsi da evadere, neutralizzando il rischio di passività successive e inattese⁸⁴.

La disposizione sul rimborso anche a mezzo *voucher* fa onnicomprensivo riferimento al "corrispettivo versato", con una locuzione tanto dilatata da abbracciare anche i casi in cui sia stato corrisposto unicamente un acconto a titolo di caparra confirmatoria o penitenziale.

Qualora il biglietto non sia stato acquistato direttamente da colui che è indicato nel titolo di viaggio o nella prenotazione, ma da un intermediario l'archetipo sembra essere quello del contratto a favore di terzo, nel cui quadro il beneficiario ha diritto a pretendere la prestazione dovuta dal promittente, mentre lo stipulante può invocare la restituzione del corrispettivo pagato attraverso l'emissione del *voucher*⁸⁵.

La previsione normativa non specifica le modalità formali dell'istanza, che pertanto è scevra da sfaccettature solenni; purché risponda all'obiettivo, essa non abbisogna neppure di sottoscrizione.

Il *ticket* di accesso al servizio marittimo integra un documento di legittimazione *ex art.* 2002 c.c., ossia un documento atto ad individuare l'avente diritto alla prestazione e quindi idoneo, per un verso, a liberare il debitore che la esegue, per altro verso, a legittimare il possessore a richiederla. Ciò comporta che, qualora sia impossibile allegarne l'originale – perché distrutto, deteriorato, smarrito – non è escluso che possa ricorrersi a mezzi alternativi all'allegazione, che provino l'avvenuto acquisto del diritto ad usufruire della prestazione di trasporto⁸⁶.

⁸⁴ In tal guisa, le conseguenze pregiudizievoli scaturenti dai provvedimenti governativi di contenimento dei contagi sono ripartite fra ambedue le parti, posto che il viaggiatore ha l'onere di attivarsi tempestivamente al fine di ottenere l'integrale rimborso di quanto corrisposto, ma qualora ciò non avvenga, è lui a scontare l'impatto della sopravvenienza, mentre il debitore incamera il corrispettivo a titolo di indennizzo per l'attività preparatoria, poi rivelatasi inutile, della prestazione.

⁸⁵ Lo schema muta solo qualora il contratto sia stipulato da un soggetto quale mandatario con rappresentanza dell'utente finale. In tal caso il primo è parte formale, mentre quest'ultimo è parte sostanziale del contratto alla quale il pagamento è direttamente imputabile.

⁸⁶ Il contraente è tenuto ad allegare la documentazione comprovante l'esistenza del contratto e, nelle ipotesi *sub e)*, la programmata partecipazione ad una delle manifestazioni, iniziative o eventi che, a causa delle disposizioni adottate dalle

Il secondo aspetto è strettamente collegato al primo e manifesta il *favor* del legislatore nei confronti dell'imprenditore dei trasporti piuttosto che dell'utente, rimanendo rimessa al primo la scelta tra la restituzione della prestazione effettuata dall'acquirente e la dazione di un bene sostitutivo. La norma è eccezionale e di applicazione circoscritta ad un determinato periodo di tempo necessario a fronteggiare l'emergenza sanitaria e a salvaguardare gli operatori di un comparto particolarmente colpito dai blocchi della pandemia. L'inevitabile, prolungata sospensione delle attività rende assai difficoltoso reperire le risorse finanziarie per ottemperare ad una tempesta di obblighi di rimborso monetario. Proprio per ciò, la disposizione concede, mediante lo strumento del *voucher*, una dilazione temporale all'armatore nell'esecuzione delle prestazioni contemplate dal contratto. L'angolatura è quella del temperamento tra l'opportunità di proteggere quanti abbia dovuto rinunciare al viaggio e l'esigenza di salvaguardare la tenuta finanziaria di un settore vitale per l'economia di un Paese bagnato da sei mari⁸⁷.

La deroga al regime ordinario garantisce a suo grado anche il creditore delle prestazioni, che altrimenti sarebbe esposto all'insolvenza degli imprenditori commerciali medio-piccoli e avrebbe come unica *chance* di tutela una domanda di insinuazione al passivo nel futuro fallimento dell'imprenditore.

Le previsioni dell'art. 88-*bis* vanno coordinate, sul piano interpretativo, con la normativa europea in materia, di trasporti marittimi, attraverso opzioni ermeneutiche allineate alle previsioni del Reg. UE n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, relativo ai diritti dei

autorità competenti in ragione dell'emergenza sanitaria, non abbiano più avuto luogo secondo quanto originariamente previsto dagli organizzatori.

⁸⁷ Sia pure con riferimento al settore complessivo dei trasporti viene in apice un dato eclatante: le richieste di rimborso presentate dai viaggiatori a causa delle cancellazioni superano di gran lunga il livello delle nuove prenotazioni tanto che, secondo le stime preliminari della *European Travel Agents'and Tour Operators'Association* (ECTAA), la pandemia da Covid-19 potrebbe causare una perdita di 30 miliardi di euro (meno 60%) nel primo trimestre del 2020 e di 46 miliardi di euro (meno 90%) nel secondo trimestre rispetto al fatturato atteso in base agli anni precedenti, così la Raccomandazione della Commissione UE 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*", C(2020) 3125 def.

passaggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne⁸⁸. In relazione agli aspetti dei contratti di viaggio ivi espressamente disciplinati, è infatti precluso ai singoli Stati membri di mantenere o adottare nei propri ordinamenti interni disposizioni divergenti rispetto a quelle del testo comunitario.

5.5. La regola specifica sull'impossibilità per il debitore-vettore di eseguire la prestazione.

L'impossibilità di eseguire la prestazione di trasporto marittimo sussiste qualora questa sia oggetto di attività professionale vietata o sospesa dalle autorità pubbliche a causa della pandemia.

È il comma quarto dell'art. 88-*bis* a regolare l'ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione risulti in tutto o in parte impedita in ragione di provvedimenti di contrasto dell'emergenza sanitaria. Non rileva un semplice impedimento incolpevole riguardante la sfera soggettiva del creditore a ricevere la prestazione, ma una vera e propria causa sopravvenuta di impossibilità di essa.

In tal caso, il vettore può recedere dal contratto cancellando il servizio originariamente programmato, dandone tempestiva comunicazione all'acquirente.

L'utente non deve in detta ipotesi eseguire comunicazione alcuna, mentre in capo al vettore sorge l'obbligo di rimborsare al passeggero il corrispettivo versato per l'acquisto del titolo di viaggio ovvero di emettere a suo favore un buono di importo pari alla cifra dovuta, utilizzabile anche stavolta entro diciotto mesi dall'emissione.

La lettera della norma parrebbe lasciare alla discrezionalità del debitore della prestazione la scelta fra rimborso e *voucher*. In realtà, il precetto va interpretato alla luce dei regolamenti

⁸⁸ Il nuovo Reg. modifica il Reg. CE n. 2006/2004. In tema v. S. ZUNARDELLI, *Il regolamento (UE) n. 1177/2010 sui diritti dei passeggeri che viaggiano per mare: obblighi di vettori e di operatori dei terminali e problemi applicativi*, in *Dir. mar.*, 2012, 779 ss.; M. BRIGNARDELLO, *I diritti dei passeggeri marittimi in caso di cancellazione o di ritardo della partenza della nave*, in *Riv. dir. nav.*, 2014, 573 ss.

eurounitari in punto di tutela dei diritti dei passeggeri secondo i quali spetta a questi ultimi la scelta⁸⁹.

Peraltro, a prescindere dalla causa del disservizio, i regolamenti anzidetti riconoscono comunque ai passeggeri il diritto di ottenere un servizio di trasporto sostitutivo ovvero di proseguire il viaggio a condizioni di trasporto simili⁹⁰. L'opzione conservativa del contratto è prerogativa esclusiva del passeggero, in favore del quale, ove il preavviso non sia stato adeguato, il vettore è, altresì, tenuto a fornire tutta una serie di misure di assistenza, che l'eccezionalità dell'evento non limita⁹¹.

5.6. Il coordinamento fra l'art. 88-bis "Decreto Cura Italia", la disciplina codicistica e le "norme emergenziali".

L'art. 88-bis "Decreto Cura Italia" richiama l'art. 1463 c.c. "ai sensi e per gli effetti", ancorché non sia armonizzato ai primi, tanto meno produca i secondi. Nel suo impianto reale l'impossibilità sopravvenuta "codicistica" implicherebbe: la liberazione della parte tenuta alla prestazione; l'impedimento a pretendere la controprestazione o l'obbligo di restituire quella già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito. Per contro, la norma d'emergenza non scioglie il vincolo, ma lo riplasma, stabilendo – come s'è veduto ai paragrafi che precedono – un semplice rimborso, eventualmente a mezzo *voucher*.

Su questa premessa, l'art. 88-bis integra una disposizione speciale che prevale, discostandosene, sull'art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6 del 2020 (su cui v. §. 4.)

Le misure di contenimento, emesse nella cornice del "Decreto cura-Italia" e dei d.p.c.m., che incidono sui trasporti marittimi non sono, pertanto, semplicemente suscettibili d'essere doverosamente valutate da parte del giudice ai fini dell'eventuale esclusione della responsabilità del debitore, bensì

⁸⁹ Comunicazione della Commissione UE del 18 marzo 2020 cit., 1830 def., in particolare il par. 2.2.

⁹⁰ Cfr. art. 8 Reg. CE n. 261/2004; art. 16 Reg. CE n. 1371/2007; art. 18 Reg. UE n. 1177/2010 (che non trova applicazione alle navi da crociera ex art. 2, par. 1, lett. c); art. 19 Reg. n. 181/2011.

⁹¹ Cfr. art. art. 9 Reg. CE n. 261/2004; art. 18 Reg. n. 1371/2007; art. 17 Reg. UE n. 1177/2010.

tali da determinare, senz'altro, la sopravvenuta impossibilità non imputabile della prestazione.

Proprio la connotazione speciale della disciplina e l'assenza di addentellati di segno diverso postula che la stessa non sia da intendere come soltanto aggiuntiva rispetto a quella ordinariamente invocabile in base alle previsioni codicistiche. Essa appare, piuttosto, integralmente surrogatoria di quella, con la conseguenza che, in mancanza di accesso tempestivo alla richiesta di rimborso da parte dell'avente diritto, l'acquirente della prestazione divenuta impossibile perde, oltre che il diritto alla prestazione sostitutiva, anche quello alla restituzione del corrispettivo a suo tempo versato.

A supporto di quest'opzione ricostruttiva milita anche la *ratio* della norma, perspicuamente ispirata a un'impellenza di ausilio alle attività economiche pregiudicate dall'emergenza. Non è un caso che la modalità rimediale di tipo alternativo (rimborso del corrispettivo, ovvero emissione di un buono), sia rimessa direttamente all'operatore economico.

5.7. La nullità delle clausole in deroga agli artt. 1463 e 1464 c.p.c.

Le disposizioni di cui agli artt. 1463 e 1464 non hanno natura cogente, di talché le parti sono facoltizzate a disciplinare un'allocazione dei rischi (e delle perdite connesse) in maniera differente rispetto al criterio legale acclusovi. In particolare, possono contrattualmente concepire clausole in deroga all'art. 1464 c.c., che escludano cioè il rimedio della risoluzione per impossibilità parziale, *sub specie* di impossibilità temporanea.

Dette pattuizioni – spendibili, infatti, pure al di fuori del novero dei contratti aleatori – cagionano un'inversione del rischio, in quanto, nonostante il sopravvenire dell'inattuabilità della prestazione, l'altra parte resta comunque vincolata a eseguire la propria e non può recedere.

Con riferimento all'art. 88-*bis* “Decreto Cura Italia” le clausole in parola non sembra rappresentino, tuttavia, un sentiero praticabile. La norma fa perno sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione rispondendo ad una *ratio* emergenziale che spalanca un ombrello a protezione di interessi di ordine pubblico e perciò inderogabili. I patti che

interferiscano col palinsesto di tali interessi pubblicistici non dovrebbero considerarsi validi.

Il Decreto in discorso, d'altronde, assume una premessa icastica, nella misura in cui s'incarica di affrontare "*la straordinaria necessità e urgenza di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica Covid-19 sta producendo sul tessuto socio-economico*", delineando misure che vanno a potenziare il Servizio Sanitario Nazionale, la protezione civile e la sicurezza ed a fornire sostegno alle famiglie, alle imprese e al mondo del lavoro pubblico e privato. Si tratta di finalità che assorbono valori di rango costituzionale e che vanno tutelati anche a dispetto del regolamento convenzionale che le parti aspirino a darsi.

A tale profilo si somma l'"etichetta" esplicita impressa all'art. 88-bis dal legislatore di "norma di applicazione necessaria". Dalla stessa discende che eventuali patti contenuti nei contratti in corso, che escludano il rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, riversando su uno dei contraenti tutte le conseguenze negative della perdita definitiva della controprestazione o della minor utilità ricavabile dalla stessa, a causa della sospensione del contratto per il carattere temporaneo della impossibilità, dovrebbero considerarsi *tamquam non essent*.

Un ultimo aspetto: con specifico riferimento ai contratti rientranti nell'ambito di operatività del c.d. "codice del consumo" (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), le clausole che escludano o rendano più gravoso, per il consumatore, l'esercizio dei rimedi previsti dagli artt. 1463 e 1464 c.c. sono da considerarsi nulle, rientrando nella lista "nera" di quelle che, ai sensi dell'art. 33, si presumono vessatorie. In particolare, troverebbero certa applicazione le previsioni di cui alle lettere b) e r) dell'articolo in esame⁹². Con la precisazione che la previsione contemplata dalla lettera b) è sanzionata da nullità anche laddove il professionista fornisca la prova che il contratto

⁹² Invero, si presumono vessatorie - rispettivamente - le clausole che hanno per oggetto, o per 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" e di "limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento da parte del consumatore".

cui la clausola accede è stato oggetto di trattativa privata, giusto il disposto del successivo art. 36.

6. Il principio di conservazione del contratto.

I contratti marittimi anziché ancorarsi al viaggio *una tantum*, possono inserirsi in una logica relazionale, in cui il trasporto sia garantito a cadenze fisse e prestabilite al consumatore o all'imprenditore, dietro un prezzo agganciato alla somma delle prestazioni promesse.

La modificazione del rapporto contrattuale "durevole", per adattarlo alle sopravvenienze, è disciplinata dal diritto italiano solo con riguardo ad alcuni contratti tipici⁹³. Per quanto riguarda la disciplina del contratto in generale, è invece ampiamente controverso se si possano configurare analoghi rimedi per preservare l'equilibrio contrattuale⁹⁴; sono inoltre discussi i limiti entro i quali possano considerarsi valide apposite clausole contrattuali di rinegoziazione⁹⁵, le quali sono reputate nulle se formulate in termini vaghi e generici⁹⁶.

Si è proposto di configurare un obbligo di rinegoziazione sulla base del principio generale di buona fede⁹⁷, seguendo così le

⁹³ Si tratta soprattutto dell'art. 1664 c.c. nonché dell'art. 132 d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016), in materia di appalto; dell'art. 1623 c.c., in materia di affitto; delle disposizioni che disciplinano il *ius variandi* del prestatore di servizi finanziari, a cominciare dall'art. 118 TUB.

⁹⁴ M. Barcellona, *Appunti a proposito di obblighi di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 467 ss.; E. Gabrielli, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Esi, 2005, 751 ss..

⁹⁵ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Esi, 2000, *passim*; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione: l'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 179 ss.; F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss.

⁹⁶ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 711 ss.; Id., *De Jure Belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 27 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774 ss.

⁹⁷ F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 571 ss. (in nota a Trib. Bari, 14 giugno 2011).

indicazioni di una parte della dottrina tedesca⁹⁸. Com'era inevitabile, questa tesi è stata ribadita con forza a seguito della crisi economico-sociale procurata dall'epidemia di Covid-19⁹⁹.

Indubbiamente, quella di rimeditare, sotto la cappa del virus, la teoria dell'inesigibilità della prestazione a termini del canone di correttezza nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, da suggestione diventa quasi impellenza perché può servire ad escludere che siano pretese prestazioni che potrebbero essere realizzate solo con mezzi non connaturati al contenuto dell'obbligazione¹⁰⁰.

A tal proposito, si è tuttavia manifestato un marcato scetticismo, obiettando che l'ancoraggio a un parametro vago e indefinito come quello della buona fede farebbe aumentare l'incertezza giuridica, vanificando le aspettative contrattuali delle parti contraenti. La resistenza è stata di recente ribadita e rafforzata¹⁰¹.

⁹⁸ D. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in AcP, Bd. 181, 1981, 255 s. Tra i nostri studiosi, peraltro, v. spunti antesignani già in L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 261; Id. *Obbligazioni di risultato ecc. cit.*; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

⁹⁹ F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *I contratti*, 2020, 129 ss.; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7.5.2020.

¹⁰⁰ Tornano stentoree le parole di un Illustre Autore: "diversamente dalla scriminante dello stato di necessità nel campo della responsabilità extracontrattuale, l'inesigibilità può determinarsi in ragione non solo di preminenti interessi non patrimoniali inerenti alla persona del debitore, ma anche di un pericolo imprevedibile di danno grave ai suoi beni, in particolare alla produttività della sua azienda, l'interesse alla sua conservazione è protetto dall'art. 41 Cost.": così L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss., in part. 1090.

¹⁰¹ In "ambito Covid" v. P. GAGGERO, *Diritto e rapporti economici: questioni di metodo e di merito in tempi di crisi economica di origine pandemica*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 5 - Supplemento, 38. In tempi recenti cfr. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova 2018; F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 585 ss.; L. NONNE, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2019, 307 ss. nonché ancora TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplina l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, 843 ss.

Eppure, la buona fede riaffiora con forza pure nel contesto del recente progetto di riforma del Codice Civile italiano, di cui all'art. 1, lettera i), d.d.l. delega n. 1151 del 2019, che ha autorizzato il Governo a “*prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*”¹⁰².

Il Covid parrebbe condurre all'apertura di una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* incapsulata nell'art. 1372 c.c.. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto non si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un temperamento con l'altro principio del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del negozio o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato.

Il problema delle sopravvenienze sperequative del contratto è particolarmente avvertito a livello di contrattazione internazionale, la cui prassi da tempo conosce le clausole di adeguamento c.d. di *hardship*, locuzione che richiama un ventaglio di circostanze che, sopravvenute alla conclusione del contratto, ne alterano l'originario equilibrio e ne rendono difficoltosa l'esecuzione. Per questa eventualità, la *hardship clause* appronta specifici rimedi: per un verso, la sospensione dell'esecuzione del contratto; per altro verso, la rinegoziazione, che sovente s'atteggia a soluzione ottimale. La *ratio* dell'inserimento nel contratto delle clausole in questione è così sensibilmente avvertita, che non s'è mai nemmeno posto il problema della loro validità¹⁰³.

¹⁰² Il testo della proposta di legge con la relazione illustrativa è pubblicato sul sito nel Senato della Repubblica italiana <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>. Per un commento del d.d.l. v. Gamgino, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, 397 ss.

¹⁰³ Alla luce dell'emergenza epidemica da COVID-19, anche l'*International Chamber of Commerce (ICC)* ha aggiornato le proprie clausole di “*Force Majeure and Hardship*”, introdotte per la prima volta nel 2003, al fine di aiutare le parti dei

Peraltro, l'assenza di una disciplina convenzionale del rischio da sopravvenienza, sulla falsariga ora adombrata, non può, né deve essere letta quale tacita allocazione del rischio stesso. Non vi è, in altri termini, spazio per congetturare un consenso ipotetico delle parti al funzionamento anche sofisticato del mercato e delle sue istituzioni; i contraenti, infatti, ignorano i rischi che non possono pronosticare, men che meno controllare a costi accettabili.

L'art. 1467 c.c. è sicuramente un'espressione di inadeguatezza degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze, dal momento che riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio, in quanto da esso avvantaggiata.

Ciononostante, sempre la norma in parola è dimostrativa di come l'ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale. Non è accidentale, infatti, che la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze.

È da dire che la preferenza accordata alla revisione e, dunque, anche alla rinegoziazione quale rimedio ottimale, in grado di realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non si rinviene soltanto nell'art. 1467 c.c.: essa trova conferma generalmente nella disciplina speciale delle fattispecie contrattuali necessariamente o funzionalmente influenzate dal fattore tempo. Il Codice Civile offre svariati esempi sul tema¹⁰⁴.

contratti internazionali a ristabilire in circostanze eccezionali l'equilibrio del sinallagma contrattuale, garantendo soprattutto la certezza nei traffici giuridici (si v. <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>).

¹⁰⁴ È il caso dell'art. 1664, comma primo, c.c., in materia di appalto, che, in caso di variazione del corrispettivo di oltre un decimo a causa di circostanze imprevedibili, ammette la revisione del prezzo originariamente pattuito; è anche il caso dell'art. 1623 c.c. che, in tema di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto. Per una più ampia e dettagliata elencazione si v. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 777 ss.

7. La rinegoziazione del contratto squilibrato.

Nell'affrontare il tema in esame non sembra agevole il ricorso all'abusata nozione di "causa in concreto"¹⁰⁵. Lo svolgimento dell'attività di impresa non è lo scopo diretto dei contratti strumentali al suo esercizio. Il rischio e il lucro costituiscono finalità estranee benché non ignote ad uno dei due contraenti e non entrano, pertanto, nel perimetro causale.

Né, in mancanza di uno scopo comune, rileva la figura della presupposizione. Lo svolgimento redditizio dell'impresa non è un dato implicito nel consenso della controparte, la quale non ha mai inteso concorrere al relativo rischio¹⁰⁶.

Su queste premesse, se i contraenti omettono di fissare pattiziamente le modalità di gestione delle sopravvenienze, il problema attiene alla base legale su cui, se del caso, fondare l'obbligo di rinegoziazione¹⁰⁷.

I contratti sembrano dover essere rigidamente rispettati nella loro formulazione primigenia nella sola misura in cui rimangano inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Per converso, ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su chi si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata in fase esecutiva deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi negoziali paiono valere "*rebus sic stantibus*".

È significativo che l'art. 1374 c.c. tratteggi l'intervento diretto sul contratto squilibrato da parte del giudice, in ossequio ad un

¹⁰⁵ V. tuttavia *sub* §. 3.1. la giurisprudenza nomofilattica recente in tema di impossibilità sopravvenuta.

¹⁰⁶ Il ricorso alla presupposizione, a livello di massime consolidate dalla giurisprudenza comporta l'indagine volta a stabilire se una data situazione di fatto o di diritto, esterna al contratto, sia stata dai contraenti tenuta presente come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del contratto, anche in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali. V. ad esempio Cass. civ., 24 marzo 1998, n. 3083, Cass. civ., 23 settembre 2004, n. 19144, in *Italggiure*.

¹⁰⁷ In tema v. P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e Impr.*, 2005, 2, 539. Il tema è affrontato *funditus* con riferimento al contesto post pandemico da A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in www.giustiziacivile.com, 4 giugno 2020.

principio di eterointegrazione correttiva del contratto secondo equità. Anche attraverso la norma richiamata si è sottointesa nei contratti a lunga durata una clausola di rinegoziazione, "*in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno*"¹⁰⁸. Sarebbe l'equità ad obbligare i contraenti a riscrivere il contratto, rinegoziandolo.

Si è anche evidenziato che il dovere di correttezza contrattuale non è soltanto una clausola generale destinata a regolare le trattative, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto, ma è anche una fonte di integrazione del contratto, in quanto richiamata dall'art. 1374 *sub specie* di legge¹⁰⁹.

L'art. 1467 c.c., dal canto suo, nel dare risalto normativo agli eventi straordinari e imprevedibili che sconvolgono l'economia del contratto e nell'assegnare rilevanza all'apparato economico fra le prestazioni, configura, al netto delle soluzioni che contempla, un principio generale di preservazione dell'equilibrio del contratto, principio che reca in sé un doppio, possibile sviluppo: quello radicale dello scioglimento del negozio; quello speculare della sua riconduzione ad equità attraverso la rinegoziazione.

L'art. 1467 c.c. contiene una norma dispositiva, come tale derogabile, non solo per volontà delle parti, ma a monte da quelle norme imperative di legge nel cui novero si iscrive proprio il precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). La correttezza, con le sue regole, ivi compresa quella sul dovere di rinegoziare un contratto sperequato, non è soppiantata dal rimedio formalizzato nell'art. 1467 c.c., trovando rispetto ad esso un proprio autonomo spazio di prevalenza.

La buona fede rappresenta, dunque, un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un

¹⁰⁸ R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, 3^a ed., Torino, 2004, II, 722 ss. ritiene che i contraenti possano escludere convenzionalmente il descritto obbligo, attraverso una clausola di "*non revisibilità*" dell'accordo.

¹⁰⁹ G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723; A. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 118.

fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale.

Gli artt. 1175 e 1375 c.c. sono espressione del principio solidaristico che innerva il nostro sistema, con riferimento al quale ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significato.

La giurisprudenza si è talvolta occupata del problema relativo alla sussistenza o meno di un obbligo di modificare il contratto, senza tuttavia approdare ad un'impostazione sistematica cristallizzata¹¹⁰. L'esigenza di rinegoziazione è gradualmente affiorata in alcune pronunce della Suprema Corte¹¹¹.

In passato la Cassazione è giunta a ravvisare nella buona fede la regola di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto: essa assicura che detta fase si realizzi in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno *standard* di normalità sociale e, quindi, di ragionevolezza¹¹².

In linea più generale, nel panorama interpretativo nomofilattico, il dovere di correttezza viene considerato alla stregua di limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva

¹¹⁰ Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano 9 gennaio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1999, 67, esclude la possibilità per il giudice di adeguare le prestazioni; Trib. Pescara 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 613, esclude l'obbligo in capo a una banca di ricondurre i mutui alle condizioni originarie; Trib. Roma 6 giugno 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 75, anch'essa in tema di rinegoziazione di mutui bancari; Trib. Bari, ord., 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571, sanziona il "rifiuto di adeguare il contratto" e fa riferimento all'"esecuzione coattiva dell'obbligo di adeguamento"; Trib. Bari, ord., 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 117.

¹¹¹ Cass. civ. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Italggiure*, afferma che la "clausola, inserita nei contratti "per la conduzione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale" e "per la locazione degli stabilimenti termali" conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli "la piena libertà" di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la regola iuris del caso concreto, determinando, integrativamente il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione"; Cass. civ. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Italggiure*, ritiene che il potere di ridurre la penale pattiziamente prevista può essere esercitato d'ufficio, trovando giustificazione nel principio di solidarietà e nell'obbligo di buona fede e correttezza..

¹¹² Cass. civ., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Italggiure*.

(attiva o passiva) contrattualmente attribuita, concorrendo alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso il dovere (inderogabile) di solidarietà costituzionalizzato (art. 2 Cost.). Quest'ultimo, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio¹¹³.

Proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto *ex art. 1375 c.c.* assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute¹¹⁴. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale¹¹⁵.

Il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione¹¹⁶. Impellenza, questa, che non si pone soltanto con riferimento a prestazioni concretamente interdette dalle misure di contenimento, ma anche con riguardo a quelle che si inseriscono nell'ambito di scambi contrassegnati da stagnazioni e rallentamenti gestionali o da aumenti smisurati dei costi di produzione o approvvigionamento di materie e servizi.

¹¹³ Cass. civ., 9 dicembre 2003, n. 18743 e Cass. civ., 15 marzo 2004, n. 5240 in *Italggiure*.

¹¹⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in Iudica- Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 968.

¹¹⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid19: quale ruolo*, cit.

¹¹⁶ Sul tema della rinegoziazione, in generale F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 2002, 774 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss; Id., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

Il venir meno dei flussi di cassa è un contagio diffuso, rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse.

La risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede, che di quel principio è il portato codicistico. La clausola generale di buona fede diviene, in questa prospettiva, garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni contrattuali¹¹⁷. In virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della *bona fides* e degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata, in quanto adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato *ab initio* dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate.

Gli obblighi di cooperazione consentono di appianare "l'apparente antinomia fra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti"¹¹⁸. In buona sostanza, ove le parti non abbiano previsto l'obbligo di rinegoziazione, il male minore non consiste nel soggiogarle all'incidenza di una regola che essi avrebbero respinto se solo avessero saputo, ma piuttosto nell'avviarle verso l'itinerario che, se informate, avrebbero trovato normale e fisiologico.

Si tratta di accantonare le categorie giuridiche cui, con riferimento all'autonomia contrattuale, normalmente si ricorre nell'esame dei contratti di scambio istantaneo (riconducibili al principio *pacta sunt servanda*) e, alla luce della clausola generale della buona fede, assumere un approccio che non trascuri ma valorizzi l'analisi economica del diritto dei contratti,

¹¹⁷ F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica dir.*, 2007, 451 ss..

¹¹⁸ Così già F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 322.

sostituendo, nell'ambito della realtà più complessa di quelli a lungo termine, alla logica egoistica del negozio statico e blindato, quella dinamica della leale collaborazione tesa a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sull'equilibrio del contratto. In questo quadro, il contenuto della buona fede assume un carattere non bloccato, ma mobile, risolvendosi nel concorso delle parti in direzione del raggiungimento delle finalità comuni.

Nei c.d. contratti relazionali¹¹⁹, l'interesse che spinge i contraenti a vincolarsi per un esteso periodo di tempo è quello di guadagnare i vantaggi economici della cooperazione nello svolgimento dell'affare. Proprio la cooperazione è la cifra saliente di detta tipologia negoziale, nell'ambito della quale risulta ostico, alla luce del protrarsi del rapporto e della possibile influenza di una pluralità di circostanze sull'economia del contratto, stabilire pattiziamente una perfetta ubicazione del rischio.

La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale.

Ed allora l'obbligo di rinegoziazione *ex bona fide* non urta, ma, al contrario, rispetta l'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano manifestamente escluso: l'obbligo infatti, assecondando l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti.

Anche l'interpretazione del contratto secondo buona fede a' sensi dell'art. 1366 c.c. può giocare un ruolo rilevante nell'enucleazione di un obbligo di rinegoziazione. Sulla base della norma è possibile ipotizzare la comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto. In altri termini, è d'uopo evincere che le parti, se

¹¹⁹ A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.

ne fossero state a conoscenza, avrebbero comunque trattato sulla base delle condizioni sopravvenute, dal momento che si sarebbe rivelata irrazionale una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà. Ne discende che il rifiuto a rinegoziare della parte, *ex art. 1375 c.c.* si risolve in un comportamento opportunistico che l'ordinamento non può tutelare e tollerare¹²⁰.

È la buona fede, sotto i diversi versanti (esecutivo, interpretativo) in cui viene in rilievo, ad imporre ai contraenti di rendersi disponibili alla modificazione del contratto, allorché la parte interessata a mantenere in essere un rapporto in senso aderente alla concreta realtà del mercato invita l'altra a rinegoziare. E rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute.

Verosimilmente sarà il contraente svantaggiato a domandare alla controparte l'adeguamento del contratto, indicando altresì le modifiche da apportare alle condizioni precedentemente pattuite. L'altro contraente dovrà condurre la rinegoziazione in modo costruttivo. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti, nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione del contratto, sono anche in quest'occasione offerti dalla clausola generale di buona fede (*art. 1175 e 1375 c.c.*), che non è regola sul contenuto ma giustappunto sulla condotta¹²¹.

I parametri di concretizzazione della clausola generale sono inevitabilmente flessibili e si traggono dalle circostanze, dagli usi e dalla natura dell'affare. Quest'ultima, segnatamente, è connessa al risultato che le parti si sono prefissate mediante la stipula del contratto, desumibile dalle singole obbligazioni ivi

¹²⁰ Il dovere di eseguire il contratto secondo buona fede è un'obbligazione attinente al contenuto legale del contratto, con la conseguenza che una esecuzione che violi il dovere di cui all'*art. 1375 c.c.* può comportare di per sé sola la risoluzione del contratto per inadempimento. È perciò contraddittorio degradare l'interpretazione secondo buona fede a criterio meramente sussidiario rispetto all'interpretazione soggettiva.

¹²¹ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *cit.*, 667.

dedotte ma anche dal contesto di mercato in cui il contratto opera.

L'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione, è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivoltagli dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può essergli richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente.

Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto).

Per giurisprudenza costante i canoni della solidarietà contrattuale, fondati sulla buona fede, prescrivono di salvaguardare l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico¹²². La clausola generale di buona fede è una disposizione elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa, il che postula che il giudice sia chiamato a compiere delle scelte e, dinanzi a diverse possibili soluzioni, a decidere per l'opzione a suo parere più congeniale alla fattispecie concreta, purché disponga degli elementi per esprimere una valutazione rigorosa che non sfoci nell'arbitrio.

Il riferimento all'equilibrio originario delle prestazioni rappresenta al riguardo un criterio essenziale. A fronte di una sopravvenienza che alteri l'equilibrio dello scambio, ciò che

¹²² V. *ex multis* Cass. civ. 27 aprile 2011, n. 9404 e Cass. civ. 4 maggio 2009, n. 10182, in *Italgure*. In dottrina, v. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 s., e 212 ss.

ragionevolmente occorre è che il contratto prosegua, ma con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati. Adottare quali rimedi la risoluzione e il risarcimento del danno significherebbe regredire allo stadio che l'obbligo di rinegoziazione vuole evitare: la distruzione del contratto.

Quella descritta è, piuttosto, una soluzione intonata alla rilevanza sociale dell'impresa, cui fa da *pendant* l'interesse generale alla sua sopravvivenza. Si tratta di un principio ben radicato nell'ordinamento, a caratura costituzionale, rinforzato da una marcata espressione nei Trattati e nelle direttive dell'Unione europea.

8. Rilievi conclusivi.

Qualora il sinallagma contrattuale sia stravolto dalla pandemia e la parte avvantaggiata disattenda gli obblighi di protezione nei confronti dell'altra, limitare la tutela di quest'ultima alla risoluzione e al risarcimento del danno significherebbe demolire il rapporto contrattuale, incanalandolo in quell'imbuto esiziale che la clausola di buona fede e la rinegoziazione dovrebbero valere a scongiurare.

Parrebbe anomalo che il contratto cessasse sempre e comunque per effetto del comportamento di una delle parti che, con una scelta di campo incompatibile con la finalità manutentiva del rapporto, ne determinasse giocoforza la cesura.

Il tema attiene, quindi, alla possibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo.

Disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Di equità si parla sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinarne gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto temperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare. È attraverso l'equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non

definiti dalle parti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L'equità non è principio di giustizia morale dacché il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato. Il suo intervento, tuttavia, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand'anche le scelte di queste gli appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato dalle parti.

Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più 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. In questo caso, il magistrato più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente di quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile né dalle parti, né dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformità, senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore.

Qualora si ravvisi in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato, si potrebbe ipotizzare che il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*. Al giudice potrebbe essere ascritto il potere di sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso¹²³, determinando in tal modo la modifica del contratto originario.

¹²³ M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in Draetta - Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, 316; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, 582 s..

L'obbligo di rinegoziare è un obbligo di contrarre le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede; la parte che per inadempimento dell'altra non ottiene il contratto modificativo, cui ha diritto, può chiedere al giudice che lo costituisca con sua sentenza. La rinegoziazione implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano "giuste" avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili, s'incontrano e concludono; qualora una delle due si neghi, è il giudice a decidere.

Ora, la norma dell'art. 2932 c.c. viene solitamente adoperata allorchè l'oggetto del contratto da concludere sia già determinato prima dell'intervento del magistrato, la cui pronuncia si limita a tenere il posto di una volontà già definita nel suo oggetto o di una previsione di legge¹²⁴. Nel caso della rinegoziazione, viceversa, l'intervento in parola assume una doppia valenza: tiene luogo della volontà delle parti; nel contempo ne determina in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente preconstituito.

Con ogni evidenza, la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro casuale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale. Ed è chiaro che questa impostazione presuppone che sia possibile, nel caso di specie, predeterminare l'esito puntuale cui sono finalizzate le trattative. Emerge, quindi, l'urgenza di individuare un parametro cui adeguare il contratto, il che non costituisce operazione semplice.

I contraenti sono tenuti a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato: l'accordo per la prosecuzione del rapporto ovvero per il suo scioglimento, ove ciò risulti ad entrambi più conveniente. Se il criterio maggiormente univoco e solido è la preservazione dell'originario equilibrio contrattuale, plurime sono le modalità

¹²⁴ Ritiene improprio l'utilizzo dell'art. 2932 c.c. per determinare il contenuto di "vaghe clausole di equità, buona fede, proporzionalità, appropriatezza, e simili" A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., 712 e 714 s., il quale circoscrive la possibilità per il giudice di intervenire ex art. 2932 c.c. solo laddove vi siano "criteri concretamente dettati, ancorché bisognosi di ricognizione, applicazione, e al caso qualche sviluppo e integrazione".

di adeguamento del rapporto. Esemplicativamente, se le variare circostanze attengono ai costi indispensabili ad eseguire la prestazione, l'adattamento del contratto può condursi attraverso una rimodulazione delle modalità attuative della prestazione o mediante una revisione al rialzo dei costi con incremento del prezzo finale. Centrale risulta, in ogni caso, la valutazione, da parte del giudice, dell'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si interrompa, potendo residuare da esso spiccati elementi per decidere.

In questa prospettiva, la parte oberata dalla sopravvenienza viene dotata di quel potere d'invocare la riduzione a equità del contratto squilibrato che già le è attribuito in relazione ai contratti gratuiti e che nei contratti onerosi spetta a controparte. Nessun rimedio eccentrico al sistema, dunque, ma la rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto. Il ricorso all'art. 2932 c.c. non assicura che la parte che subisce la sentenza adempia le nuove condizioni da essa stabilite. Eppure, esso consente, per il caso in cui si rifiuti di rispettarle, una commisurazione agevole e più affidabile del danno risarcibile.