

**«RISPETTO DELLE MISURE DI CONTENIMENTO»
DELLA PANDEMIA E DISCIPLINA
DELL’OBBLIGAZIONE**

di ALDO ANGELO DOLMETTA

SOMMARIO. - Premessa: n. 1 – Comma 6 *bis* e impossibilità sopravvenuta della prestazione. Un rapporto non di appartenenza, ma di prossimità: nn. 2, 3 – La disciplina delineata nel comma 6 *bis* come disciplina a «ventaglio aperto»: nn. 4, 5. – Ricostruzione della fattispecie normativa nei termini di clausola generale. Contenuti: nn. 6, 7, 8, 9. – Parametri della valutazione del giudice. Cenno alla solidarietà: n. 10.

1.- Qui di seguito stendo delle prime – rapide e impressionistiche - note sulla norma del comma 6 bis dell’art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, come introdotta dall’art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 («il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi pagamenti»).

Scritta per il periodo di emergenza pandemica che stiamo passando, la norma è destinata a venire utilizzata e invocata soprattutto nel periodo subito successivo, quando, con la desiderata ripresa, si cominceranno a fare i conti e a chiedere, anche in via giudiziale, il saldo del dovuto attuale. Si tratta, dunque, di una norma *comunque* importante (prescindo qui, com’è ovvio, da ogni possibile suo rilievo di ordine dommatico):

perché, in fondo, anch'essa risulta destinata a incidere sui termini della ripresa, quando non a concorrere nel modularli.

Nel contempo, la norma è parte di un decreto legge: è frutto, meglio, del concorso di due decreti legge, il secondo dei quali tuttora in corso di conversione (il primo decreto essendo stato convertito con legge 5 marzo 2020, n. 20). Ora, a mio avviso l'idea che sta alla base della norma è buona; la previsione opportuna e tuttavia migliorabile, nella formulazione del precetto (anche solo per sgravarla da problematiche che mi paiono destinate ad appesantirla inutilmente), quanto pure nella sostanza. Nell'oggi, la cosa non è di per sé stessa impossibile: se ne può ancora discutere. Provarci, in ogni caso, è un tentativo di contribuire al futuro.

2.- Conviene, in proposito, muovere dall'indicazione della dimensione in cui viene a trovarsi la norma in discorso: dall'habitat, cioè, che il legislatore le ha propriamente assegnato. Questo, dunque, risulta affatto estraneo alla prospettiva del contratto. Per collocarsi, invece, nel contesto logico-sistematico della disciplina generale dell'obbligazione.

Il rilievo è utile non solo per segnalare che la norma ha ambito operativo *per sé* non limitato alle obbligazioni da contratto [il testo normativo è netto in questa direzione; le osservazioni, che saranno svolte *infra* (nel n. 9) sembrano effettivamente consentire uno spazio applicativo anche per le obbligazioni *ex lege* e, per sé almeno, pure per quelle da torto, oltre la previsione dell'art. 2058 cod. civ.]. Ma soprattutto perché a tale riscontro segue – in modo in buona sostanza automatico, a me pare (e in ragione del fatto pandemico che è all'origine dell'intervento normativo) – l'emergere di un termine specifico di riferimento e confronto per la norma in esame: quale dato, naturalmente, dalla figura dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (definitiva, temporanea e/o parziale) di cui agli artt. 1256 e 1258 c.c.

Il punto va rimarcato per bene: perché contiene in sé un metodo fecondo, a me pare, per approcciare e ricostruire la normativa in analisi (prima di rifletterne, per quanto serva, gli esiti sul piano del contratto; per qualche spunto v. subito *infra*, nel n. 3).

Il rapporto tra la figura del comma 6 *bis* e quella degli articoli del codice – va dunque osservato in via di sequenza (e pure in via di anticipazione dei risultati) – non è di appartenenza (e specialità), bensì di prossimità (parlano, per contro, di «parificazione» alla situazione dell'«impossibilità sopravvenuta incolpevole» Busani e Lucchini Guastalla, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Sole 24 Ore focus*, 1 aprile 2020, p. 11; verso questa direzione sembrerebbe orientato pure Federico, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione Giustizia*, 9 aprile 2020). Tuttavia, questo rapporto appare comunque «sfruttabile»: nel senso, appunto, che consente l'opportunità di leggere la prima in via di «accostamento e distinzione» dalla seconda. Secondo quanto si passa adesso a vedere.

3.- Non prima, peraltro, di avere segnalato che gli spunti ora fermati non escludono, naturalmente, la sussistenza di rilievi e riflessi sul piano contrattuale, che siano propri della figura in esame. L'esempio più immediato e banale, al riguardo, è dato dal caso in cui venga accolta una richiesta di «esonero da responsabilità per inadempimento», che sia formulata nel contesto di un contratto a prestazioni corrispettive: in una con la risoluzione, il contraente estraneo all'esonero non potrà chiedere il risarcimento che pure la norma dell'art. 1453 c.c. dichiara di assicurargli.

Peraltro, vale pure la reciproca: nell'apprezzare termini e modi dell'eventuale applicazione della disciplina di cui al comma 6 *bis* il giudice non potrà non tenere conto (tra l'altro) delle caratteristiche proprie del contratto da cui l'obbligazione deriva: pure compresa – non è inutile segnalare – la causa concreta del medesimo [per il punto della rilevanza che può venire ad assumere la causa concreta del contratto in una situazione di epidemia (nel caso, di *dengue* emorragico) è da raccomandare la lettura della sentenza di Cass., 24 luglio 2007, n. 16315; anche per raccogliere – e sviluppare (pure) con riferimento alla normativa qui in diretto esame, lungo la traccia che si viene a delineare – il tema che gravita attorno all'ipotesi dell'oggettiva inutilità, per il creditore, di ricevere, per il periodo

in essere, la controprestazione: si pensi al caso, quotidiano nella pandemia attuale, del conduttore di contratto di locazione commerciale rispetto all'obbligazione di consentire il pacifico godimento del bene che grava sul locatore].

4.- Posta a confronto con la considerazione normativa dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, la prescrizione del comma 6 *bis* risulta differenziarsene sia in punto di fattispecie, che in punto di disciplina.

La vigente disciplina dell'impossibilità della prestazione è rigida, secca: al caso di impossibilità «definitiva» segue la «non responsabilità» e la liberazione (nel caso, parziale) del debitore, con profili disposti nel senso di formare una regola unica, non divisibile; al caso di impossibilità temporanea segue la regola del differimento della prestazione (sinché perdura il relativo stato).

Di sicuro, il comma 6 *bis* non presenta una simile rigidità disciplinare. Secondo la lettura di un primo commento, al giudice è «consentita una scelta così articolata: o ritiene che il rispetto delle misure escluda in radice la responsabilità del debitore o valuta che esso, pur non escludendo la responsabilità del debitore, possa incidere sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore» (Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa transitoria di giustificazione?*, in *Giust. civ.*, 3 aprile 2020).

Nei fatti, il testo appare un po' opaco (e, dunque, in sé migliorabile). Comunque, lo stesso può anche essere inteso – come a me pare preferibile - nel senso di fare riferimento al sistema della responsabilità da inadempimento in quanto tale, a mezzo appunto del richiamo delle due norme più «significative» dello stesso. Del resto, ad accogliere l'altra e diversa opinione (quanto meno nella sua versione più radicale; v. *infra*, n. 5), resterebbe fuori dall'arco disciplinare consentito all'intervento del giudice la misura della semplice «sospensione» del tempo di esecuzione della prestazione: laddove la situazione emergenziale creata dalla pandemia in essere si configura tipicamente come una situazione di carattere «temporanea» (ed è pure difficile, nel leggere la norma, sottrarsi alle suggestioni portate dalla figura storica del «termine di grazia»).

Una disciplina «a ventaglio (positivamente) aperto», allora: nel segno informante di affidare al giudice il compito di individuare la struttura disciplinare – qui, di sostanza in ultima analisi rimediabile – più opportuna a seconda della fattispecie concreta.

5.- Una volta entrati in questa prospettiva – si può proseguire – non sarebbe inopportuno che la norma fissasse per esplicito taluni altri punti, pur se non è da escludere *a priori* l'eventualità di guadagnare comunque gli stessi (o almeno parte di essi) in via interpretativa.

Un primo punto riguarda l'enunciazione della possibilità, per il giudice, di individuare anche d'ufficio il rimedio più acconcio alla fattispecie concreta. La norma è nuova e senza rodaggio. Può essere utile aggiungere una professionalità, pure provvista di tensione oggettiva (perché imparziale).

Un secondo punto attiene alla previsione del potere del giudice di fissare – con intervento conformativo sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione – il nuovo momento di scadenza dell'obbligazione (per cui viene richiesta la tutela in discorso). Nei fatti, la possibilità di un simile rimedio potrebbe essere ritenuta implicita nel congiunto richiamo alle norme dell'art. 1218 e 1223 c.c.: ché l'ammissibilità di un intervento che coniughi *pro rata temporis* le due manipolazioni sembra proprio trasparire dal contesto normativo. Appare comunque importante esplicitare, però, che una simile evenienza può toccare non solo le rate (già) scadute, ma pure quelle ancora a scadere (inevitabile il richiamo, in proposito, alla norma generale, e nobilissima, dell'art. 1183 cod. civ.).

Occorre poi riflettere sul fatto che la norma del comma 6 *bis* dissocia il tema della responsabilità da quello della liberazione del debitore. Per il nostro sistema generale, il punto è di forte spessore. Anche per questa ragione, peraltro, potrebbe essere opportuno prevedere che - nel ricorrere delle fattispecie, peraltro assai peculiari (v. nel n. 4), che lo richiedano - il giudice possa andare pure oltre la materia della responsabilità, stabilendo la liberazione del debitore: in proposito pure tenendo conto, va da sé, dell'interesse del creditore a ottenere comunque la prestazione (cfr. la parte finale del comma 2 dell'art. 1256 c.c.,

in thesi forse utilizzabile pure in via analogica). In ipotesi, all'avvenuta liberazione seguirebbe (questo già in via interpretativa) l'applicazione delle regole degli artt. 1463 e 1464 c.c. (per l'applicazione di tali norme a un caso ritenuto non rientrare nella nozione di impossibilità sopravvenuta, ma a questa prossima, si veda la già citata pronuncia di Cass., n. 16315/2007).

6.- In punto di fattispecie, prima di ogni altra cosa si deve osservare che la norma del comma 6 *bis* non altera la nozione di impossibilità sopravvenuta, che sta a presupposto delle regole degli artt. 1256 e 1258 c.c.; su questa nozione la norma nuova non viene a incidere in alcun modo.

Lo fa certo, al di là di ogni possibile dubbio, la già sottolineata differenza di disciplina. Le fattispecie, poste a capo delle due serie disciplinari, si manifestano per certi versi tra loro prossime (in ragione, si ripete, del fatto pandemico che sta alla base dell'odierno intervento normativo); in materia si può al più discutere, nell'eventualità, di applicazioni analogiche. Nulla di più (e nulla di meno).

Ne deriva, tra le altre, una conseguenza di non poco momento.

Le misure legislative e amministrative di contenimento, che seguono alla situazione di pandemia che stiamo vivendo, ben possono integrare – in sé stesse - ipotesi di forza maggiore, come tali rilevanti per le discipline dell'impossibilità sopravvenuta; e lo stesso vale pure per la situazione pandemica in quanto tale (che pur non è stata presa in considerazione dalla norma in questione).

In materia tutto dipende, in buona sostanza, dalle peculiari caratteristiche - per oggetto, causa-tipo, causa concreta, modalità esecutive e altro ancora - della prestazione che volta a volta viene presa in considerazione (per questo non mi sentirei di escludere *a priori* che il caso della situazione pandemica in quanto tale possa avere un proprio spazio operativo anche oltre il periodo temporale in cui l'emergenza non è stata coperta dalle misure di contenimento).

Perciò, la fattispecie contemplata dal comma 6 *bis* e la conseguente disciplina ivi prevista sono destinate a entrare in applicazione per i casi in cui (la situazione pandemica e) le

misure di contenimento non integrano, *ex se*, fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione.

7.- Per l'individuazione in positivo della fattispecie tipo, oggetto dell'intervento legislativo, la norma del comma 6 *bis* rinvia al «rispetto delle misure di contenimento ...». Questo testo pone, per la verità, qualche problema: nei fatti, si tratta di una formula oggettivamente infelice.

E' da chiedersi, in particolare, se a contare in proposito sia il rispetto delle misure di contenimento da parte del debitore, che nel concreto invochi la protezione legislativa, o se, per contro, a contare sia l'oggettivo peso e rilievo delle misure di contenimento adottate rispetto al fatto in sé della (non) esatta esecuzione della prestazione dovuta.

Le prime letture del provvedimento in questione parrebbero inclinare, se ho ben inteso almeno (la formula dubitativa è d'obbligo, trattandosi comunque di opinioni appena abbozzate), verso il primo corno dell'alternativa (cfr. Busani e Lucchini Guastalla, *op. cit.*; v. altresì, seppur in termini che sembrerebbero un poco più sfumati, Benedetti, *op. cit.*).

Una prospettiva di questo genere, tuttavia, non risulta per nulla condivisibile: tanto se si ritenga l'effettivo rispetto delle misure da parte del debitore come presupposto esclusivo dell'applicazione della disciplina del comma 6 *bis*, quanto se lo si ritenga (più credibilmente) presupposto concorrente con altri (che pure, però, occorrerebbe individuare).

In ogni caso, infatti, la disposizione acquisterebbe un sapore premiale per il debitore, che proprio non le si confà. Che la persona del debitore abbia, nel contesto della sua attività (in genere), rispettato le misure di contenimento è circostanza che niente ha a che vedere con l'esecuzione di uno specifico rapporto obbligatorio; che il debitore, poi, abbia in concreto provato a eseguire la prestazione, e non ci sia riuscito, è circostanza che mostra unicamente la sussistenza di uno spreco di energie e di denari. Né l'una, né l'altra circostanza vengono, comunque, a «giovare» in qualche modo al creditore.

8.- Più che il «rispetto» soggettivo delle misure di contenimento, dunque, è l'oggettiva «esistenza» delle stesse a venire nella specie in rilievo: nella misura in cui questa venga a incidere, naturalmente, sui termini di (possibile) esecuzione della prestazione dovuta. Per essere più precisi: a renderla – sotto il profilo del rapporto di causalità – significativamente più difficile.

Quest'ultimo profilo (della significatività, appunto) segue, nel mio giudizio, al concorso di due ordini di rilievi, da leggere in via di reciproca integrazione: la più volte sottolineata prossimità (o vicinanza; fuori dal limite, però, della contiguità adiacente) della figura in discorso con quella dell'impossibilità sopravvenuta; la deducibilità dal sistema di un principio generale di non rilevanza degli «scarti modesti» (parlandosi di esecuzione della prestazione, il pensiero non può non correre subito alla «non scarsità» dell'inadempimento di cui alla norma dell'art. 1455 cod. civ.).

Dal contesto del comma 6 *bis* esce, in definitiva, una sorte di clausola generale: quindi, come si dice, una fattispecie propriamente elastica.

Ciò che, peraltro, mi pare vada a legarsi in modo coerente con la sopra segnalata elasticità del rimedio disciplinare, che viene consegnato al giudice. Appunto per modulare, in relazione ai tratti del concreto (sul punto si tornerà in chiusura di discorso, n. 10), il tipo e la misura del rimedio, volta a volta da adottare, rispetto alle peculiarità della sopravvenuta difficoltà di esecuzione della prestazione, presenti nella singola fattispecie (sul rapporto, davvero fisiologico, tra fattispecie costruita per clausola generale e flessibilità della disciplina, che vi si riconnette, mi permetto di rinviare al mio *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I).

9.- Così ritagliata la fattispecie rilevante, non mi pare si pongano problemi per ritenere - quale possibile termine di riferimento della protezione accordata dalla norma del comma 6 *bis* - tutte le obbligazioni, quale che sia lo specifico del loro oggetto.

Detto in altri termini, la previsione appare applicabile tanto al caso di significativa difficoltà nell'esecuzione della prestazione,

quanto a quello delle difficoltà inerenti all'apprestamento dei mezzi occorrenti per l'esecuzione. Del resto, la dissociazione programmata dal comma 6 *bis* tra la linea della (non) responsabilità e la linea della liberazione apre senz'altro la via alla ricomprensione, nel contesto della protezione in questione, anche delle obbligazioni di cose di genere. Senza contare che il testo normativo afferma esplicitamente che la valutazione relativa alla significativa difficoltà della prestazione va «sempre» effettuata.

Proprio quest'ultima espressione (*i.e.*: il «sempre» di cui alla lettera della legge), viene, d'altra parte, a sollevare un profilo problematico non privo di spine: se l'anteriorità del titolo dell'obbligazione rispetto all'emanazione delle misure di contenimento sia davvero condizione imprescindibile per l'attivazione della relativa disciplina o se, per contro, sia sufficiente che nel periodo delle misure ricada il tempo di esecuzione della prestazione.

A me pare che la risposta a un simile quesito debba essere recisamente negativa per il caso delle obbligazioni *ex contractu*. Stanti le coordinate di base del sistema attuale (come pure frutto di una impostazione concettuale che ha origini plurisecolari), la vicenda materiale, che è sottesa al quesito in discorso, si orienta senz'altro verso la prospettiva dei vizi della volontà, ivi pure tendendo a esaurirsi.

Più delicato e incerto il punto può apparire – stante il tenore della norma - per le obbligazioni involontarie. La soluzione positiva, tuttavia, comporterebbe una duplicazione di lettura del comma 6 *bis* (inteso allora a dare vita, con una sola espressione normativa, a due prospettive tra loro del tutto diverse) davvero poco giustificabile, oltre che poco comprensibile. Per questo tipo di obbligazioni, insomma, occorrerebbe una norma *ad hoc* e di taglio ben più dettagliato.

10.- Ancora una notazione; non ultima, però, per importanza.

Il tema riguarda la valutazione del giudice circa l'eventuale applicazione della protezione di cui al comma 6 *bis*, nonché la conseguente delineazione della struttura rimediale nel concreto adatta. E si fissa sull'individuazione dei parametri di cui il giudice deve tenere conto.

In particolare, se oltre ai dati della fattispecie concreta e al rapporto di coerenza tra struttura e funzione (in punto di scelta del rimedio, va da sé), egli debba tenere conto (anche) del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., come poi anche rifluito nel canone della buona fede oggettiva.

La norma del comma 6 *bis* non dice nulla al riguardo. E meglio farebbe, invece, a riprendere in modo espresso il detto principio.

Vero è, in ogni caso, che i «valori costituzionali soccorrono sempre» (come nota anche Federico, *op. cit.*).

Sono ben note, però, le resistenze e difficoltà che, a tutti i livelli, il diritto vivente continua a mostrare nei confronti dell'applicazione nei rapporti tra privati dei principi costituzionali. D'altro canto, in relazione alla emergenza pandemica che stiamo vivendo, c'è bisogno non già di una versione *light* della buona fede oggettiva, bensì di una sua lettura intensa, appassionata: come per l'appunto innervata in modo forte dal principio solidaristico.

Rispetto al quale principio, peraltro, sarebbe scuramente errato fermarsi a una lettura posata sul solo debitore, senza dunque tenere conto di quella del creditore (come consiglia, invece, la stessa disciplina codicistica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione) e senza perciò procedere anche una comparazione, in chiave solidaristica, tra i detti due poli. Del resto, la posizione del creditore, pur esterna al testo del comma 6, è stata più volte «sfiorata» dallo svolgimento delle presenti note.

Più ampiamente, anzi, occorre tenere in adeguato conto la complessiva posizione che connota le parti rispetto al titolo che, nel concreto, governa il rapporto (secondo quanto traspare, in fondo, pure dalla disciplina codicistica della risoluzione contrattuale). Né si potrebbe trascurare, più ampiamente ancora, l'eventuale inserimento dell'operazione, che viene in concreto rilievo, nel contesto di uno specifico mercato di riferimento; come pure gli eventuali riflessi che la decisione assunta dal giudice è in grado di spiegare sugli operatori della filiera produttiva o distributiva, che risultino connessi in modo diretto – o strutturale, si potrebbe fors'anche dire - con i soggetti del rapporto obbligatorio specificamente considerato.