

## ***Brevi note in tema di esecuzione dei contratti in periodo di lockdown***

*di MARCO BERGAMASCHI*



### **INDICE:**

1. Il fatto e la decisione assunta dal Tribunale di Brescia.
2. L'impossibilità sopravvenuta ad adempiere.
3. Conclusioni.

## 1. Il fatto e la decisione assunta dal Tribunale di Brescia

Con l'ordinanza che qui si commenta il Tribunale di Brescia, seppur in via sommaria cautelare, ha preso posizione in merito all'esecuzione dei contratti pendenti durante il periodo di vigenza delle misure governative volte a contrastare la diffusione del c.d. "Coronavirus" ("lockdown").

Il fatto sul quale poggia la decisione in oggetto è di semplice comprensione. Fra le parti era in essere un contratto di somministrazione di acqua termale dichiarato risolto dalla somministrante in forza di clausola risolutiva espressa poiché i somministrati non avevano adempiuto al pagamento di alcune fatture. Deducendo l'illegittimità e contrarietà a buona fede della risoluzione contrattuale nonché l'imminenza e irreparabilità del pregiudizio, i somministrati hanno agito ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nei confronti della somministrante chiedendo che si ordinasse a quest'ultima di riprendere la somministrazione nel frattempo interrotta.

In particolare, i ricorrenti hanno escluso l'imputabilità dell'inadempimento posto a fondamento della predetta risoluzione contrattuale affermando che la chiusura forzata delle proprie strutture alberghiere aveva determinato una pesante crisi di liquidità e che, inoltre, non poteva essere utilizzata la controprestazione (ossia, la fornitura di acqua termale) sicché si versava in ipotesi di impossibilità sopravvenuta ad adempiere con conseguente esonero da responsabilità per il mancato pagamento delle fatture rimaste insolute.

Il Tribunale, con motivazioni condivisibili per quanto si dirà *infra*, ha respinto l'istanza cautelare osservando – in estrema sintesi e per quanto qui di interesse – che (i) l'impossibilità oggettiva della prestazione ex art. 1256 cod. civ. può verificarsi per obbligazioni di *facere* o di dare cose infungibili ma non per prestazioni pecuniarie e (ii) l'inutilizzazione della controprestazione quale esimente della responsabilità del debitore non può essere invocata nel caso di specie perché, a tacer d'altro, l'obbligazione di pagamento rimasta inadempita, sebbene scadente in periodo di lockdown, si riferiva ad acqua termale fornita anteriormente e, dunque, regolarmente, utilizzata dai ricorrenti.

Peraltro, chiosa il Tribunale seppur forse con minor convinzione rispetto alle motivazioni sopra illustrate, ai sensi degli artt. 1256 cod. civ. e 91 del c.d. "Decreto Cura Italia" (D.L. 17 marzo 2020, n. 18 convertito in L. 24 aprile 2020, n. 27) i ricorrenti avrebbero dovuto offrire la prova che l'inadempimento è dipeso dalle proprie condizioni finanziarie e che queste, a loro volta, sono dipese dalle generali difficoltà del sistema economico e alberghiero in particolare.

L'ordinanza annotata offre il destro per approfondire la disciplina della impossibilità sopravvenuta ad adempiere e dei rimedi generali offerti dal Legislatore alla luce della pandemia di Coronavirus ("Covid-19") che ha colpito la popolazione italiana e dei conseguenti interventi normativi "emergenziali".

## 2. L'impossibilità sopravvenuta ad adempiere

A seguito dell'emergenza epidemiologica, il Legislatore si è limitato a disciplinare gli effetti che l'emergenza stessa ha generato per i soli contratti (i) di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne e terrestre (art. 28 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9) e (ii) di soggiorno e i contratti per l'acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi di cultura (art. 88 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18) dichiarati risolti di diritto con conseguente obbligo di rimborso ai clienti di quanto già eventualmente pagato.

Occorre, per il resto, rifarsi alla disciplina generale del Codice Civile richiamata, non a caso, dall'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 che ha introdotto il comma 6-*bis* all'art. 3

del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 secondo cui "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 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardi o omessi adempimenti". La norma in esame ha una funzione squisitamente "segnaletica", ricordando cioè all'interprete della potenziale applicabilità della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta nelle fattispecie che verranno portate alla cognizione dell'Autorità Giudiziaria<sup>1</sup>.

La regola generale dettata dal richiamato art. 1218 cod. civ. prevede, come noto, che "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"; il debitore dunque va esente da responsabilità se prova che (i) la prestazione dovuta è divenuta oggettivamente impossibile e (ii) tale impossibilità dipende da una causa "esterna" alla volontà del debitore stesso.

La "causa impeditiva dell'adempimento" consiste in un evento di carattere straordinario, imprevedibile e inevitabile, che può essere classificato, di volta in volta, come (a) caso fortuito (i.e. la fatalità, come un terremoto o una frana), (b) forza maggiore (i.e. la forza della natura, come nel caso del vento che ribalta un natante, o il fatto del terzo) o (c) *factum principis* (i.e. un provvedimento della Pubblica Autorità, come i DPCM che, susseguendosi nel tempo, fra marzo e maggio hanno imposto il lockdown in Italia).

L'art. 1256 comma 1 cod. civ., che idealmente accompagna il predetto art. 1218 cod. civ., stabilisce gli effetti del verificarsi dell'impossibilità ad adempiere determinata da causa non imputabile, ovverossia l'estinzione dell'obbligazione nonché, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1463 e 1458 cod. civ., la risoluzione *de iure* del contratto. La giurisprudenza ha precisato che entrambe le parti contraenti sono legittimate a far valere la risoluzione del contratto ex art. 1463 cod. civ.: il debitore, prestatore della prestazione divenuta impossibile per il verificarsi di una "causa esterna"; e il creditore della prestazione altrui, impossibilitato a utilizzarla<sup>2</sup>.

Se l'impossibilità ad adempiere fosse solo temporanea (perché altrettanto temporanea è la causa da cui essa trae origine, come in effetti potrebbe essere nella fattispecie portata all'esame del Tribunale di Brescia)<sup>3</sup>, l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal

<sup>1</sup> Cfr. DOLMETTA, <<Rispetto delle misure di contenimento della pandemia>> e disciplina dell'obbligazione, in *IL Caso.it*. Si vedano, inoltre, BERGAMASCHI, *L'esecuzione dei contratti ai tempi del Coronavirus*, in *Quot. Giur.*, 21 aprile 2020; LEO-POL, *L'inadempimento contrattuale ai tempi del Coronavirus: una riflessione sistematica*, in *Quot. Giur.*, 12 giugno 2020; GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Gius. Civ.*, 7 maggio 2020; ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giust. Civ.*, 21 aprile 2020; AA.VV., *Incidenza del Coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, in *Giust. Civ.*, 16 aprile 2020.

<sup>2</sup> Cfr. in ambito locatizio, fra le varie, Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811; nell'ambito della vendita di pacchetto turistico, Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958; PAROLA, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, in *Obbl. Contr.*, 2009, 29 e, recentemente, Cass. 10 luglio 2018, n. 18047 e anche Cass. 24 luglio 2007, n. 16315. Con riguardo al residuale tema dell'onere della prova, esso è a carico della parte che invochi l'impossibilità sopravvenuta quale esimente del proprio inadempimento (cfr. Cass. 12 maggio 2005, n. 9795; Trib. Genova, 18 ottobre 2005).

<sup>3</sup> Se l'impossibilità, invece, fosse solo parziale, l'art. 1464 cod. civ. prevede un riequilibrio sinallagmatico in ragione del quale la parte non colpita da impossibilità ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione dovuta, salvo il recesso dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale. Se, infine, l'impossibilità fosse sia parziale che temporanea, le parti restano vincolate alle obbligazioni ancora eseguibili, mentre quelle temporaneamente impossibili restano sospese e quiescenti (cfr. Trib. Taranto, 14 giugno 2019).

contratto si intende "sospeso"<sup>4</sup>. In particolare, il debitore non è tenuto all'adempimento finché perduri la causa impeditiva dell'esecuzione della prestazione, e potrà adempiervi in seguito, ossia cessata la causa predetta. La sospensione non è *sine die*: (i) il creditore, fruitore della prestazione altrui, potrebbe ad un certo punto non avere più interesse a ricevere la prestazione stessa oppure, (ii) il debitore, prestatore della prestazione, in relazione al contratto o alla natura della stessa, potrebbe non essere più ritenuto obbligato a darvi seguito.

Ora, se ciò è vero in via generale, occorre poi declinare il principio in relazione alle tipologie di obbligazione. Perché, come correttamente osservato anche dal Tribunale di Brescia, l'impossibilità può riguardare certamente le obbligazioni di *facere* (sia di mezzi che di risultato) e di *dare* un bene infungibile, ma non le obbligazioni di dare un bene fungibile. In particolare, le prestazioni pecuniarie non divengono mai oggettivamente impossibili; per restare all'ordinanza in commento, il pagamento di una somma di denaro può essere sempre eseguito perché è possibile, almeno in via teorica, procurarsi la somma necessaria per farvi fronte (anche a prestito, se occorre)<sup>5</sup>.

Nondimeno, quale correttivo della regola ora dedotta, in dottrina si è sviluppato il concetto di "inesigibilità" della prestazione: vi possono essere casi, infatti, in cui, alla luce degli obblighi di correttezza e buona fede *in executivis* (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), non è lecito chiedere la prestazione alla controparte<sup>6</sup>, anche se avente ad oggetto la dazione di una somma di denaro<sup>7</sup>. Non è però questo il caso esaminato dal Tribunale di Brescia, dal momento che la prestazione cui la obbligazione di pagamento si riferiva consisteva nella somministrazione di acqua termale in periodo anteriore al lockdown e (presumibilmente) utilizzata dai ricorrenti.

Veniamo ora ad esaminare gli effetti della impossibilità sopravvenuta ad adempiere nell'ambito del contratto di somministrazione, effetti che si atteggiano in maniera diversa a seconda che ad invocarne l'esimente sia il somministrante o il somministrato.

In primo luogo, il somministrante non potrà essere ritenuto inadempiente se la propria attività è stata sospesa ai sensi del DPCM 11 marzo 2020 e, in ragione di tale sospensione, egli non sia stato in grado di rispettare i termini pattuiti con il somministrato. Alla stessa conclusione si potrebbe pervenire anche qualora il somministrante abbia volontariamente deciso di sospendere la propria attività perché questa, in base ad un'obiettiva valutazione della propria organizzazione aziendale, non potesse essere proseguita con la garanzia del rigoroso rispetto delle misure previste per la salvaguardia dell'integrità della salute dei lavoratori (ad esempio, perché il luogo in cui è esercitata l'attività di somministrazione non consentiva di preservare la distanza interpersonale di almeno un metro fra i dipendenti).

<sup>4</sup> Sulla sospensione degli effetti del contratto derivante da impossibilità temporanea, cfr. Cass. 10 gennaio 1995, n. 1037 e, meno chiaramente anche Cass. 27 settembre 1999, n. 10690.

<sup>5</sup> Cfr. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 475; GALGANO, *Manuale di Diritto Privato*, Padova, 2006, 207.

<sup>6</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, Torino, 1989, III, 193-194; BESSONE, *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro.It.*, 1979, 49-54; CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. Civ.*, 1988, II, 346 e ss.; in giurisprudenza, per un caso di mancato pagamento dei canoni di locazione per timore di bombardamenti durante la Seconda Guerra Mondiale, cfr. Cass. 18 gennaio 1947, n. 44.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. 19 ottobre 2007, n. 21973.

Si potrebbe, inoltre, sostenere che il somministrante vada esente da responsabilità quand'anche l'attività esercitata non rientri fra quelle sospese e, ciò nonostante, costui abbia volontariamente provveduto a sospenderla. Si potrebbe infatti versare in ipotesi di stato di necessità<sup>8</sup>, nel senso che il somministrante ha sospeso la propria attività per evitare di mettere in pericolo se stesso o altri (i propri dipendenti) e, comunque, a tutela di beni di valore supremo e costituzionalmente garantiti come il diritto alla salute.

In secondo luogo, il somministrato è sempre tenuto ad adempiere al pagamento del prezzo, trattandosi di obbligazione avente ad oggetto la consegna di un bene fungibile per eccellenza (il denaro) la cui reperibilità non è stata impedita dal Covid-19 e dalle misure assunte in contrasto alla diffusione del Covid-19 stesso (anzi, i successivi interventi legislativi quali il c.d. "Decreto Liquidità" e il "Decreto Rilancio" sono volti ad immettere liquidità, seppur sotto forma di prestiti, nelle imprese). Ovviamente, qualora il somministrante non fosse in grado di adempiere, neppure può pretendere che il somministrato adempia al pagamento del prezzo: il contratto resterà temporaneamente "sospeso".

Il somministrato potrebbe eccepire l'impossibilità sopravvenuta ad utilizzare la fornitura, come nella fattispecie portata all'attenzione del Tribunale di Brescia se l'obbligazione di pagamento avesse riguardato la somministrazione di acqua termale in periodo di lockdown, in cui le strutture alberghiere erano chiuse per effetto del DPCM 11 marzo 2020. E se l'impossibilità sopravvenuta temporanea mutasse in definitiva (come potrebbe essere, per restare all'esempio citato, qualora la somministrazione avesse ad oggetto beni deteriorabili), il contratto si deve ritenere risolto di diritto ex art. 1463 cod. civ. e le parti contraenti sono liberate dalle rispettive obbligazioni<sup>9</sup> con effetto *ex nunc*.

Il somministrato potrà inoltre legittimamente rifiutarsi di compiere le attività atte a consentire al somministrante di adempiere: il Covid-19 (e quanto ne consegue) potrebbe in effetti essere qualificato come "motivo legittimo" che, ai sensi dell'art. 1206 cod. civ., giustifica il rifiuto, da parte del somministrato, di ricevere la fornitura da parte del somministrante.

Infine, e questo vale per entrambe le parti, non si può escludere l'applicabilità della risoluzione del contratto di somministrazione per difetto di presupposizione, qualora detto contratto facesse implicitamente riferimento ad una certa situazione poi radicalmente mutata per effetto della pandemia e delle misure restrittive adottate dal Governo Italiano.

### 3. Conclusioni

L'ordinanza del Tribunale di Brescia è condivisibile perché coerente con i principi di diritto e le regole sopra enucleate in tema di impossibilità sopravvenuta ad adempiere. In sintesi, tale rimedio appare predicabile da parte del somministrato – ma lo stesso potrebbe dirsi, più in generale, per qualsiasi debitore di una somma di denaro – solo qualora quest'ultimo sia effettivamente impossibilitato ad utilizzare la controprestazione cui la prestazione pecuniaria si riferisce. Diversamente, non vi sono rimedi liberatori utilmente esperibili salvo quello, giustamente appena accennato nel provvedimento in esame, di offrire la prova di una temporanea carenza di liquidità (e impossibilità a procurarsi denaro) che sia dipesa in via immediata e diretta dal lockdown e che dunque possa in astratto giustificare l'inadempimento all'obbligazione di pagamento ed esonerare da responsabilità il debitore.

<sup>8</sup> Per quanto risalente, cfr. Cass. 7 febbraio 1952, n. 287 in *Foro It.*, 1952, I, 301; App. Firenze, 23 ottobre 1964. *Contra*, nel senso della non estensibilità della norma di cui all'art. 2045 cod. civ. in materia contrattuale, cfr. Cass. Sez. Un. 21 febbraio 1953, n. 427, in *Foro It.*, 1953, I, 798.

<sup>9</sup> Cass. 20 dicembre 2004, n. 23618; Trib. Salerno 31 marzo 2009.