

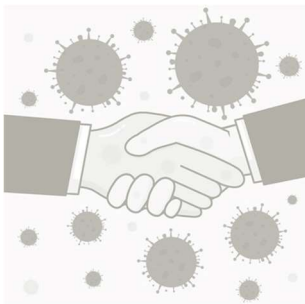
# Solidarietà intra-contrattuale per *factum principis*

Relazioni contrattuali durante la pandemia

di Francesco Innocenti

---

L'impatto negativo che le misure emergenziali anti COVID-19 hanno avuto, e stanno ancora avendo, su tante attività commerciali e imprenditoriali, ha riportato all'attenzione del dibattito il tema del *factum principis* all'interno dei rapporti contrattuali. Una pandemia è evento imprevedibile, così come ineludibili sono per gli operatori di mercato i provvedimenti di legge che, per motivi di salute pubblica, limitano le possibilità di movimento dei cittadini e gli orari e i ritmi delle attività economiche. In questa breve Nota, l'Avv. Francesco Innocenti offre il suo punto di vista. Nel sistema delle fonti (principi fondamentali, Codice civile, recenti sentenze dei Tribunali di Venezia, Genova e Catania, oltre che pronunciamenti della Suprema corte di cassazione), i provvedimenti adottati in occasione della pandemia sono il *factum principis*, fornendo basi giuridiche alla necessità di ri-negoziare i termini dei contratti conclusi quando questo evento dirompente e pervasivo non era immaginabile. Su queste basi, il danno economico sorgente a causa dei provvedimenti di legge a contrasto di COVID-19 andrebbe ripartito su entrambe (o su tutte) le parti contrattuali. Se questa solidarietà intra-contrattuale può essere vista come già richiesta dalla legge, non è ovvio in quale misura i termini contrattuali debbano essere aggiornati. Una sistemazione spontanea tra le parti è sicuramente preferibile. Se l'accordo manca, tocca al Giudice entrare nei dettagli della singola fattispecie, sperando nel realismo e nel buon senso delle controparti e dei loro avvocati.



La crisi da COVID-19 e le varie chiusure forzate di attività commerciali hanno

aperto una riflessione sullo stato dei rapporti contrattuali (ad esempio di locazione e/o affitto di azienda) finalizzata a normare una fattispecie quasi certamente non oggetto di regolamento contrattuale: la chiusura della attività causata da *factum principis*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Con questa espressione si indica una causa, imprevedibile e inevitabile per la controparte contrattuale, di impossibilità oggettiva a effettuare una

prestazione, derivante da un sopravvenuto atto della Pubblica autorità.

I vari DPCM hanno infatti via via inciso sulla attività di innumerevoli aziende di svariati settori, imponendo il blocco totale o la (più o meno ampia) riduzione dell'attività.

Tali interventi governativi, al netto di ogni valutazione di coerenza con la Costituzione vigente, hanno inciso sui rapporti contrattuali in modo indiretto, essendo obiettivamente inattuabile un intervento del Governo destinato a regolare per legge un rapporto tra privati.

La palla è dunque rimasta sul campo delle parti contrattuali, chiamate - su terreni contrapposti - a individuare una soluzione in termini giuridici al rapporto contrattuale in stato patologico in ossequio alla Legge (emergenziale).

In termini numerici (il dato è meramente presunto dalla mia esperienza professionale) credo di poter ipotizzare che una percentuale rilevante (comunque sopra la soglia psicologica - e non solo - del 50 per cento) abbia scelto la strada della ridefinizione degli accordi, adattando il canone (nell'esempio della locazione) alla minore capacità (ridotta *ex-lege*) di produrre reddito di parte conduttrice.

La fonte di tale soluzione può essere individuata - in modo atecnico - in un canone apparentemente non codificato, cioè il buon senso delle persone.

Un rapido sguardo al diritto positivo consente, infatti, di scorgere vari e ripetuti riferimenti a doveri di carattere etico, anche in norme apparentemente destinate a regolare esclusivamente un affare economico.

---

<sup>2</sup> "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

<sup>3</sup> "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

L'articolo 2 della Costituzione fa espresso riferimento a doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale <sup>2</sup>. Sotto un profilo sistematico, l'articolo si trova nei principi fondamentali della Costituzione; nessun dubbio che - pur nella sua antica genericità - il suo canone possa essere strumento ermeneutico per dare alle norme una lettura costituzionalmente orientata.

Il Codice civile, d'altro canto, pone un principio cardine di condotta delle parti nei rapporti obbligatori: "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza" (art. 1175).

I canoni di correttezza e buona fede in senso oggettivo (quale dovere di comportarsi onestamente) sono concetti sostanzialmente omogenei. Si tratta di clausole generali, il cui contenuto non ha una definizione *ex-lege*, destinate a essere perimetrare e riempite di contenuto nei Tribunali in relazione ai casi concreti.

Il principio di buona fede trova alcune applicazioni codicistiche nell'ambito delle trattative (art. 1337 Cod. civ.<sup>3</sup>), come canone di interpretazione (art. 1366 Cod. civ.<sup>4</sup>) ed esecuzione del contratto (art. 1375 Cod. civ.<sup>5</sup>) e, per la trasversalità dell'ambito applicativo, può ragionevolmente essere assunto come cardine del sistema delle obbligazioni (di cui fonte primaria è il contratto, *ex art. 1173 cod. civ.*<sup>6</sup>).

L'applicazione del principio di solidarietà e la lettura, in tale ottica, di alcune regole codicistiche, inducono a pensare che il buon

<sup>4</sup> "Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

<sup>5</sup> "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede".

<sup>6</sup> "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

senso possa essere esso stesso fonte del diritto.

La Costituzione e dunque i doveri inderogabili di solidarietà sociale ed economica si introducono così dalla porta principale (il Codice civile) nel regolamento contrattuale privatistico, connotando ogni condotta delle parti contrattuali finalizzata a un nuovo accordo - anche transitorio - finché perdurino gli effetti della pandemia.

Resta un dubbio, non di poco conto. Fin qui, infatti, possono valere gli accordi tra privati costituzionalmente orientati dall'articolo 2 della Costituzione e dall'impianto del Codice civile. Ma *quid iuris* quando uno dei contraenti non intende retrocedere, neppure in parte, dal regolamento contrattuale, e pretende l'esatto, tempestivo e integrale adempimento dalla controparte pur priva - per provvedimento di legge - della possibilità di aprire al pubblico la propria attività o di continuare il suo esercizio di impresa?

Il primo intervento della legislazione emergenziale, il DL 6/2020, richiama all'articolo 3 comma 6 bis<sup>7</sup> solo la necessità di tenere in considerazione il rispetto delle misure di contenimento per valutare l'esclusione della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti (il riferimento è agli artt. 1218<sup>8</sup> e 1223<sup>9</sup> Cod. civ.).

---

<sup>7</sup> "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti".

<sup>8</sup> "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".

Troppo poco rispetto a ciò che è successo e lo dice la giurisprudenza sugli sfratti. Il Tribunale di Venezia con provvedimento del 28 luglio 2020 ha invocato l'impossibilità parziale temporanea che giustifica, nei contratti a prestazioni corrispettive, o la riduzione della controprestazione o il recesso (1464 Cod. civ.<sup>10</sup>). Il Tribunale di Genova ha ordinato al locatore di astenersi dalla presentazione all'incasso di titoli cambiari emessi dal conduttore (si trattava di discoteca chiusa per COVID-19). Infine, con intervento più equilibrato, il Tribunale di Catania (30 luglio 2020) ha preso le mosse dal citato art. 3 comma 6 bis del DL 6/2020, e ha ritenuto che tale norma incida nella valutazione della gravità dell'inadempimento del conduttore in relazione alla domanda di risoluzione del contratto.

Quest'ultima interpretazione proposta appare coerente con il sistema generale delle conseguenze dell'inadempimento, e consente di valutare, caso per caso, l'incidenza dei provvedimenti legislativi emergenziali sulla singola impresa e poi, a seguire, sulla valutazione della gravità dell'inadempimento.

La Giurisprudenza più o meno di assalto farà il suo corso, anche orientata - come ovvio - dalla personale sensibilità del singolo Giudice. Da un lato ci sono, infatti, le ragioni dei proprietari di immobili, che necessitano di tutelare il proprio investimento (magari effettuato contraendo un mutuo che continua a dover essere pagato), ovvero traggono da quell'immobile l'unica fonte di sostentamento. Dall'altra ci sono

<sup>9</sup> "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".

<sup>10</sup> "Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale".

quelle degli imprenditori, per indole e vocazione portati a investire nella propria attività e sui quali grava il rischio specifico di impresa, i cui sforzi possono essere vanificati dalla chiusura o dalla riduzione degli orari imposto *ex-lege* (eventi che vanno al di là del rischio specifico di impresa).

Come temperare le esigenze contrapposte dei due soggetti? Il mio parere personale è che la chiusura o la riduzione dell'attività che venga imposta per legge debba incidere necessariamente su entrambi i lati del contratto e i relativi valori economici in campo.

Se, da un lato, il conduttore-imprenditore vedrà ridotta la propria capacità di produrre reddito, dall'altro il proprietario dovrà accettare una transitoria minore redditività del proprio capitale immobiliare, allineata, fino alla fine della pandemia e dei provvedimenti di legge emergenziali, alla riduzione del valore commerciale dovuta alle limitazioni sulla circolazione delle persone e sugli orari di apertura per contenere il contagio. Accettato tale principio di fondo, si potranno approntare le soluzioni giuridiche (e, di conseguenza, economiche) più adatte a regolare la singola fattispecie.

L'Ufficio del Massimario della Suprema Corte<sup>11</sup>, nella Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 (la si propone in allegato) ha così enucleato dal sistema un obbligo legale di contrattare con l'altra parte:

*“Nei c.d. contratti relazionali, l'interesse che sospinge 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 allocazione 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 ri-negoziazione 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”.*

Tuttavia, anche dopo aver riconosciuto la plausibilità di questo principio generale messo in risalto da COVID-19, si deve anche considerare che, se il rifiuto di sedersi in buona fede a un tavolo di ri-negoziazione costituirebbe una grave violazione dell'obbligo contrattuale, non c'è altrettanta univocità e chiarezza riguardo i contenuti dell'eventuale nuovo accordo.

A meno di non voler inciampare nel paradosso di scardinare le basi dell'intero sistema economico, vantando oltretutto giustificazioni di rango costituzionale, non è possibile imporre soluzioni *ex-lege* valide per tutte le fattispecie. Corrispondentemente, anche soluzioni decise dal Giudice sulla singola fattispecie, ma con le parti che restano in ampio disaccordo, rischiano di lasciare strascichi di malcontento che possono poi

<sup>11</sup> Si veda <https://www.portaledelmassimario.ipzs.it/>. L'Ufficio del Massimario è l'ufficio, presso la Corte suprema di cassazione italiana, con il compito di massimare le sentenze pronunciate dalla Corte, ossia di sintetizzarne i contenuti sul piano dei principi giuridici, sia per dare loro una chiara ampia divulgazione sia per

segnalare eventuali difformità dalla giurisprudenza sino allora applicata. La massima di una sentenza consiste in una o più brevi frasi che riassumono sinteticamente il principio di diritto affermato nella sentenza stessa, seguito talvolta da una breve descrizione della fattispecie concreta su cui il Giudice si è pronunciato.

pesare sulla continuazione del rapporto contrattuale, una volta passata l'emergenza, e sui futuri eventuali rinnovi degli accordi.

In conclusione, proprio perché esistono chiare basi giuridiche a supporto della ri-negoziazione per fare concorrere entrambi i lati contrattuali a sostenere l'impatto delle misure emergenziali COVID-19, sarebbe auspicabile che questo avvenisse il più possibile per sistemazione spontanea tra le parti, in maniera pacifica e senza ritardi e incertezze sui tempi e sugli esiti. Questa convenienza andrebbe spiegata e promossa.

Se l'accordo spontaneo non avviene, la soluzione va ricercata caso per caso,

chiedendo al Giudice di essere attento a considerare ogni elemento utile a definire i nuovi termini (eventualmente anche gli indennizzi ricevuti o da ricevere per provvedimenti di legge<sup>12</sup>), e alle parti di dotarsi, anche tramite i loro avvocati, di realismo e buon senso.

*Avv. Francesco Innocenti*

<http://www.reforming.it>  
e-mail: [info@reforming.it](mailto:info@reforming.it)  
twitter: [reformingit](https://twitter.com/reformingit)

All. Corte suprema di cassazione  
Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020

---

<sup>12</sup> Come nel caso dei cosiddetti decreti "Ristori".