

## APPUNTI SUI CONTRATTI AI TEMPI DEL “COVID-19”<sup>i</sup>

### *Cenni introduttivi*

Quali sono i contratti di cui parliamo?

Soprattutto contratti di durata, ovvero a prestazioni corrispettivi e ad esecuzione continuata o periodica, in cui le prestazioni non siano esaurite.

Bisogna distinguere diverse categorie, per esaminare le questioni giuridiche con ordine, e senza correre alle conclusioni.

Alcune distinzioni che è opportuno fare sono:

- a) Contratti formalizzati v. contratti non formalizzati;
- b) Contratti sottoposti al diritto italiano v. contratti di diritto straniero;
- c) Prestazioni contrattuali da eseguire v. prestazioni contrattuali da esigere;
- d) Prestazioni contrattuali di fare (ad es. fornitura) v. prestazioni di versare un corrispettivo

perché le norme ed i rimedi applicabili variano a seconda della tipologia, e della posizione in cui si trova l'impresa.

Il concetto di “forza maggiore”, largamente utilizzato soprattutto di questi tempi, e non espressamente disciplinato in quanto tale all'interno del Codice Civile italiano, è in realtà importato dalla prassi contrattuale anglosassone (“*force majeure*”) e codificato in corpi

giuridici di derivazione privatistica ancorché largamente diffusi (ICC), nonché in alcune convenzioni internazionali (Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili, 1980) o nei principi di *lex mercatoria* (Unidroit).

Quando parliamo di “forza maggiore” ci riferiamo quindi ad un insieme di situazioni che sono accomunate dal fatto di essere:

- Circostanze di fatto impreviste ed imprevedibili;
- Che sfuggono al ragionevole controllo delle parti;
- Che impediscono alla parte o a entrambe di adempiere la prestazione (a seconda di quale essa sia, però);
- Escludendone quindi la responsabilità che sarebbe conseguenza normale dell’inadempimento.

Nell’attuale contesto, è ragionevole porsi alcuni quesiti, quali ad esempio:

1. L’emergenza Covid-19 può essere considerata “**causa di forza maggiore**”?
2. In caso affermativo, si tratta di una causa che giustifica:
  - (i) Il recesso;
  - (ii) La risoluzione;
  - (iii) Altro, ad esempio la sospensione degli obblighi.

**1. L’emergenza Covid-19 può essere configurata come “causa di forza maggiore”? E che cosa significa, esattamente?**

La sopravvenuta **impossibilità** di dar corso alle prestazioni assunte a causa dell’emergenza epidemiologica da Covid-19 determina un inadempimento contrattuale *ex art. 1218 c.c.* idoneo a risolvere il contratto.

**Art. 1218 c.c.** (Responsabilità del debitore): “*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*”.

**Art. 1256 c.c.:** L’obbligazione si estingue, se la prestazione diventa impossibile.

*“Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”*.

Qui subentrano altre norme, in particolare quelle in relazione ai termini essenziali o meno, e l’art. 1457 c.c.: *“Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell’interesse dell’altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l’esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all’altra parte entro tre giorni”*.

Ma qual è la causa dell’impossibilità e come essa incide sugli obblighi, e sull’eventuale responsabilità per inadempimento?

Bisogna distinguere:

**A)** Se l’impresa non può produrre perché ne è stata imposta la chiusura per legge, la causa è il c.d. *factum principis*, che esclude la responsabilità; si tratta però sempre di valutare se l’impossibilità è tale, o non si tratta piuttosto di una situazione temporanea, in cui la prestazione diviene solo tardiva – e allora si tratterà di vedere se chi la deve ricevere ne ha ancora interesse. La giurisprudenza ha specificato che la straordinarietà e imprevedibilità dell’evento debbano essere valutati con criteri obiettivi, riferendosi, rispettivamente, a elementi misurabili (quali, a titolo meramente esemplificativo, dimensioni e intensità) e alle normali capacità e diligenza media avuto riguardo alle circostanze concrete sussistenti al momento della conclusione del contratto (Cass. Civ. 12235/2007, *pluris.it*).

Quanto esposto è confermato dai recenti interventi governativi sul tema. In particolare:

- l'art. 28, D.L. 2 marzo 2020 n. 9 (*“Misure urgenti per il sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19”*) prevede che *“Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre”*;

- l'art. 91, D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (*“Decreto Cura Italia”*), prevede che il rispetto delle misure di contenimento debba essere sempre valutato ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore *ex artt. 1218 e 1223 c.c.*.

In tale quadro rileva il cosiddetto *factum principis*, concernente il provvedimento legislativo impeditivo dell'adempimento.

Come già accennato, infatti, oltre ai citati Decreti Legge, il Governo ha emesso una serie di ulteriori provvedimenti atti a contenere l'emergenza, quali, in particolare:

- il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (*“Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”*);
- il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 febbraio 2020 (*“Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”*);
- il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° marzo 2020 (*“Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”*);
- il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020 (*“Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale”*).

Le misure contenute nei citati provvedimenti concernono non solo restrizioni della libertà personale (come ad es. la sospensione dei servizi di trasporto terrestre o il divieto di spostamento e di ogni forma di riunione), ma anche il “congelamento” di tutte le attività produttive industriali e commerciali la cui modalità di espletamento escluda la possibilità del lavoro agile.

Si evidenzia, tuttavia, che il divieto non opera per le seguenti attività:

- attività dell'industria dell'aerospazio e della difesa;
- attività a ciclo produttivo continuo, previa comunicazione al Prefetto della

relativa provincia;

- servizi di pubblica utilità, compresi la produzione, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia medico-sanitaria e dispositivi medico-chirurgici nonché prodotti agro-alimentari.

In tale quadro, a supporto delle imprese e del commercio internazionale, si evidenzia che il Ministero dello Sviluppo Economico con la circolare del 25 marzo 2020 n. 0088612 ha disposto il rilascio da parte delle Camere di Commercio di un documento attestante la forza maggiore, cioè lo stato di emergenza in Italia, su espressa istanza dell'impresa interessata.

Per integrare gli estremi della impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore è necessario che la situazione sopravvenuta (che si frappone all'adempimento), non prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione, sia tale da non poter essere superata con lo sforzo diligente cui il debitore è tenuto. Il problema, dunque, diviene quello di stabilire se la condotta, che potrebbe prevenire o superare la situazione che si frappone all'adempimento, possa ritenersi esigibile o meno dal debitore (ad esempio se possa ritenersi esigibile dall'imprenditore che soddisfi le richieste dei clienti, nonostante non possa mantenere aperto il proprio stabilimento produttivo). Affinché si possa verificare una impossibilità sopravvenuta, non è sufficiente una maggiore difficoltà della prestazione (così, ad esempio, l'obbligazione pecuniaria non si estingue, se uno sciopero delle banche rende più complesso, per il debitore, procurarsi la necessaria provvista; v. Cass. 15 novembre 2013, n. 25777), come anche non è sufficiente una maggiore onerosità della prestazione stessa (ad esempio, l'obbligazione assunta dal vettore di trasportare merci in un determinato luogo non si estingue, se un'improvvisa interruzione della strada lo costringe ad un percorso più lungo), bensì è necessario che gli eventi impeditivi siano:

- a) del tutto estranei alla volontà dell'obligato (Cass. Civ. n. 21973/07);
- b) non ragionevolmente prevedibili, secondo la comune diligenza, all'atto dell'assunzione dell'obbligazione<sup>1</sup> (Cass. Civ., n. 2059/2000).

---

<sup>1</sup> Nel caso del COVID-19, ciò potrebbe valere in particolare per i contratti antecedenti il 12 gennaio 2020 - i.e., data del primo *report* della *National Health Commission China* all'Organizzazione Mondiale della

Laddove una parte ricorra ai rimedi sopra previsti e, di conseguenza, eserciti la risoluzione del contratto (perché la propria prestazione è divenuta definitivamente impossibile), ovvero la sospensione della propria prestazione (perché divenuta solo temporaneamente impossibile), l'ordinamento italiano prevede due rimedi a favore della parte creditrice.

Il primo, disciplinato dall'art. 1463 c.c., prevede che *“nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”*. Pertanto, nei contratti a prestazioni corrispettive, l'intervenuta impossibilità totale di prestazione di una parte comporta la liberazione anche dell'altra parte, la quale avrà altresì diritto alla restituzione di quanto abbia già corrisposto alla controparte per la prestazione divenuta impossibile.

Il secondo rimedio a favore del creditore, disciplinato dall'art. 1464 c.c., prevede che *“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”*. Nel caso di impossibilità sopravvenuta parziale della prestazione, pertanto, il creditore di quest'ultima può alternativamente – di diritto e senza ricorrere al giudice - ridurre la propria controprestazione (laddove possibile), oppure recedere dal contratto (tale ipotesi sarà oggetto di specifico approfondimento oltre). Il contraente la cui prestazione è divenuta parzialmente impossibile, invece, rimane obbligato ad effettuare l'adempimento parziale.

**B)** Se tuttavia l'impresa non ha subito il blocco produttivo in forza di disposizioni di legge, si applicheranno gli stessi principi?

In questo caso la risposta è molto più complessa, e dipende

---

Salute ovvero, con un'interpretazione più estensiva, dalla dichiarazione della “pandemia” da parte della WHO avvenuta in data 11 marzo 2020.

necessariamente da un'analisi caso per caso.

Può darsi infatti che la prestazione non sia divenuta oggettivamente impossibile, ma “solo” più difficile da eseguire; ad esempio, la produzione e la fornitura di una data quantità di beni o magari il caso di un produttore/fornitore che, per poter far fronte alle consegne, è costretto a sostituire i produttori di beni intermedi o di componenti, le cui fabbriche sono state chiuse in quanto rientranti tra le “attività non essenziali”, sostenendo un costo eccessivamente elevato<sup>2</sup>.

La disciplina di riferimento al caso in esame è contenuta negli artt. 1467-1469 c.c.

In particolare, l'art. 1467 c.c. stabilisce che:

*“1. Nei contratti ad esecuzione continua o periodica ovvero ad esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, la parte che deve la prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c.c.*

*2. la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.*

*3. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.”.*

Per poter richiedere la risoluzione del contratto, la norma in esame richiede dunque:

- (1) Innanzi tutto che si tratti di un **contratto a prestazioni corrispettive** la cui **esecuzione si estenda nel tempo**
- (2) L'evento scatenante deve essere del tutto **straordinario** ed **imprevedibile** e il livello di onerosità **non deve rientrare nella normale alea del contratto**.

Sul punto, è evidente che sia l'emergenza sanitaria in sé che i provvedimenti urgenti emanati dal Governo, costituiscano eventi del tutto straordinari (per frequenza, dimensioni, intensità *etc.*) e non preventivabili secondo l'accortezza di un uomo medio

---

<sup>2</sup> Tipicamente, la scarsità di materie prime essenziali, ad esempio provenienti da fornitori cinesi.

al momento della stipula del contratto.

Tuttavia, l'eccessiva onerosità che ne conseguirebbe non può essere considerata come semplice difficoltà ad adempiere all'obbligazione, ma va apprezzata nei limiti in cui imponga all'obbligato un sacrificio economico che eccede la normale *alea* del contratto<sup>3</sup>. Tali valutazioni vengono comunque compiute dal giudice caso per caso, per cui non vi può essere certezza assoluta che la parte che lamenta un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione determinata dall'emergenza COVID-19, riesca ad ottenere la risoluzione del contratto.

(3) La proposizione di un'apposita **domanda giudiziale** (ovvero azione di risoluzione).

Infatti, un'importante differenza rispetto al caso di "impossibilità sopravvenuta", in cui il contratto si considera sciolto di diritto e l'obbligazione si estingue automaticamente, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, non è automaticamente esonerata dall'adempimento, ovvero legittimata a sospendere l'esecuzione della propria prestazione, ma per potersi liberare dal vincolo e non incorrere in responsabilità per inadempimento, dovrà agire in giudizio per richiedere la risoluzione del contratto.

Il comma terzo dell'art. 1467 c.c., fa poi salva la facoltà riconosciuta alla controparte di paralizzare la domanda di risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni dell'intesa.

L'offerta di equa modificazione del contratto divenuto eccessivamente oneroso è rimessa dunque **esclusivamente** all'iniziativa dell'altra parte, successivamente alla domanda giudiziale del soggetto che lamenta la grave onerosità sopravvenuta. Di conseguenza:

---

<sup>3</sup> Infatti ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro limiti rientranti nell'alea normale di quel contratto, da tenersi pertanto presenti per ciascuno dei contraenti al momento della stipulazione. È inevitabile ad esempio, che il commerciante o l'industriale, tenuti a consegnare la merce tra qualche mese, subiscano le oscillazioni dei prezzi o dei costi per procurarsi o produrre quella merce; tali oscillazioni rimangono irrilevanti e il contratto dovrà essere eseguito così come pattuito a meno che le oscillazioni che ne conseguono superino, per cause eccezionali, il limite ragionevole prevedibile (tra le tante, Cass. Civ. n. 9314/2017).



- La parte colpita dalla sopravvenienza non ha *ex lege* il diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, in quanto “*non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite.*” (Cass. Civ. n. 2047/2018);
- al giudice non spetta un analogo potere di procedere d'ufficio (Cass. Civ. n. 3347/1987).

Rimanendo su questa linea, la giurisprudenza maggioritaria ha specificato che soltanto nell'ipotesi prevista all'art. 1468 c.c. ovvero nei casi di contratto in cui soltanto una parte assume delle obbligazioni (ad es. contratto di mutuo), questa, a seguito della “eccessiva onerosità sopravvenuta” ha il diritto a richiedere la riduzione della propria prestazione ( / del prezzo) ovvero una modifica nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Da ultimo si precisa che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1467-1458 c.c., la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non può essere invocata dalla parte che abbia già eseguito la propria prestazione; quello che è stato dato non può essere più restituito.

Naturalmente le conclusioni di cui sopra non impediscono alla parte che si trovi in condizioni di eccessiva onerosità sopravvenuta di utilizzare tale circostanza per rinegoziare il contratto, in qualunque direzione; è tuttavia bene sapere quali sono i limiti, i quali le potenziali leve, che le norme allo stato consentono la parte di utilizzare in una simile situazione.

Quanto sopra descritto evidenzia, in linea generale, l'esigenza di poter disporre nei contratti di impresa di una o più clausole destinate a regolare, in maniera specifica e dettagliata, situazioni quali quelle sopra esaminate; ciò a maggior ragione nel caso, molto frequente, in cui l'impresa si trovi in una posizione intermedia, tale ad esempio è quella del fornitore che si è impegnato a valle con un proprio cliente, magari in una giurisdizione in cui la situazione di forza maggiore non c'è, e che deve a monte approvvigionarsi di semilavorati e materie prime o componenti da parte di altro soggetto che può invece trovarsi o meno in una situazione di impossibilità, o di eccessiva onerosità.

E' esperienza condivisa che imprenditori, ed in particolare gli imprenditori italiani

(ma non fanno eccezione anche quelli di altri paesi, ad esempio i tedeschi e in generale tutti quelli che operano in un regime in cui vivono regole codicistica e piuttosto dettagliate) non sopportano contratti redatti con eccessiva pignoleria o precisione; tuttavia la situazione in essere evidenzia proprio l'esigenza opposta, che venne presente agli operatori commerciali di area anglosassone e che infatti trova proprio nelle prassi contrattuali angloamericane adeguate risposte sotto il profilo di una dettagliata previsione, e regolamentazione, di una serie di eventi (la cui gravità può anche essere inferiore, si pensi alle clausole di revisione prezzo nel caso di fluttuazioni dei prezzi delle materie prime).

La seconda considerazione è che nessuna delle due opzioni sopra esaminate, quella dell'impossibilità sopravvenuta (temporanea o definitiva) e quella dell'eccessiva onerosità, sembrano potersi ragionevolmente applicare all'obbligo di **corrispettivo**.

Il denaro è un bene fungibile, e non può dunque immaginarsi una situazione nella quale esso non possa essere in qualche modo procurato; benché sia evidente che l'interruzione delle attività produttive, così come altre eccezionali condizioni intervenute in maniera imprevedibile sul normale flusso di cassa, influenzano pesantemente la capacità dell'impresa di far fronte ai propri obblighi pecuniari, tuttavia non può derivarsene automaticamente una liberazione dall'obbligo di versare corrispettivi pattuiti. Paradossalmente, l'unica norma che potrebbe soccorrere in tali casi è quella che prevede la possibilità del creditore, a fronte del venir meno delle garanzie di solvibilità della controparte, di sospendere l'esecuzione delle prestazioni dovute secondo quanto previsto dall'art. 1461 c.c.: *“Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia.”*

### **Casi specifici**

Premesse le regole generali sopra richiamate, che attengono ai rapporti obbligatori ed ai contratti nella loro generalità, vi sono alcuni specifici casi espressamente regolati dalla legge, quali ad esempio:

- all'art. 1664 c.c. che prevede la possibilità di rivedere il prezzo dovuto in base ad un contratto di appalto a causa di circostanze imprevedibili che comportino aumenti o diminuzioni del costo di materiali o della mano d'opera al di sopra o di sotto di determinate soglie ivi individuate, in base alle quali l'adempimento dell'appaltatore diventa più oneroso o difficile;

- al caso in cui le parti di un contratto di locazione possano chiedere un aumento o diminuzione del canone *ex art.* 1623 c.c. se in conseguenza di disposizioni di legge, di una norma corporativa o di un provvedimento delle autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano una perdita ed un vantaggio<sup>4</sup>; ed ancora

- all'art. 3 comma 5 della legge sulla subfornitura (L. del 18 giugno 1998, n. 192) che prevede che ove vengano apportate, nel corso dell'esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto, *etc.*

Tuttavia, qualora le parti non abbiano previsto con apposite clausole la possibilità di rinegoziare i termini economici del contratto, ci si chiede se il soggetto obbligato all'adempimento di una prestazione che, a causa di eventi straordinari ed imprevedibili, è divenuta eccessivamente onerosa e svantaggiosa, possa esigere dall'altra parte un obbligo di ricontrattare i termini per riportarli all'equità originaria.

Una parte della dottrina ha ipotizzato infatti l'esistenza di un vero e proprio "obbligo" di rinegoziazione fondato sulle regole generali di interpretazione ed esecuzione del contratto in buona fede *ex artt.* 1366 e 1375 c.c. ovvero sulla regola di integrazione del contratto secondo equità *ex art.* 1374 c.c.. In particolare, i sostenitori di questa tesi,

---

<sup>4</sup> Sotto altro profilo, l'impedimento all'utilizzo dell'immobile oggetto di locazione originato da provvedimenti legislativi o amministrativi (c.d. *factum principis*), con conseguente impossibilità per il conduttore allo svolgimento della propria attività *in loco*, rientra nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta temporanea gravante sul conduttore. Di conseguenza è configurabile la possibilità per il conduttore di richiedere la sospensione e/o riduzione del canone per il periodo di impedito e/o ridotto godimento dell'immobile locato.

richiamano la giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui, *il principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo impone un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., per il quale ciascuna delle parti del rapporto è tenuta ad agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto stabilito da singole norme di legge* (tra le molte, Cass. Civ. n. 22819 del 10/11/2010; Cass. Civ. n. 1618 del 22/01/2009; Cass. Civ. n. 21250 del 06/08/2008).

In quest'ottica, alla luce della valenza operativa riconosciuta al principio di buona fede e, per suo tramite, agli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase dell'esecuzione del contratto, l'adeguamento delle condizioni conseguente all'obbligo di rinegoziare avrebbe la funzione di agevolare il compimento del risultato contrattuale, allineando il regolamento d'interessi alle mutate circostanze.

Secondo l'opinione di questi Autori: a) sarebbe scorretto (illecito) pretendere alla parte l'adempimento della prestazione divenuta eccessivamente onerosa<sup>5</sup> e b) la parte svantaggiata potrebbe far leva sull'obbligo di rinegoziazione per far richiedere in via stragiudiziale un adeguamento delle condizioni economiche.

Tuttavia, allo stato le pronunce che ad ora hanno applicato il canone generale di buona fede come strumento di integrazione delle obbligazioni contrattuali, hanno analizzato casi differenti da quelli di specie.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che dal momento della stipula del contratto tutte le parti sono obbligate a rispettarlo, così come previsto dall'art. 1372 c.c., il quale afferma che *“il contratto ha forza di legge tra le parti”*. Le parti, però, sono libere (sempre ai sensi dell'art. 1372 c.c.), con un contrario atto di comune volontà, di sciogliere o modificare il contratto, esprimendo tale volontà – secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale – nella stessa forma prevista dalla legge per il contratto che viene consensualmente sciolto.

---

<sup>5</sup> Tuttavia, le Sezioni Unite sembrerebbero aver smentito tale assunto, ritenendo invece che non sia da considerarsi in sé illecito il comportamento di chi richiede l'adempimento della prestazione in base alle previsioni contrattuali stabilite al momento della stipula, per il solo fatto che al momento della richiesta siano sopravvenute cause di eccessiva onerosità (Cass. Sez. Un. n. 24675 del 19/10/2017).

Ipotesi diversa è, invece, quella del recesso unilaterale dal contratto, ossia il diritto di liberarsi unilateralmente dagli obblighi assunti con il contratto stesso (art. 1373 c.c.). Tale diritto può essere esercitato solo in determinati casi previsti dalla legge (c.d. recesso legale), oppure qualora sia previsto all'interno dell'accordo contrattuale (c.d. recesso convenzionale).

Un'ipotesi particolarmente rilevante di recesso legale è quella connessa ai contratti ad esecuzione continuata o periodica conclusi per un tempo indeterminato, per i quali la legge prevede la possibilità di recedere liberamente (cfr. l'art. 1569 c.c. per la somministrazione, l'art. 1750 c.c. per l'agenzia, l'art. 1810 c.c. per il comodato, l'art. 1883 c.c. per il conto corrente, l'art. 1845, comma 3, c.c. per l'apertura di credito), salvo eventualmente l'onere di dare all'altra parte un congruo preavviso. In certi contratti, la legge attribuisce ad una sola delle parti il diritto di recedere in qualsiasi momento (cfr. art. 1671 c.c. a favore del committente nell'appalto, art. 2227 c.c. a favore del committente nel contratto di lavoro autonomo, art. 2237 c.c. a favore del cliente nel contratto col professionista), mentre altre volte subordina il diritto di recedere ad una giusta causa (ad esempio l'art. 2285 c.c. per il recesso del socio dal contratto di società a tempo determinato).

In tutte le ipotesi sopra citate, dunque, non vi sono particolari ostacoli ad esercitare il recesso dal contratto (salvo quelli espressamente previsti dalle singole norme), anche in una situazione emergenziale quale quella che stiamo vivendo.

Diverso è il caso di recesso convenzionale, che si riferisce ad ipotesi in cui sia stato previsto all'interno dell'accordo contrattuale, a favore di una o di entrambe le parti, il diritto di recedere dal contratto. Tale tipologia di recesso può, dunque, essere prevista anche in contratti diversi da quelli per i quali la legge disciplina espressamente il recesso, e produce i medesimi effetti, ossia lo scioglimento dell'accordo contrattuale.

In entrambe le tipologie di recesso, l'art. 1373 c.c. permette l'esercizio di tale facoltà solo prima che sia iniziata l'esecuzione del contratto, salvo che si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica, nel qual caso può essere esercitata anche successivamente (ma il recesso non avrà effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione).

Alla luce di quanto sopra, si può evidenziare come l'attuale situazione emergenziale

non comporti particolari conseguenze relativamente all'esercizio del recesso contrattuale, il quale resta esperibile alle medesime condizioni di una situazione non emergenziale, dal momento che non rileva ai fini del presente istituto l'eventuale sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità delle obbligazioni contrattuali (le quali si è visto hanno rilievo in sede di risoluzione contrattuale).

Resta, infine, da segnalare un'ulteriore e peculiare forma di recesso prevista dall'art. 1464 c.c., il quale – come già si è visto - prevede che quando l'adempimento delle obbligazioni contrattuali è diventato parzialmente impossibile per una parte, l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della propria prestazione dovuta, *“e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”*. Dunque, tale norma consente alla parte creditrice della prestazione divenuta parzialmente impossibile di avvalersi del recesso dal contratto (invece che usufruire di una riduzione della propria prestazione), qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale del contratto.

Applicando tale norma alla presente situazione emergenziale, si può immaginare il caso in cui una parte del contratto, a seguito delle misure restrittive entrate in vigore, non sia più in grado di adempiere totalmente alle proprie obbligazioni, ma solo in parte. In questa ipotesi, il creditore della prestazione divenuta parzialmente impossibile può decidere di procedere ad una corrispondente riduzione della propria prestazione, oppure recedere dal contratto, qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

### **Un confronto: Forza Maggiore nei contratti regolati dalla legge di uno degli Stati degli USA**

Nel caso delle società italiane che hanno un *partner* commerciale negli USA, e dunque in un sistema di *“common law”*, accade spesso che il relativo contratto sia regolato dalla legge di uno degli Stati americani.

Per fornire una breve introduzione, il concetto di *“common law”* – cui appartiene

anche la legge del Regno Unito, del Canada, dell’Australia, *etc.* – comporta che anche quando vi siano norme scritte, il ruolo degli tribunali nell’interpretare tali norme è ancora più importante. Infatti, tramite l’interpretazione della legge codificata, i tribunali creano un tipo di “legge viva” che si aggiorna nel tempo con l’emissione della nuova giurisprudenza. Per raggiungere una coerenza tra la giurisprudenza dei vari tribunali del Paese, i tribunali sono strutturati in una stretta gerarchia, nel ambito di quale i tribunali di “minore importanza” sono costretti di seguire l’orientamento dei tribunali “più importanti”.

Ciò premesso, occorre notare che, nell’ambito dei contratti, non esiste una legge “statunitense”, ma invece solo la legge di ogni singolo Stato: in altre parole, un contratto non dovrà essere regolato dalla legge “degli Stati Uniti”, ma invece la legge dello Stato di New York, California, Texas, *etc.*

La legge contrattuale dei vari Stati non è del tutto priva di armonizzazione. Ci sono infatti due fonti principali di autorità secondaria che hanno guidato la maggioranza delle leggi degli Stati in quest’area: 1) il ***Uniform Commercial Code (“UCC”)***, e 2) il ***Restatement (Second) of Contracts***. Per lo scopo limitato di queste note, è sufficiente indicare, innanzitutto, che la maggiore parte degli Stati USA hanno già adottato le previsioni dell’UCC direttamente nella legge statale (eventualmente, con lievi modifiche).

Tornando ai principi generali di *common law* nell’ambito del discorso contrattualistico, in un Paese di *common law* il testo stesso del contratto stipulato dalle parti costituisce la “legge” che si applica tra le parti nel contesto del rapporto contrattuale. In altre parole, con alcune eccezioni specifiche che non riguardano il contesto attuale, le parti sono libere di derogare dal codice dello Stato in questione (ad esempio, lo stato di New York) e decidere, con loro volontà, come sarà regolato il loro rapporto.

Sulla base di questi principi, il punto di partenza per esaminare come un evento di forza maggiore potrebbe avere un impatto sul rapporto contrattuale è quanto scritto nel contratto stesso: primo, se l’evento che è accaduto soddisfa i requisiti descritti per

determinare un evento di forza maggior (per esempio, il contratto stipula delle condizioni necessari per definire un evento di forza maggiore) e/o l'evento è espressamente incluso negli eventi individuati che definiscono la forza maggiore; secondo, se la clausola stessa è valida nella luce dei requisiti previsti dalla legge dello Stato in questione; ed infine, nel caso in cui l'evento si qualifichi come un caso di forza maggiore, quali sono le opzioni disponibile alle parti (ad esempio, una sospensione degli obblighi in questione o la risoluzione del contratto in generale – qui si prega di notare che i concetti di “risoluzione” o “recesso” qui sono già diversi di come sono definiti nella legge italiana).

Per quanto riguarda l'emergenza Covid-19, si può ipotizzare che nella clausola di forza maggiore si possa includere nell'elenco di eventi definiti come forza maggiore un'epidemia, una pandemia, o un provvedimento dello Stato. Infatti, la versione attuale della clausola di forza maggiore dell'ICC include negli eventi per cui la forza maggiore sussiste sia provvedimenti dello Stato sia l'epidemia. Purtroppo, **la giurisprudenza statunitense conferma, in generale, che una clausola di forza maggiore dovrà essere interpretata in un modo restrittivo, senza andare oltre le situazioni effettivamente previste dalle parti nel momento in cui hanno stipulato il contratto.**

Per fornire un paio di esempi dei requisiti delle clausole di forza maggiore negli Stati Uniti, si può considerare la legge di New York e di California, essendo due opzioni spesso selezionate per regolare i contratti.

Per lo Stato di New York, sarebbe necessario che le parti stipolino esattamente gli eventi specifici che costituiscano eventi di forza maggiore: non è sufficiente descrivere dei criteri che possono essere utilizzati per definire un tale evento. Inoltre, gli eventi elencati possono definirsi come forza maggiore solo se sono effettivamente imprevedibili, e la parte che invoca la forza maggiore dovrebbe comunque dimostrare di aver provato ad eseguire i suoi obblighi nonostante l'esistenza di tale evento.

Dall'altro lato, in California, il test per determinare se un evento si qualifichi come forza maggiore è verificare se l'evento sia *“un'interferenza insuperabile che è successo senza l'intervento della parte tale che non poteva essere inibito dall'esercizio di*



*prudenza, diligenza e cura*” (*Mathes v. City of Long Beach*, Corte di Appello di California, 1953). Inoltre, anche se un evento è indicato nella clausola di forza maggiore e soddisfa i requisiti di cui sopra, non può qualificarsi come un evento di forza maggiore, salvo che ricorrano “*estrema e irragionevole difficoltà, costi, infortunio o perdita*” (*Butler v. Nepple*, Corte Suprema di California, 1960).

Inoltre, se nel contratto è previsto, in capo alla parte che ha subito un evento di forza maggiore, l’onere di notificare all’altra parte l’esistenza di tale evento, la parte in difficoltà potrà sfruttare l’effetto della clausola di forza maggiore solamente nel caso in cui abbia regolarmente ricevuto la puntuale notifica dell’evento.

Nel caso in cui, invece, il contratto non contenga una clausola di forza maggiore, o la clausola in questione non sia valida secondo i requisiti della legge dello Stato in questione, oppure ancora l’evento (tra cui, la pandemia Covid-19) non ricada nella definizione di un evento di forza maggiore, si rende necessaria un’analisi approfondita della legge applicabile al contratto. Innanzitutto, il primo passo è quello di verificare quale legge si applica – inteso come la legge di quale Stato – e, poi, è necessario esaminare le norme codicistiche e la giurisprudenza di tale Stato.

Tornando al discorso di cui sopra, la maggiore parte degli Stati americani hanno adottato direttamente le previsioni dell’*Uniform Commercial Code*, la quale contiene alcuni articoli che possono essere d’aiuto per le parti di un contratto che non hanno (o non hanno validamente) previsto come regolare un evento di forza maggiore nel contratto stesso. In particolare, si tratta di dei principi di *impossibilità e impraticabilità*, che descrivono situazioni in cui è oggettivamente impossibile o impraticabile per una o entrambe le parti di eseguire loro obblighi (UCC sec. 2-615). In tale situazioni, qualora effettivamente provate, la parte in difficoltà è sollevata dalla responsabilità per una mancanza o ritardo nelle loro prestazioni.

La seconda difesa che potrebbe essere utilizzata da una parte che si trova in difficoltà a causa di un evento di forza maggiore ove lo stesso non ricada nella definizione indicata nel contratto, è la dottrina della “*frustrazione dello scopo*” del contratto

*(frustration of purpose)*, che è individuata dal *Restatement (Second) of Contracts*. Secondo questo principio, una parte deve dimostrare che lo scopo del contratto che è stato frustrato – in altre parole, reso impossibile – è stato sin dall’inizio riconosciuto da tutte le parti coinvolte nel senso che, nella mancanza di tale scopo, il contratto stesso non sarebbe mai esistito. In questi casi, si tratta di un mutamento nelle circostanze che formano la base per la transazione, dove tale mutamento rende la prestazione di una parte essenzialmente senza beneficio per l’altra parte. Questo concetto è sicuramente difficile da definire in astratto, ma è utile notare che la giurisprudenza ha chiarito che una difficoltà meramente economica che rende il contratto senza beneficio per una parte non è sufficiente per dimostrare che lo scopo del contratto stesso è frustrato.

Per riassumere, per un contratto regolato dalla legge di uno degli Stati americani, si deve applicare la seguente analisi: 1) esaminare quanto stabilito dalle parti nel contratto, e verificare se la clausola soddisfa i requisiti dello Stato in questione; 2) nel caso in cui non esista una clausola di forza maggiore, o se la clausola non sia valida secondo la legge applicabile, oppure se l’evento non ricada nella clausola altrimenti valida, si deve analizzare la legge applicabile dello Stato – codice e giurisprudenza - ed in particolare fino a che punto le dottrine di impossibilità, impraticabilità e frustrazione dello scopo del contratto sono stati incorporati nella legge di tale Stato.

### ***Conclusioni, in pillole***

Da quanto sopra sommariamente esposto sottrarsi alcune prime conclusioni di carattere pratico, ovvero:

1. È sempre necessaria la verifica dell’esistenza di un contratto formalizzato tra le parti, sia esso nella forma di uno scritto unitario che ricomprende tutte le pattuizioni, sia in forme “commerciale” ma non diversamente valido sotto il profilo legale (ad esempio, proposta d’ordine e accettazione, condizioni generali di fornitura implicitamente accettate o parzialmente eseguite, condizioni sottoscritte); in caso affermativo, se via sia o meno una clausola applicabile

- all'epidemia Covid-19 ed alle sue conseguenze sulle prestazioni dovute;
2. Nel caso in cui il contratto sia formalizzato e la controparte sia straniera, è indispensabile e prioritario verificare quale sia la legge applicabile (in estrema sintesi, tramite il ricorso alle norme previste dalla Convenzione di Roma sulla legge applicabile del obbligazioni contrattuali); la *rule of thumb* è che si applica la legge del Paese della parte che non paga il corrispettivo, ma “fa” qualcosa;
  3. Qualora il contratto sia sottoposto al diritto italiano, non preveda clausole “di forza maggiore”, o di altro genere specificamente applicabile alla situazione emergenziale, è necessario fare riferimento ai principi codicistici sopra esaminati avendo cura di identificare anzitutto la natura e la portata della prestazione dovuta, l'interesse dell'altra parte a riceverla, la sussistenza o meno di una causa di impossibilità oggettiva ovvero di eccessiva onerosità;
  4. Solo a seguito di tale analisi, e tenendo presente i rimedi previsti dalla legge, si potrà impostare un'eventuale revisione dei contratti;
  5. Qualora il contratto sia sottoposto ad una legge straniera, e posto che i vari ordinamenti possono regolare situazioni simili anche con norme assai diverse (sebbene tutti gli ordinamenti di *civil law* siano assai simili per quanto riguarda le regole applicabili alle obbligazioni, in generale) si potrà comunque consigliare al cliente di fare riferimento ai principi noti, laddove favorevoli; non dimentichiamo in questo caso che l'individuazione della legge applicabile è questione strettamente giuridica, anche non immediata, e dunque potrebbe sfuggire al cliente così come alla controparte<sup>6</sup>;
  6. Per chi debba ricevere la prestazione altrui, se queste ultime sono di natura pecuniaria si può genericamente prevedere che esse siano dovute; ciò non impedisce naturalmente di concedere dilazioni, riduzioni o altre condizioni di favore che andranno tuttavia opportunamente formalizzate con specifico riferimento all'arco temporale ritenuto congruo rispetto alla situazione;

---

<sup>6</sup> Giova a questo proposito ricordare una decisione della CIETAC (China International Economic & Trade Arbitration Commission) del 5 marzo 2005, nella quale la Corte arbitrale ha respinto la qualificazione dell'epidemia di SARS come evento di forza maggiore da parte del venditore inadempiente perché l'epidemia si era già diffusa mesi prima della data di conclusione del contratto, sicché non poteva essere ritenuta soddisfatta la condizione della imprevedibilità.

7. Per i contratti in corso di negoziazione, considerato che la forza maggiore non è tipizzata nel nostro Codice Civile, è conveniente che le parti contraenti inseriscano all'interno del contratto una clausola di forza maggiore, con l'indicazione degli eventi straordinari ed imprevedibili il cui verificarsi ne determinerebbe l'attivazione (ad esempio, anche facendo riferimento alla ICC Force Majeure Clause, essendo questa piuttosto esaustiva), e prevedendo esattamente quali siano le opzioni ed i rimedi disponibili alle parti.
8. Nel contesto generale, si ritiene opportuno consigliare di effettuare un "triage contrattuale", ossia una sorta di *due diligence* dei contratti attivi e passivi dell'impresa per valutare, anche in un'ottica a breve-medio termine, quali prestazioni potrebbero essere travolte da una causa di forza maggiore.

\*\*\*\*\*

Torino, li 15 aprile 2020

Avv. Alberto Camusso      Avv. Massimo Baghetti      Lauren Rose Keller *Esq.*

---

<sup>i</sup> Il presente Memorandum è stato redatto a meri fini informativi ed è destinato esclusivamente agli Studi Membri di ACBGroup S.p.A.. Il solo scopo del presente Memorandum è di fornire una descrizione di carattere generale di alcune implicazioni legali delle questioni trattate nello stesso. Il Memorandum non si propone di essere esaustivo o di contenere tutte le informazioni necessarie da acquisire in relazione alle materie ivi trattate, né costituisce (e non potrà interpretarsi come se rappresentasse) un parere legale.