

Commento art. 91 DL Cura Italia dell'Avv. Francesca Crivellari

L'IMPATTO DELL'ART. 91 DEL DL CURA ITALIA SUI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE

L'art. 91 del DL n. 18 del 17 marzo 2020 "Cura Italia" rubricato "Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici)" ha aggiunto il comma 6 bis all'art. 3 del decreto – legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, che recita:

"6-bis. 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 articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti."

Con riferimento alle sorti che l'emergenza Covid19 ha prodotto e produrrà sui rapporti di natura obbligatoria, il legislatore ha adottato una disciplina speciale ed una generale.

Nei diversi Titoli in cui è suddiviso il Decreto, strutturato sostanzialmente in base ai settori economici e sociali sui quali si è immaginato un impatto più accentuato dell'emergenza, il legislatore ha ritenuto di affrontare in modo esplicito e specifico le sorti di talune tipologie di rapporti obbligatori. Si veda ad esempio la disciplina dettata dall'art. 88 in relazione all'acquisto di biglietti di spettacoli, musei e luoghi di cultura e l'art. 56 in merito ai contratti bancari.

In particolare, il primo comma dell'art. 56 così recita: *"Ai fini del presente articolo l'epidemia da COVID-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia, ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea"*¹. La stessa definizione viene fornita all'art. 79 in materia di misure per il trasporto aereo.

L'art. 88 qualifica l'adozione dei provvedimenti emergenziali (il DPCM 8 marzo 2020 e il DL n. 6/20) come causa dell'*"impossibilità sopravvenuta della prestazione"*.

¹ Articolo 107 - (ex articolo 87 del TCE)

1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

2. Sono compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.

3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

L'art. 91 ha invece introdotto una norma di chiusura, poiché applicabile a tutti i rapporti obbligatori, non contenendo rinvii o indicazioni limitative della sua applicabilità e facendo riferimento alla disciplina delle obbligazioni, e non solo a quella contrattuale.

Da un primo esame dell'impianto normativo emergenziale si può quindi constatare che al di fuori delle casistiche sopra evidenziate, l'esistenza dell'emergenza sanitaria non ha trovato un riconoscimento normativo esplicito nella regolamentazione dei rapporti obbligatori privatistici tale da assumere, in modo automatico, un ruolo modificativo delle obbligazioni contrattuali, né tantomeno quello esimente dalla responsabilità per inadempimento. In particolare, l'emergenza sanitaria non è stata classificata dal legislatore come "causa di forza maggiore", unico elemento che, insieme al caso fortuito e all'eccessiva onerosità sopravvenuta, è idoneo a deresponsabilizzare il debitore rispetto all'inadempimento contrattuale.

Ed anzi, a ben vedere, almeno sotto il profilo dei rapporti privatistici (oggetto della presente disamina), la scelta operata va nel segno opposto. In particolare, l'aver qualificato l'adozione delle misure di cui al DL 6/20 e al DPCM 8 marzo 2020, come presupposto per la risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per musei, spettacoli ecc..., lascia spazio all'affermazione che in tutti gli altri casi la risoluzione contrattuale senza colpa del debitore non sia affatto automatica. Ed ancora. Il legislatore avrebbe potuto usare la categoria della forza maggiore mitigandola con l'affiancamento di casistiche particolari, ma non lo ha fatto. Per scelta? Per la natura emergenziale in cui i provvedimenti hanno avuto la loro genesi? Non è dato saperlo. Tant'è che non lo ha fatto, se non agli artt. 3 e 4 in materia sanitaria. Il che rafforza l'ipotesi che, per tutti gli altri casi, non si possa fare appello (almeno in via automatica) alla forza maggiore e vieppiù alle sue conseguenze esonerative della responsabilità per il debitore inadempiente.

A ciò si aggiunga che il DL Cura Italia e gli altri decreti che lo hanno preceduto e che seguiranno, sono norme di natura emergenziale e dunque "eccezionali". La prima conseguenza è che l'interpretazione sarà (o dovrebbe essere, secondo i normali criteri ermeneutici) "restrittiva" e dunque le norme si applicheranno ai casi espressamente ivi previsti (*lex plus dixit quam voluit*)

Tuttavia, come sopra è cenno, l'art. 91 introduce una sorta di norma di chiusura applicabile a tutti i rapporti contrattuali e alle obbligazioni in generale (la norma non a caso fa riferimento all'art. 1218 c.c.), affermando che "*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 articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*"

La prima considerazione riguarda il fatto che la deresponsabilizzazione del debitore non deriva dalla circostanza che l'inadempimento sia stato causato dall'emergenza sanitaria (che, appunto, non emerge dall'impianto normativo esaminato come causa di forza maggiore), bensì dal *rispetto delle misure di contenimento*, il che qualifica tali misure come "*factum principis*", ossia un evento di impossibilità oggettiva ad effettuare una prestazione derivante da ordine dell'autorità o da provvedimento autoritativo che, esulando dalla sfera di controllo del debitore, rende l'inadempimento o l'adempimento inesatto, non colpevole e, prima ancora, non attribuibile al debitore medesimo che quindi non ne risponderà in termini risarcitori nemmeno nei casi di responsabilità geneticamente oggettiva.

Dunque, il debitore che invocherà l'art. 91 dovrà dimostrare di essere destinatario di tali misure e che l'osservanza delle stesse (parimenti oggetto di allegazione e prova) ha impedito l'esecuzione esatta e tempestiva dell'obbligo contrattuale. Difficilmente, quindi, l'art. 91 potrà essere invocato da coloro i quali non sono stati direttamente interessati, nello svolgimento delle attività inerenti il contratto inadempito, dalle misure emergenziali, come ad esempio gli imprenditori o i professionisti le cui attività non sono state oggetto di sospensione. Questi soggetti dovranno invece fare appello alla

normativa ordinaria, deducendo e dimostrando che l'emergenza sanitaria ha assunto un ruolo causale che, seppur indiretto, è stato idoneo a determinare l'impossibilità non colpevole ad adempiere. E' il caso di coloro i quali non hanno potuto approvvigionarsi delle materie prime necessarie alla produzione di un determinato bene o all'erogazione di un servizio, poiché la "filiera" è stata interrotta o resa più difficoltosa dall'emergenza generale.

A mente dell'art. 1256 c.c. l'effetto prodotto da un'obbligazione divenuta impossibile è l'estinzione dell'obbligazione stessa. In sostanza, la previsione contenuta nel già richiamato art. 88, produce l'effetto estintivo automatico di cui alla normativa generale, con la differenza – non di poco conto – che il contraente che non avrà potuto usufruire del servizio potrà invocare direttamente l'art. 88 DL Cura Italia, senza dover eccepire l'art. 1256 c.c. e quindi dimostrare l'impossibilità della prestazione.

Dal confronto con il testo dell'art. 91, si evince invece che l'effetto prodotto dalla norma è molto meno dirompente. Questa infatti, si limita a richiamare la disciplina generale di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., specificando che, non l'emergenza Covid19 in sé considerata, bensì il "*rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto*" (e, aggiungo, di quelle di natura simile via via introdotte), "*è sempre valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore*". Inoltre, la locuzione usata dal legislatore non introduce un meccanismo automatico di esenzione da responsabilità nemmeno in questo caso, poiché la norma afferma che "*il rispetto delle misure di contenimento .. sarà valutata ai fini dell'esclusione...*". Dunque, sarà sempre e comunque il giudice a dover esprimere un giudizio circa il nesso causale esistente tra il rispetto delle misure di contenimento e l'inadempimento prodottosi per effetto di esso. La precisazione che i comportamenti conformi alle disposizioni emergenziali sono "*valutati*" ai fini dell'esenzione da responsabilità del debitore moroso o inadempiente, eliminando qualsiasi automatica operatività dell'esenzione, alleggerisce di poco l'onere del debitore nel dimostrare la non imputabilità del comportamento, lasciando intatto il meccanismo già disciplinato dall'art. 1218 c.c..

La norma, ad avviso di chi scrive, lungi dall'introdurre un elemento di esenzione automatico, incide piuttosto sulla ripartizione dell'onere probatorio, senza tuttavia stravolgerlo. Nell'impianto codicistico, sul debitore inadempiente grava l'onere di dimostrare la non imputabilità dell'inadempimento, allegando che la prestazione è divenuta ineseguibile per circostanze estranee alla sua sfera di controllo e quindi di responsabilità. Dunque, è lecito chiedersi quale sia l'effetto concreto dell'art. 91, dovendo necessariamente trovare una collocazione novativa alla norma, piuttosto che inquadrarla come un'inutile ripetizione del codice civile.

In quest'ottica, si può quindi ritenere che l'art. 91, pur non introducendo un concetto nuovo, ha voluto piuttosto riconoscere una presunzione di non colpevolezza del debitore, che però non opera per il sol fatto che l'inadempimento si sia verificato nel periodo emergenziale, bensì a seguito della dimostrazione, da parte del debitore medesimo, che il fatto impeditivo o estintivo sia la diretta conseguenza del rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza.

Tornando all'argomento iniziale, ove l'emergenza in sé fosse stata classificata, addirittura per legge, come un evento di forza maggiore, il giudice che si fosse trovato a valutare la responsabilità del debitore in termini di inadempimento, avrebbe dovuto indagare solo il nesso di causalità tra l'inadempimento medesimo e la circostanza temporale in cui lo stesso si è verificato. Allo stato attuale, invece, l'indagine dovrà spingersi a *valutare* il nesso causale tra il singolo provvedimento adottato dall'autorità e l'inadempimento verificatosi, indagando altresì se il debitore abbia adottato ogni precauzione o strumento idoneo ad evitare l'inadempimento nonostante il rispetto delle prescrizioni.

Come detto infatti, l'art. 1218 c.c. prevede già l'eliminazione delle conseguenze ordinarie dell'inadempimento in caso di non imputabilità dello stesso. Così come l'art. 1467 c.c. prevede già la mitigazione della ricontrattazione per ristabilire l'equilibrio delle prestazioni nei contratti di natura corrispettiva.

Sarebbe forse stato più opportuno classificare il fatto storico del “*rispetto delle misure di contenimento*” come un evento di oggettiva impossibilità della prestazione (scelta già operata nel caso dell’art. 88 cit.), lasciando al debitore l’onere di dimostrare solo il nesso temporale tra l’evento emergenziale, e quindi il rispetto delle misure, e l’inadempimento, semplificando così l’interpretazione della norma, nonché, aggiungo, agevolando eventuali transazioni, molto più probabili quando le conseguenze delle norme lasciano poco spazio all’interpretazione.

Così come pure, ove il legislatore avesse fatto riferimento all’applicabilità dell’art. 1256 c.c., i passaggi intermedi imposti dall’art. 1218 c.c. appena esaminati, sarebbero stati fatalmente superati dall’estinzione automatica dell’obbligazione o dagli effetti temporanei di cui al secondo comma della medesima norma.

Una terza ed ultima considerazione conferma la valutazione di impatto non dirompente dell’art. 91 laddove lo stesso mette in relazione l’esenzione dalla responsabilità per inadempimento con la (dis)applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti, quasi a voler lasciare spazio all’invocabilità delle ordinarie forme risarcitorie ed alle altre conseguenze pregiudizievoli (diverse dalla decadenza) a carico del debitore, pur parzialmente assolto da colpa per via del presupposto iniziale della norma. E l’aggiunta della congiunzione “*anche*” che introduce l’ultimo periodo dell’art. 6 bis, potrebbe non essere sufficiente a fugare i pericoli appena citati, che dunque permangono a carico del debitore inadempiente.

Di contro però, la norma, come sopra è cenno, introduce una *way out* generale, non circoscritta a casiste contrattuali predeterminate e dunque applicabile, in via teorica, ad ogni rapporto che produce obbligazioni.

In conclusione, la difficoltà economico-finanziaria in cui indubbiamente il debitore si sia trovato per effetto dell’emergenza Covid19 non costituisce, ad oggi, un elemento normativamente qualificante ai fini dell’invocazione della forza maggiore e dunque non esime di per sé il debitore dall’esatto adempimento contrattuale. Né a mio avviso lo esime, nemmeno nei casi previsti come impeditivi specifici, dall’adempimento di obblighi sorti anteriormente all’insorgere dell’emergenza, poiché debiti già maturati e dunque, in assenza di esplicita previsione, esigibili immediatamente (ove ciò sia oggettivamente possibile).

In ogni caso, il proliferare delle norme speciali e il ricorso (sacrosanto e legittimo) allo strumento del decreto legge (non sempre nella storia recente utilizzato per disciplinare situazioni di reale urgenza) costituiscono, in virtù della disciplina generale codicistica, un appiglio importante per ricorrere alla ricontrattazione dei rapporti in essere, invocando la buona fede nell’esecuzione del contratto e il principio di equità richiamato dall’art. 1467 ult. Comma cod. civ., anche se, allo stato, non rappresentano uno stravolgimento dei principi generali già dettati dal nostro codice civile che contiene in sé gli strumenti idonei a tutelare i soggetti colpiti dall’emergenza e dunque incolpevoli rispetto all’inadempimento.

Avv. Francesca Crivellari