

Marzo 2020

Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito

Alberto Maria Benedetti* e Roberto Natoli**

1. Qualche settimana fa nessuno avrebbe immaginato di vivere in uno stato di sospensione delle libertà. Nessuno avrebbe immaginato scuole e negozi chiusi né che l'esercito si facesse carico di trasportare bare destinate a una illacrimata sepoltura. Nessuno avrebbe pensato di vivere un tempo in cui la libertà di movimento è vietata e persino la preghiera è sottratta ai luoghi di culto per essere consegnata all'intimità, e alla solitudine, di ciascuno.

L'emergenza è diventata realtà, rischiando di produrre all'interno della comunità nazionale conseguenze ancora più nefaste dello "stato di guerra" e ciò perché mentre nella guerra comunità e individuo si fondono, animati dalla comune opposizione a un nemico, nello "stato di pandemia" comunità e individuo possono confliggere e i cittadini possono l'un contro l'altro armarsi. Anche durante l'emergenza, infatti, c'è chi vince e c'è chi perde. Pertanto, se non vogliamo inverare la profezia negativa della "abolizione del prossimo" (G. Agamben, *Contagio*, in <http://www.quodlibet>), dobbiamo urgentemente riflettere anche sulle risposte del diritto privato alla crisi sanitaria, per vivificarne, attraverso la riflessione, la sua primigenia e ontologica funzione: evitare che *cives ad arma veniant*.

Ora, di fronte a una crisi destinata a durare nel tempo, crediamo che il diritto privato debba, come prima cosa, regolare il potenziale conflitto tra le parti di contratti destinati a durare nel tempo ma conclusi in tempi, anche recenti, affatto diversi dall'attuale. Diventa dunque indispensabile, *già adesso*, individuare strumenti per sopravvivere alla crisi, allo scopo di ripartire nelle migliori condizioni possibili quando l'emergenza sarà superata. Pertanto, poiché i contratti sono il tessuto dell'economia, garantirne la sopravvivenza nel tempo della crisi sanitaria serve a preservare, *domani*, il tessuto economico e sociale del Paese.

L'ovvio presupposto del ragionamento che, in modo embrionale, proveremo ad abbozzare è questo: il contenuto di un contratto destinato a proiettare i suoi effetti nel tempo si basa su una stima di valori e utilità attesi inevitabilmente correlata a previsioni di ricavi e spese;

* Professore ordinario di diritto privato nell'Università di Genova

** Professore ordinario di diritto dell'economia nell'Università di Palermo

correlata, dunque, alla previsione di future utilità alla cui produzione anche quel contratto concorre. In tempi normali quelle previsioni possono essere sbagliate e può accadere che non tutti gli affari risultino tali: può accadere, insomma, che si possa perdere. Ma in tempi normali la sconfitta basata su errori di previsione fa parte del gioco. Chi perde esce dal mercato nel modo più possibile composto e non è colpito da alcuno stigma, neppure linguistico, come dimostra la recente abolizione dal lessico giuridico del lemma “fallimento”. Perché perdere fa parte del gioco.

Oggi, però, le regole del gioco sono cambiate: a causa di un virus incontrollabile, tante previsioni e stime, pur fondate e razionali, sono state sconvolte. Poiché a monte di questo sconvolgimento sta un fatto che, a differenza di altri fatti naturali, è totalmente estraneo alla sfera di governo umana, un ordinamento costituzionale come il nostro, informato al principio di solidarietà, non può lasciar cadere il danno lì dove capita. Di fronte a eventi davvero straordinari e imprevedibili, l'interprete sensibile ai valori costituzionali non può restare insensibile (v. F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *giustiziacivile.com*, 17.3.2020), meno che mai se lo “stato di emergenza” è assunto a fatto normativo (Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, in G.U., Serie Generale n. 26 dell'1/2/2020) e ha già prodotto la “riarticolazione” di molti diritti fondamentali, soffocati dal bilanciamento con l'interesse collettivo alla prevenzione dell'epidemia.

2. Di fronte a quest'indiscutibile stato di eccezione, il tradizionale armamentario dei rimedi contrattuali è indubbiamente spuntato. È vero che il diritto delle obbligazioni e dei contratti non è indifferente agli accadimenti sopravvenuti che possono più o meno incidere sull'equilibrio contrattuale. Ma si tratta di una sensibilità grezza, volta più a rompere il vincolo che ad adeguarlo. Tanto ci dicono le norme, soprattutto sulla risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta della prestazione: anche lì dove uno spiraglio si apre alla sopravvivenza del contratto (art. 1467, 3° comma, c.c.) è sempre alla parte che non è vittima degli eventi che si chiede di aprirlo, pena la rottura del vincolo. E tanto ci dice la tradizione, per la quale l'impotenza finanziaria non è mai una causa di esonero da responsabilità contrattuale. La risposta offerta dalla parte generale dei contratti — la *tabula rasa*, la distruzione del vincolo — oggi è però inservibile, perché manifestamente inadeguata a sostenere le parti che più patiscono le conseguenze economiche dell'emergenza. Attori economici che, in tanti casi, corrono un rischio assai più grave e irreparabile del perdere un contratto, poiché sul tavolo sta la stessa sopravvivenza della loro attività.

Quanto fin qui osservato rende dunque inevitabile chiedersi come rispondere all'emergenza, consapevoli, come siamo, dell'insegnamento storico per cui a partire dall'emergenza dell'oggi sono state sovente edificate regole per la società di domani: cioè, come già appare chiaro a molti, per la società che ci attende dopo la crisi sanitaria globale.

3. Chi scrive non è mai stato un compiaciuto tifoso della buona fede contrattuale e ha spesso denunciato l'uso, a tratti spregiudicato, dell'argomento costituzionale nel ragionamento civilistico, apparsogli, in più occasioni, un comodo espediente per sottrarsi alla fatica del concetto e per veicolare, tramite ragionamenti breviloqui, soluzioni che avrebbero dovuto argomentarsi attraverso puntuali norme positive, agevolandone così il controllo razionale. Tuttavia, nei tempi eccezionali che viviamo, le norme positive (tese, come sono, alla distruzione del vincolo più che alla sua conservazione) certamente non soccorrono. Proprio per questo, oggi, si possono e si devono chiamare in campo la buona fede contrattuale e i principi costituzionali, per preservare, loro tramite, l'economia di scambi congegnati in tempi normali ma irrimediabilmente alterati, per cause di forza maggiore, in tempo di emergenza. In mancanza di questo riequilibrio, la crisi sanitaria produrrebbe un ulteriore, inatteso e ancor più pernicioso effetto: quello di redistribuire ingiustamente la ricchezza a vantaggio di certi contraenti e in danno di altri.

4. Due sono, secondo noi, i rimedi invocabili per affrontare l'emergenza.

Il primo è l'obbligo di rinegoziare i termini del rapporto contrattuale, per adeguarli a uno scenario impreveduto e imprevedibile, riallocando *equamente* tra le parti il rischio contrattuale. Obbligo il cui fondamento si può facilmente rintracciare nella buona fede contrattuale in funzione integrativa e che si offre alle parti come strumento efficiente, non invasivo e assai ragionevole, posto che consente al contratto di vivere la sua "emergenza", lasciandolo poi libero, passata la tempesta, di riprendere a scorrere regolarmente, nell'assetto originariamente concordato; obbligo evidentemente coerente con quella reciproca solidarietà tra i contraenti che il principio costituzionale di solidarietà economica e sociale impone e che, mai come oggi, non è invocato invano. Riteniamo dunque che nulla vieti, già nell'attuale sistema contrattuale, che la parte nei cui confronti l'emergenza altera in modo significativo l'economia del contratto, richieda all'altra una ridiscussione *a tempo* del suo contenuto, da concordare nella reciproca lealtà e correttezza.

Se la rinegoziazione non inizia per il rifiuto della parte che ha interesse a preservare l'originario contenuto contrattuale si può invocare l'art. 1460 c.c.: non ci sembra infatti eccentrico predicare l'inadempimento della parte che rifiuti la rinegoziazione; né ci sembra eccentrico ritenere legittima l'autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consensualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi) operata dalla parte vittima dell'emergenza sanitaria. La soluzione è peraltro meno eversiva di quanto possa immaginarsi, posto che già in passato avevamo rilevato che l'*exceptio inadimpleti contractus* può opporsi anche a chi sia inadempiente a un'obbligazione *ex fide bona* (A.M. Benedetti, *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, pp. 30-31).

A nostro avviso, a una modifica unilaterale dei termini del contratto, operata in autotutela dalla parte in difficoltà, dovrebbe giungersi anche nel caso, di sicuro non infrequente, in cui, pur avviate le trattative, non si giunga a una riscrittura delle condizioni del contratto ispirata a equità.

L'autotutela ci sembra poi particolarmente coerente con l'attuale situazione emergenziale, che si è immediatamente riflessa anche nella generale sospensione della giustizia civile (v. art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18): situazione nella quale ci appare implausibile onerare la parte vittima della crisi sanitaria di ricorrere al giudice per devolgergli la decisione sull'assetto *provvisoriamente* più equo degli interessi. Osserviamo, peraltro, che dall'esercizio dell'autotutela, che sostanzialmente si declina qui in uno *jus variandi* unilaterale, non discende una sottrazione al vaglio giudiziale, sì da configurare una modifica unilaterale *legibus soluta* inammissibile persino in tempi d'emergenza; discende soltanto che la verifica giudiziale avverrà *a posteriori*: in un tempo, peraltro, in cui la giustizia avrà ripreso il suo fisiologico corso.

5. Il secondo rimedio si può rintracciare nell'art. 9 della l. 192/1998. Nei rapporti commerciali (nei quali le conseguenze della crisi già si manifestano, e sempre più si manifesteranno in tutta la loro gravità) nulla vieta, infatti, di configurare il rifiuto di ricondurre a equità i termini del rapporto contrattuale come un abuso perpetrato in danno della parte che, per fatti totalmente estranei alla propria sfera previsionale (non imputabili quindi ad errate scelte di natura imprenditoriale), si trovi in una sopravvenuta situazione di dipendenza economica.

Si pensi al caso della chiusura al pubblico, per *factum principis*, della propria attività commerciale o professionale. In questo caso l'impresa e il professionista si trovano costretti, anzitutto dalla speranza di poter riprendere (in un futuro auspicabilmente non troppo lontano) la propria normale attività, a mantenere in vita tutti quei contratti che ineriscono direttamente alla propria attività; ma, al contempo, possono trovarsi nell'impossibilità finanziaria di onorarli tutti, a causa dell'imprevedibile riduzione (se non azzeramento) dei ricavi attesi. Siamo qui al cospetto di una situazione per definizione non imputabile alla parte economicamente indebolitasi e rispetto alla quale non si può neppure lontanamente richiamare il principio di autoreponsabilità, secondo cui chi fa investimenti sbagliati, perché ha sbagliato le previsioni, deve sopportarne le conseguenze. Siamo al cospetto di una situazione in cui all'impresa mancano alternative di mercato soddisfacenti perché il mercato è stato sospeso per fatto dell'autorità.

Non ci pare dunque peregrino immaginare, senza tradire la natura della norma ma anzi restituendole vigore, un abuso sopravvenuto di dipendenza economica. Né ci sembra una forzatura, in un contesto in cui la vita non può certo soccombere innanzi alla dogmatica, ipotizzare una nullità del patto originario non rinegoziato sopravvenuta e transeunte, sì da legittimare l'impresa vittima immediata della crisi sanitaria al rifiuto di adempiere le originarie obbligazioni contrattuali (proprio il perdurare delle quali dà vita alla sopravvenuta abusività), almeno fin quando la situazione non ritorni alla normalità.

6. Un'urgenza ha mosso le nostre brevi osservazioni che, per questo, sono state volutamente redatte con ridottissimi riferimenti bibliografici. Non abbiamo inteso (né avremmo mai potuto) dire parole che squadrasero da ogni lato un problema del quale, in questo momento, si fatica pure a intravedere le dimensioni e i confini. Con umiltà oggi

più doverosa che mai, abbiamo cercato solo di gettare, *qui e ora*, un sasso nello stagno: per agitare fin da subito problemi che, negli anni a venire, richiederanno uno sforzo comune per essere affrontati e auspicabilmente risolti. La rivista sarà per questo lieta di ospitare il contributo di chi vorrà cimentarsi nell'impresa.