

# Commento in materia di rinegoziazione del contratto concluso.

*di Alessandro Sproviero*

Corte Suprema di Cassazione – ufficio del massimario e del ruolo

Relazione n. 56 dell'8 luglio 2020

**Oggetto: Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale.**

**CONTRATTI IN GENERE - ESECUZIONE DI BUONA FEDE**

**Sopravvenienze determinate dalla pandemia – In ambito contrattuale e concorsuale – Fase esecutiva – Norme applicabili – Rimedi – Presupposti – Ambito – Limiti.**

\* \* \*

La pandemia ha stravolto le nostre abitudini, le nostre regole ma ha, soprattutto, frenato l'economia, il mercato, gli scambi internazionali tanto che si è posta la domanda se la cura (il c.d. lockdown) sia più pericolosa del male considerando le imprese che versano in stato di crisi e gli imprenditori ed i commercianti che “lottano per sopravvivere”.

Ovviamente, nemmeno il diritto e l'ordinamento potevano rimanere indenni da questa situazione.

Tra le questioni che si sono poste, particolare importanza ha assunto il problema delle locazioni commerciali. A fronte della riduzione drastica del fatturato, causata dalla assenza di turisti e dalla frenata del consumo, molti imprenditori non hanno più potuto onorare i loro impegni con conseguente morosità che i creditori (a torto o a ragione) vorranno far valere in giudizio.

In questo contesto, la Cassazione, in virtù della sua funzione nomofilattica e data l'urgenza di dare indicazioni chiare agli operatori del settore, nel luglio scorso riteneva opportuno prendere posizione sulla questione con la relazione in commento.

La Cassazione osserva che il problema sia *“quella della gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali; quella dei correlati rimedi di natura legale e convenzionale”*.

In altri termini, la pandemia, evento grave ed eccezionale per antonomasia, ha posto il problema di determinare quale effetto abbia sul contratto, sul suo originario equilibrio, e quali strumenti possa avere la parte debole incisa dalla emergenza.

Sul punto, il legislatore, nella nutrita normativa emergenziale, non ha introdotto nuovi strumenti rimediali. Si deve sempre, quindi, far riferimento al codice civile e alle norme che regolano l'impossibilità alla prestazione da parte del debitore e al concetto d'inadempimento non imputabile.

L'eccezione è costituita dall'art. 91 D.L. n. 18 del 2020 che dispone “..*Il rispetto delle misure di contenimento di cui 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 ritardati o omessi adempimenti*”.

Il debitore, osserva la Cassazione, rimane onerato di dimostrare che “*è stato proprio l'ossequio delle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione*”.

La norma non risolve il problema, salvo quando l'Italia era chiusa. La pandemia sta assumendo carattere permanente e il c.d. lockdown (almeno per ora) è finito ma rimane il problema del drastico calo di fatturato dell'impresa che perdura e del credito che spetta al locatore, immutato nonostante la crisi.

Se poi si considera che la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata da causa di forza maggiore, non esonera dall'inadempimento allora ben si comprende la criticità della situazione.

Così entriamo nel cuore del presente commento: è ricavabile nell'ordinamento civile una norma (o un complesso sistemico di norme) che permettano, quale rimedio generale, di avanzare ad un Tribunale una domanda di manutenzione del contratto (*rectius*: modificazione del rapporto) per *rebus sic stantibus* (?).

Teoricamente avremmo lo strumento dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) ma tale strumento ha una propensione demolitoria, piuttosto che conservativa del contratto.

Infatti, l'imprenditore, nella situazione odierna, non ha interesse a divincolarsi dal rapporto contrattuale ma quanto la sua messa in sicurezza “*sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni*”.

Sul punto, la Cassazione osserva che la crisi COVID potrebbe incrinare il dogma del *pacta sunt servanda*, dando rilievo alle sopravvenienze che modificano l'originario equilibrio sinallagmatico, in ossequio al principio di conservazione del contratto di cui “*il codice civile offre...svariati esempi sul tema*”.

L'orientamento giurisprudenziale, storicamente, non è stato incline ad ammettere un intervento manutentivo del giudice: si temeva un'invasione in terreni non propri, riservati all'autonomia privata.

Di segno opposto, alcuni importanti arresti della Cassazione tra cui il famoso caso Fiuggi (Cassazione civile sez. I, 20/04/1994, n.3775 in *Corr. Giur.*, 1994, 566, con nota di CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*).

Una clausola inserita nel contratto, impediva al Comune di Fiuggi l'adeguamento del canone di concessione, nonostante la svalutazione monetaria. Siffatta clausola pattizia è stata ritenuta inefficace, perché contraria al principio di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.)..

Da quella pronuncia in poi, i principi di correttezza e buona fede hanno assunto via via nel tempo il rango di “*Grundnorm dell’ordinamento*” che presiedono ogni situazione giuridica soggettiva, assumendo la funzione di bilanciare o riequilibrare il rapporto giuridico ed economico tra le parti “*al fine di mantenerlo in vita, curandone l’interpretazione, l’integrazione, l’esecuzione ed arginando, al contempo, l’abuso del diritto*” (CARBONE, *la regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. Giur.*, 2012, 2, 153)”.

L’esigenza di manutenzione del contratto, trova un primo approdo proprio nelle regole di buona fede e correttezza. Queste, alla luce del principio solidaristico (art. 2 Cost), impongono *rebus sic stantibus* alle parti di rinegoziare il contratto concluso.

Questo non vuol dire obbligo di concludere un nuovo accordo, ma di porre in essere delle trattative serie. L’ingiustificato rifiuto è, quindi, fonte d’inadempimento risarcibile.

Senonché tale soluzione risolve il problema, solo in parte. Come detto, interesse dell’imprenditore è la conservazione del contratto non certo chiedere la sua risoluzione per ingiustificato rifiuto del creditore ad intraprendere delle trattative. E allora? Esiste uno strumento che consenta, in questa ipotesi, al Tribunale di stabilire le nuove condizioni del rapporto?

La Cassazione offre soluzione positiva al quesito.

Non è possibile utilizzare lo strumento di cui all’art. 1374 c.c., l’equità richiamata nella norma non consente, visto il suo carattere suppletivo e residuale, al magistrato di correggere il contratto anche quando, alla luce della realtà fenomenica, le clausole appaiano incongrue. Al più può supplire alle lacune del negozio, ma non certo modificarlo.

Più adatto appare lo strumento di cui all’art. 2932 c.c. che espone il creditore all’esecuzione specifica del contratto, determinando in tal modo la modifica del negozio originario.

Non un rimedio eccentrico, a detta della Cassazione, “*ma la rimodulazione estensiva di un mezzo già previsto*” dall’ordinamento.

Anche qui, entra in gioco la buona fede. Infatti, l’esecuzione in forma specifica è azionabile allorché l’oggetto del contratto sia predeterminato. Centrale, quindi, risulta l’attività di negoziazione attivata su impulso di parte prima di ricorrere al magistrato: da essa il Tribunale ricaverà “*spiccati elementi per decidere*”.

Bisogna precisare che, anche una sentenza resa ex art. 2932, non può imporre la formalizzazione di un accordo ma potrebbe incentivarlo, ipotizzando, grazie allo strumento di cui all’art. 614 bis c.p.c. (c.d. astreinte). In ogni caso, la mancata formalizzazione dell’accordo ordinato dal magistrato, sarebbe valutabile per una commisurazione del danno risarcibile.

\* \* \*

Fatta questa disquisizione, possiamo fornire il seguente consiglio all'imprenditore che si trovi in difficoltà, in questo periodo, con il pagamento del canone di affitto del locale commerciale:

- 1) Di attivare con il locatore la rinegoziazione del contratto, avviando delle trattative per la rimodulazione del canone di locazione e/o dei costi accessori;
- 2) In caso di ingiustificato rifiuto da parte del locatore a rinegoziare il contratto o in caso di esito negativo delle trattative, di proporre dinanzi al Tribunale un'azione per ottenere le modifiche necessarie al contratto.