

Locazione e contratti di durata alla prova del Covid – Parte I

SOMMARIO: 1. Presentazione. – 2. L'analisi dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione. – 3. L'istituto dell'impossibilità parziale temporanea. – 4. Le prime risposte della giurisprudenza di merito. 4.1 La riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività (Trib. Roma, 29 maggio 2020). – 4.2 Assenza dei gravi motivi per l'opposizione all'esecuzione (Trib. Pordenone, 3 luglio 2020). – 4.3 Gli accordi di riduzione del canone di locazione (Trib. Venezia, 28 luglio 2020). – 4.4 L'impossibilità parziale temporanea (Trib. Roma, 27 agosto 2020). – 4.5 Doveri di solidarietà (Trib. Venezia, sez. I, 30 settembre 2020). – 4.6 La distribuzione del rischio (Trib. Milano, 21 ottobre 2020). – 4.7 Illegittimi i DPCM Covid-19, va esclusa l'impossibilità sopravvenuta (Tribunale Roma, 16 dicembre 2020). – 5. Interventi normativi. – 6. Riflessioni.

1. Presentazione

Le conseguenze dell'attuale pandemia di Covid-19 – che non è destinata a terminare a breve, ma che si protrarrà inevitabilmente nel medio/lungo periodo – anche in termini di mutamento del tessuto economico e sociale per gli anni futuri, sono ormai fatto notorio: le chiusure forzate delle attività commerciali, l'assenza del turismo, il consolidamento dello *smartworking* e del commercio online hanno comportato una grave crisi della ristorazione e del commercio al dettaglio, con una evidente perdita economica che si estrinseca non solo nel mancato guadagno immanente e limitato ai mesi di chiusura, ma anche in un danno difficilmente recuperabile che si riverbera sul futuro delle imprese.

Sono innumerevoli i ricorsi cautelari e, di recente, anche i ricorsi proposti ex art. 447**bis** c.p.c. con cui si chiede a noi giudici di merito una rideterminazione del canone alla luce della ridotta utilizzazione del bene (almeno parzialmente e temporaneamente o “a singhiozzo”) secondo la destinazione prevista nel contratto di locazione per i fini per i quali era stato inizialmente preso in locazione.

Le richieste di riduzione dei canoni di locazione al fine di ristabilire il sinalagma contrattuale si inserisce nel quadro di questa grave congiuntura economica destinata a protrarsi negli anni futuri, in considerazione della forte diminuzione delle entrate e della crisi di liquidità determinatasi nel corso di questi mesi.

La principale domanda da porsi è se sia legittima una sospensione, anche parziale, nel pagamento del canone e sussista la possibilità, per noi giudici, di inserirsi nel sinallagma contrattuale sino al punto da stravolgerlo.

Prima di cercare di rispondere a questa domanda vediamo come questo problema sia stato affrontato dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione – che nella relazione tematica n. 56 datata 8 luglio 2020 ha analizzato le novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid in materia contrattuale e concorsuale – e dalla giurisprudenza di merito.

2. L'analisi dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

L'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nella relazione tematica n. 56 datata 8 luglio 2020 analizza le novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid in materia contrattuale e concorsuale. Nell'analizzare la normativa anti-Covid, l'Ufficio della Cassazione riflette sull'applicabilità ai contratti delle norme che contemplano l'impossibilità sopravvenuta e di quelle sull'eccessiva onerosità sopravvenuta nonché sul fatto che, nella normativa emergenziale, difettino norme che contemplino non l'impossibilità tecnica di adempiere, ma quella “strettamente finanziaria”. In particolare, sulla questione dell'impossibilità sopravvenuta, gli ermellini hanno evidenziato che, con maggiore difficoltà, possono ricondursi i contratti di locazione, anche di beni produttivi, incisi dallo scotto della pandemia, dal momento che la prestazione di concessione in godimento rimane possibile e continua a essere eseguita quand'anche per *factum principis* le facoltà di godimento del bene risultino momentaneamente affievolite. Nel contratto di durata, la prestazione del locatore continua ad essere resa benché l'utilità che il conduttore ne ricava sia allo stato depressa. Fare perno sulle disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta per smarcare in tutto o in parte il locatario dal pagamento del canone vuol dire correggere l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, dislocando una porzione delle conseguenze finanziarie del Covid da una parte all'altra del contratto, ma sulla base di una considerazione che appare ispirata al buon senso, più che al rigore giuridico. Quanto alla eccessiva onerosità sopravvenuta, la relazione evidenzia che l'emergenza non si tampona demolendo il contratto. Più che la liberazione del debitore-imprenditore dall'obbligazione, cruciali appaiono l'attenuazione o il ridimensionamento del contenuto di questa, ove il suo adempimento sia ostacolato o reso sfibrante dalle misure di contenimento su approvvigionamenti, circolazione di merci, organizzazione aziendale, viepiù ove si consideri che dette misure sono turbinosamente adottate a vari livelli (nazionale, regionale, comunale) nell'ottica di contrastare il dilagare del contagio. È il caso eclatante e sintomatico – per restare alle imprese – della locazione di un locale ad uso commerciale funzionale ad un esercizio chiuso d'autorità.

Dopo questi principi generali, i giudici si soffermano proprio sull'art. 91 del d.l. n. 18/2020 (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020 inserito dall'art. 91, d.l. n. 18/2020 con decorrenza dal 17.03.2020, così come modificato dall'allegato alla legge di conversione, l. n. 27/2020 con decorrenza dal 30.04.2020).

In particolare, secondo la relazione in esame, la citata norma è di ardua interpretazione su due piani:

- a) la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento sembrerebbe elisa già in virtù dell'art. 1218 c.c.;
- b) la norma non esclude *tout court* la responsabilità "da adeguamento" alle misure "anti-Covid", piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia "sempre valutato" ai fini del giudizio di responsabilità.

Dunque, va provato e dimostrato il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento. Tuttavia, secondo il documento in esame, è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza. Quindi, l'obbligato per slegarsi dalla responsabilità, non può limitarsi ad allegare assiomaticamente che l'inadempimento è ascrivibile alle misure anti-contagio, dovendo, per converso, in linea con la previsione dell'art. 1218 c.c., offrire la prova circostanziata del collegamento eziologico fra inadempimento e causa impossibilitante rappresentata dal rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia. Secondo i giudici di legittimità, la necessità di adeguarsi a siffatte prescrizioni è in linea astratta causa di forza maggiore, ma esige in linea concreta la dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è derivato proprio dall'esigenza di allinearsi ad esse. Ed ancora, la norma d'emergenza contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c. (risarcimento del danno); in tal caso, sembrerebbe che la norma attenderebbe alla finalità di "sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione di fisiologia". Per meglio dire, il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza; di conseguenza, come definito dalla dottrina, una figura di debitore definibile come "immune". Per quanto riguarda invece il creditore, pare potersi avvalere della *exceptio inadimpleti contractus*, sollevabile anche in caso di inadempimenti incolpevoli o causati da impossibilità sopravvenuta per cause non imputabili al debitore; in caso contrario, il creditore dovrebbe sopportare interamente le conseguenze economiche causate dall'emergenza. Difatti, qualora *l'exceptio* fosse preclusa, il creditore finirebbe per essere chiamato a sopportare l'intero fardello delle conseguenze economiche dell'emergenza, pagando per una prestazione che egli non

ha ancora ricevuto e che vi è il rischio non riceva più. L'eccezione anzidetta è sollevabile pure in rapporto ad inadempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore (Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2019, n. 20322). Solo una volta cessate l'urgenza pandemica e la paralisi del rapporto indotta dall'eccezione di inadempimento opposta dal creditore, è ipotizzabile che la sua controparte contrattuale, offrendo la propria prestazione, dia impulso all'esecuzione di quella altrui, ferma e impregiudicata l'incidenza sull'efficacia del contratto dell'impossibilità temporanea **ex art. 1464 c.c.** connessa all'osservanza delle prescrizioni "anti-Covid". In definitiva, in tale contesto, se le prescrizioni sanitarie impediscono l'esecuzione di una parte della prestazione, il debitore può sempre offrire la parte possibile e il creditore può rifiutare, ma non può agire per la risoluzione o l'intero, proprio perché sussiste la causa eccezionale di giustificazione. Se poi il creditore sceglie parte della prestazione, può a sua volta sospendere parte della propria, l'importante è che venga rispettato il principio di proporzionalità sotteso all'art. 1460, comma 2, c.c.

3. L'istituto dell'impossibilità parziale temporanea

L'art. 1464 c.c. recita 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".

In dottrina, è stato osservato che la disposizione di cui all'art. 1464 c.c. condivide la medesima ratio sottesa alla norma di cui all'art. 1463 c.c., vale a dire che la prestazione cui ciascuna parte è tenuta, si giustifica in considerazione della controprestazione altrui. Se una frazione di questa viene meno, proporzionalmente viene a ridursi la controprestazione, per cui la parte interessata, ai sensi dell'art. 1464 c.c., può richiedere una riduzione del *quantum* da corrispondere. Qualora la riduzione della controprestazione non sia possibile, poiché questa è indivisibile, essa è dovuta per intero, salvo il diritto a ricevere un conguaglio in denaro. La circostanza che determina l'impossibilità sopravvenuta deve concretizzarsi anteriormente all'inadempimento ed alla costituzione in mora. Resta in facoltà delle parti, pattuire che una di esse si accoli il rischio di impossibilità sopravvenuta parziale; ciò posto, il creditore potrebbe non avere interesse a ricevere una porzione della prestazione originariamente preventivata, e determinarsi al recesso, facoltà riconosciutagli dall'art. 1464 c.c. Secondo alcune pronunce, l'art. 1464 c.c. rimette unicamente al creditore la **facoltà** di scelta tra la riduzione della prestazione ed il recesso (Cass. civ., sez. II, 1° febbraio 1993, n. 1219), quest'ultimo da esercitarsi in ossequio al cano-

ne di buona fede. Premesso ciò, dopo questi brevi cenni (di diritto privato), attualmente, volendo considerare la posizione dei conduttori di immobili ad uso diverso, che chiedono la riduzione del canone a seguito della situazione determinata dalle misure assunte per contrastare l'epidemia di Coronavirus, molti autori hanno ipotizzato l'utilizzo dell'istituto della "impossibilità parziale sopravvenuta" come prevista dall'art. 1464 c.c.

Difatti, come già sostenuto inizialmente dai primi commentatori, nella vicenda del Covid-19, la prestazione di una parte (locatore) è divenuta solo parzialmente impossibile; quindi, ritenendo violato l'obbligo del locatore di consegnare e mantenere il bene in condizione da essere utilizzato secondo l'uso contrattualmente stabilito ai sensi dell'art. 1575 c.c. Ovviamente, tenendo presente che la situazione di "impossibilità sopravvenuta parziale", allo stato non ha le caratteristiche della definitività. Premesso quanto innanzi esposto, si segnalano le prime risposte fornite dalla giurisprudenza di merito in relazione alla riduzione del canone di locazione richiesta dai conduttori come conseguenza del Covid-19.

4. Le prime risposte della giurisprudenza di merito

4.1 La riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività (Trib. Roma, 29 maggio 2020)

Nell'ipotesi di contratto di affitto di ramo di azienda a fini commerciali, la mancata esecuzione dell'obbligo gravante sull'affittante di consentire all'affittuario la vendita al dettaglio nei locali aziendali, causata dalla sospensione governativa delle attività commerciali per l'emergenza pandemica, integra un'ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione, rilevante *ex art.* 1464 c.c. Per l'effetto, il conduttore ha diritto ad una riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività.

Invero, secondo il giudicante, trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone sarà quello di subire, *ex art.* 1464 c.c. una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita (come poi accaduto a far data dal 18 maggio 2020). Alla luce di tutto quanto innanzi esposto, avendo la resistente, senza sua colpa, potuto eseguire dall'11 marzo al 18 maggio 2020 una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale, secondo il provvedimento, la ricorrente ha diritto *ex art.* 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale, avuto riguardo alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del

ramo di azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali; del resto, il ramo di azienda era pur sempre rimasto nella disponibilità della ricorrente. Per i motivi esposti, è stata ipotizzata una riduzione nella misura del 70%. Nonostante ciò, evidenzia il giudicante, restano integralmente dovute accanto alla quota del 30% di canone comunque da corrispondere, non solo le somme maturate per morosità pregresse della ricorrente ma anche gli oneri “comuni” diretti ed indiretti, in quanto connessi alla disponibilità materiale dei locali che è rimasta, anche nel periodo di chiusura, in capo alla ricorrente.

4.2 Assenza dei gravi motivi per l’opposizione all’esecuzione (Trib. Pordenone, 3 luglio 2020)

Diversamente dalle pronunce citate, in tal vicenda, il Tribunale adito ha ritenuto che la pandemia da Covid-19 non consenta all’affittuario di un’azienda o al conduttore di un immobile di sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell’ipotesi in cui l’attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali. Il c.d. *lockdown* non ha legittimato né ha determinato il sorgere d’un automatico diritto al non adempimento dell’obbligazione di versamento dei canoni d’affitto o di locazione. Del resto, prosegue il giudice, il richiamo all’art. 91 del Decreto Cura Italia non è pertinente. Infatti, la norma si limita ad affermare l’assenza d’obblighi di risarcimento danni e/o il maturare di decadenze o penali, ma non afferma assolutamente l’automatica sospensione sine die e/o la cancellazione dell’obbligo di versamento dei canoni d’affitto/locazione. Nella specie, l’affittuario aveva mantenuto la detenzione dei beni oggetto del contratto ed aveva pacificamente ripreso l’attività al termine del periodo nel quale la stessa era stata interdetta, così che, allo stato, pur dovendosi invitare le parti a concordare una riduzione del canone relativo ai due mesi cui si riferisce il precetto in conformità al canone di buona fede nell’esecuzione del contratto, la sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo sarebbe provvedimento incongruo e non consentito. Quindi, pur essendovi elementi per ritenere che la convenuta non aveva rispettato i propri obblighi informativi in sede di trattative e di formazione del contratto d’affitto d’azienda – non avendo informato la controparte del fatto che l’immobile nel quale si svolgeva l’attività era oggetto di pignoramento – tuttavia, risultava giuridicamente impropria e comunque incoerente la domanda subordinata di riduzione del canone pattuito fondata sul richiesto accertamento della condotta dolosa della controparte. Per i motivi esposti, il giudice ha ritenuto che non fossero sussistenti i gravi motivi richiesti per la sospensione dell’efficacia esecutivo del titolo proposta con opposizione all’esecuzione ai sensi dell’art. 615, comma 1, c.p.c.

4.3 Gli accordi di riduzione del canone di locazione (Trib. Venezia, 28 luglio 2020)

A scioglimento della riserva, con riferimento ad un'intimazione di sfratto per morosità di un contratto di locazione avente ad oggetto un immobile ad uso commerciale, il giudicante ha osservato che era alquanto chiaro che la morosità si riferiva a mensilità nelle quali la società conduttrice non aveva potuto esercitare nei locali l'attività commerciale a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria in materia di Covid-19. Pertanto, per il periodo da marzo 2020 a maggio 2020, nella quale l'attività commerciale è stata chiusa (c.d. *lockdown*), non si poteva parlare di un'impossibilità assoluta di godimento dell'immobile, ma di una mera impossibilità soltanto parziale, dal momento che l'unità immobiliare era rimasta pur sempre nella disponibilità della conduttrice ed era stata utilizzata quantomeno con funzione di ricovero delle attrezzature e delle materie prime relative all'attività di ristorazione. Dunque, era pertinente non tanto il richiamo all'art. 1463 c.c., ma piuttosto alla figura dell'impossibilità parziale temporanea, che giustifica nei contratti a prestazioni corrispettive o la riduzione della controprestazione o il recesso (artt. 1256, 1258 e 1464 c.c.). Per i motivi esposti, richiamato quanto previsto dall'art. 91 del d.l. n. 18/2020, il giudice di Venezia ha rigettato l'istanza di rilascio con conseguente mutamento del rito del successivo giudizio di merito. In tal giudizio, almeno con riferimento al periodo da marzo a maggio, secondo il giudice, sarà necessario determinare l'*an* e il *quantum* della riduzione del canone di locazione. Dunque, un possibile accordo tra le parti.

4.4 L'impossibilità parziale temporanea (Trib. Roma, 27 agosto 2020)

In tale vicenda, secondo il conduttore, la società resistente non aveva ottemperato all'obbligo, derivante dalla clausola generale di buona fede e correttezza, di ricontrattare le condizioni economiche del contratto di locazione a seguito delle sopravvenienze legate all'insorgere della pandemia. Dunque, con ricorso ex art. 700 c.p.c., aveva chiesto al Tribunale adito di ordinare alla resistente di non escutere la fideiussione a garanzia delle obbligazioni assunte con il contratto di locazione e la riduzione del canone di locazione del 50%, in subordine la sospensione, a decorrere dal mese di aprile 2020 e fino all'ordinanza. Ritenuti non sussistenti i presupposti per l'emissione di un decreto *inaudita altera parte*, nella successiva udienza di discussione il giudicante ha riconosciuto il ricorso suscettibile di favorevole considerazione sotto il profilo del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. A tal proposito, il giudicante non ignora che in base al testo normativo dell'art. 1467, comma 3, c.c. la rettifica delle condizioni contrattuali "squilibrata" può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione; tuttavia, ha ritenuto che soprattutto per i contratti

commerciali a lungo termine, tale soluzione “possa in alcuni casi non essere opportuna e non rispondente all’interesse della stessa parte che, subendo l’aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto squilibrato e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali squilibrate”. Del resto, prosegue il Tribunale, certamente la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali – ed in particolare di quelle legate al settore della ristorazione – devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale. Difatti, nel caso delle locazioni commerciali il contratto è stato stipulato sul presupposto di un impiego dell’immobile per l’effettivo svolgimento di attività produttiva, e segnatamente nel caso di specie per lo svolgimento dell’attività di ristorazione. In tali casi, dunque, secondo il giudicante, l’eventuale risoluzione del contratto per eccessiva sopravvenuta onerosità “comporterebbe inevitabilmente la perdita dell’avviamento per l’impresa colpita dall’eccessiva onerosità e la conseguente cessazione dell’attività economica”. Quindi, in tal caso, in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, sorge un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell’alea normale. Per i motivi esposti, secondo il giudice romano, ferma la circostanza che alcuna delle parti ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo contrattuale, le conseguenze non sono quelle della impossibilità totale temporanea né quelle della impossibilità parziale definitiva. Trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull’obbligo di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire, *ex art. 1464 c.c.* una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita. In conclusione, oltre alla sospensione della garanzia fideiussoria, il giudice ha accolto la domanda cautelare disponendo la riduzione dei canoni di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20 % per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021.

4.5 Doveri di solidarietà (Trib. Venezia, sez. I, 30 settembre 2020)

In questa particolare vicenda, con atto di citazione, il locatore aveva intimato sfratto per morosità con riferimento al contratto di *rent to buy* avente ad oggetto n. 19 unità immobiliari insistenti, lamentando il mancato versamento di canoni, per le componenti *rent e buy*, da dicembre 2019 sino a maggio 2020 un totale di circa 137 mila euro, di cui euro circa 49 mila euro a titolo di canoni di componente *rent*. Parte intimata si era opposta allo sfratto, eccependo che la morosità era dipesa da eventi eccezionali alta marea avvenuti a novembre 2019, in conseguenza dei quali era stato dichiarato lo stato di emergenza per 12 mesi,

e da gennaio 2020 per l'emergenza sanitaria legata all'epidemia di COVID-19. Premesso ciò, secondo il giudice non si trattava di impossibilità assoluta di godimento di una seppur significativa impossibilità parziale, dal momento che la disponibilità dei locali in sé e per sé considerata non era venuta meno. Quindi, in virtù di quanto innanzi esposto, il giudice ha ritenuto pertinente il richiamo all'art. 1464 c.c. (e non tanto l'art. 1463 c.c. citato da parte opponente) riguardante l'impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione e che prevede in capo alla parte la cui prestazione di per sé non è divenuta impossibile (parte conduttrice) la scelta tra riduzione della prestazione e il recesso. Anche questo caso, secondo la sentenza in commento, era opportuno trovare un accordo sulla quota di riduzione. Oltre a ciò, il giudice ha avuto modo di precisare che per un verso, la novità delle questioni nonché la considerazione degli impedimenti derivanti dai provvedimenti restrittivi emanati durante i mesi di marzo, aprile, maggio 2020 (art. 91 d.l. n. 18/2020) deponevano alla stato per la sussistenza di gravi motivi *ex art. 665 c.p.c.*; per altro verso, invece, vi erano ragioni che deponevano per la sussistenza dei "gravi motivi in contrario" *ex art. 665 c.p.c.*, dal momento che la notifica dell'atto di intimazione di sfratto per morosità in piena emergenza COVID era un comportamento di certo non ispirato del tutto a canoni solidaristici *ex art. 2 Cost.* Per i motivi esposti, il Tribunale ha rigettato l'istanza di rilascio, disposto il mutamento del rito e assegnato alle parti il termine di quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento presente, a pena di improcedibilità della domanda, per la presentazione della domanda di mediazione.

4.6 La distribuzione del rischio (Trib. Milano, 21 ottobre 2020)

Nell'ambito della procedura di sfratto di morosità nei confronti di una società, la locatrice aveva avanzato una pretesa per i mesi di marzo, aprile e maggio 2020 di circa 11 mila euro per l'attività di ristorazione esercitata dalla conduttrice. Secondo il giudicante, in forza di ordine dell'autorità (*factum principis*) il conduttore aveva subito una limitazione nel godimento del bene locato non sotto il profilo della sua detenzione (che era rimasta al conduttore), quanto piuttosto della sua utilizzazione secondo la destinazione negoziale. Dunque, secondo tale assunto, entrambe le prestazioni (detenzione e destinazione contrattuale) rientravano nell'obbligo del locatore di mantenere la cosa locata, nel corso del rapporto, "in istato da servire all'uso convenuto" (art. 1575 n. 2) c.c. Oltre a ciò, il giudice milanese aggiunge che a causa dell'emergenza sanitaria in corso, era da ritenersi necessaria, alla luce del principio di buona fede e correttezza nonché dei doveri di solidarietà costituzionalizzati (art. 2 Cost.) una rinegoziazione del canone di locazione al fine di riequilibrare il sinallagma, così come caldeggiato anche dalla Suprema Corte nella relazione tematica n. 56 dell'8 luglio

2020. Pertanto, una rinegoziazione dell'importo del canone – nel senso di una sua temporanea riduzione – e/o delle modalità di corresponsione del canone stesso, verrebbe a riequilibrare lo scambio, richiedendo al locatore un sacrificio ampiamente inferiore a quello cui il conduttore sarebbe soggetto ove fosse tenuto a corrispondere l'intero canone, a fronte di un'utilità significativamente ridotta, seppur temporaneamente, esercitando parte conduttrice nell'immobile locato un'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande. Oltre a ciò, la sentenza prende in considerazione la nuova ondata di *lockdown*. Difatti, aggiunge il giudice che qualora il conduttore fosse costretto a corrispondere interamente il canone originariamente pattuito pur non potendo esercitare l'attività imprenditoriale che generava la necessità di prendere in locazione quell'immobile ovvero potendola sì esercitare, ma con stringenti limiti – come quelli di orario, che si stanno profilando divenire sempre più concreti alla luce dei prospettati provvedimenti di “coprifuoco” nella Regione Lombardia – il locatore verrebbe a trovarsi in una posizione di eccessivo vantaggio, continuando a ricavare un lucro che verosimilmente non otterrebbe se l'immobile venisse locato nel contesto dell'attuale soluzione emergenziale, atteso il valore ridotto del bene in tale periodo. Per i motivi esposti, il Tribunale di Milano ha invitato la locatrice a formulare alla conduttrice per iscritto una proposta di rinegoziazione del canone che comprenda il periodo marzo – dicembre 2020; nonché, termine per la conduttrice per prendere posizione su tale proposta, motivando le ragioni economiche sottese alla eventuale mancata accettazione o per formulare, a sua volta, una motivata controproposta alternativa. Solo nel caso di fallimento della rinegoziazione, si procederà al mutamento del rito.

4.7 Illegittimi i DPCM Covid-19, va esclusa l'impossibilità sopravvenuta (Tribunale Roma, 16 dicembre 2020)

Con ordinanza del 16 dicembre 2020 il Tribunale di Roma ha ritenuto che l'esistenza dell'emergenza da Covid-19 non sia di per sé condizione intrinsecamente impediente in termini assoluti, rilevante ai fini dell'impossibilità di adempiere alla propria prestazione (nel caso di specie, il pagamento dei canoni dell'immobile commerciale).

La limitazione ai diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti verificatesi nel periodo di emergenza sanitaria è dovuta, infatti, non alla intrinseca diffusione pandemica di un virus *ex se*, ma alla adozione “esterna” dei provvedimenti di varia natura (normativi ed amministrativi) i quali, sul presupposto della esistenza di una emergenza sanitaria, hanno compresso o addirittura eliminato alcune tra le libertà fondamentali dell'Uomo, così come riconosciute sia dalla Carta Costituzionale che dalle Convenzioni Internazionali.

Ai fini della valutazione sull'incidenza del sinallagma contrattuale, si deve quindi verificare se tale compressione fosse insuperabile, ovvero se si fosse in presenza di atti censurabili ed illegittimi e/o di una norma incostituzionale o in violazione delle Convenzioni internazionali, e se la loro ipotetica caducazione avrebbe potuto eliminare le conseguenze dannose.

Nel ritenere, per i motivi meglio espressi nell'ordinanza allegata, illegittimi in quanto in contrasto con la Carta Costituzionale il DPCM emergenziale, il Tribunale ha evidenziato come la parte ben avrebbe potuto (ed, anzi, dovuto) impugnare tale atto, con ciò eliminando in radice le conseguenze che ne sono derivate.

La caducazione, infatti, avrebbe interessato l'intero DPCM, trattandosi di disposizioni correlate le une alle altre, in un rapporto di stretta connessione che le avrebbe travolte nella interezza.

Si tratta quindi, a ben vedere, non di un danno "da emergenza sanitaria", ma di un danno da attività provvedimentoale, che si reputa illegittima, e che la parte non si è attivata in alcun modo per rimuovere e, di conseguenza, eliminarne gli effetti dannosi, che dunque ben avrebbe potuto evitare. In tale sentenza, si richiamano i limiti che incontra il giudicante, il quale non può eterodeterminare il contenuto del contratto, che appartiene alla sfera decisionale delle parti.

5. Interventi normativi

Lo stesso legislatore ha già adottato meccanismi compensatori idonei a ripristinare un equilibrio sinallagmatico o a ridurre lo squilibrio.

Solo per fare alcuni esempi, il d.l. n. 18/2020, c.d. Cura Italia, ha previsto all'art. 65, del d.l. n. 18/2020, in favore del conduttore un credito di imposta pari al 60% dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1- Negozi e botteghe.

Su tale aspetto, l'Agenzia delle Entrate (Ag. Entrate, circ. 3 aprile 2020, n. 8/E), tra i chiarimenti sulle norme del Decreto Cura Italia, ha fornito anche delle delucidazioni sul credito di imposta per le locazioni commerciali di negozi e botteghe di cui all'art. 65, d.l. n. 18/2020: il credito d'imposta, pari al 60% del canone di locazione del mese di marzo 2020, è riconosciuto solo sui canoni effettivamente pagati; un canone di locazione non pagato non produrrà il credito d'imposta in quanto la norma intende ristorare il conduttore del canone versato a fronte della sospensione dell'attività di impresa in questo periodo. Tale previsione compensa già a livello teorico l'eventuale eccessiva onerosità cui il conduttore va incontro e impedisce una rilevanza ai fini della risoluzione del contratto. L'art. 95 del c.d. decreto cura Italia ha invece previsto la possibilità, per le federazioni sportive nazionali, gli enti di promozione sportiva, le società e associazioni sportive, professionistiche e

dilettantistiche, che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato, di sospendere i canoni di locazione e concessori relativi all'affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali.

Vi è poi l'art. 91, comma 6-bis, d.l. n. 18/2020, in base alla quale “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 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”. Tale norma consentirebbe una applicazione nei limiti ristretti di un ritardo nei pagamenti: nessuna norma impedisce infatti il pagamento del canone e lo stesso è quindi certamente dovuto, non potendo assumere rilievo le difficoltà finanziarie temporanee di carattere soggettivo.

Quando il legislatore ha voluto, è intervenuto espressamente, come in materia di impianti sportivi. In materia, l'art. 216 Decreto “Rilancio” ha espressamente previsto la rilevanza della limitazione imposta anche nel rapporto tra privati:

La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati.

In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito”, addirittura disponendo una automatica riduzione del canone (in mancanza di diversi accordi) pari al 50%, ponendo quindi un onere paritario tra le parti.

Tali norme sembrerebbero fornire una indiretta conferma della intangibilità del rapporto contrattuale alla luce della normativa, posto che, laddove l'ordinamento avesse già previsto al suo interno una possibile sospensione, riduzione o caducazione dei canoni dovuti, una simile disposizione non avrebbe avuto alcun senso.

6. Riflessioni

La Relazione ha messo in luce come “Il Covid potrebbe condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con l'altro principio del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadi-

menti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato” e che “Il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione”.

La Relazione citata concepisce la rinegoziazione come l'atto della parte “di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente”, che “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 rinegoziazione 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”.

Se, tuttavia, “rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute”, “di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente”, la stessa parte non ha l'obbligo “di concludere il contratto modificativo”.

In particolare, a pag. 25 della Relazione, con riferimento al comportamento che deve essere tenuto dalla parte locatrice, è affermato chiaramente che “Di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno né all'altro contraente”.

Sempre nella citata relazione, la Corte di Cassazione si esprime sulla possibilità di un intervento eteronomo del giudice di integrazione del rapporto divenuto iniquo, riducendone la portata ad un ambito applicativo ridottissimo: “Disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Di equità si parla sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinarne gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto contemperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare. È attraverso l'equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non definiti dalle parti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L'equità non è principio di giustizia

morale dacchè il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato.

Il suo intervento, tuttavia, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand'anche le scelte di queste gli appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato dalle parti. Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362 – 1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede dell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile né dalle parti, né dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformità, senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore”.

Invito tutti coloro che si sono iscritti al GRUPPO di lavoro “LOCAZIONI E CONTRATTI DI DURATA ALLA PROVA DEL COVID”, dopo avere letto con attenzione la relazione che troverete qui sopra, a riflettere sulle seguenti domande, sulle quali vorrei provocare un dibattito dopo che avrò illustrato alcuni casi pratici che ci troviamo sovente ad affrontare sul tema in oggetto:

- 1) SUSSISTONO EFFETTIVAMENTE GLI ESTREMI PER L'APPLICAZIONE DEI RIMEDI DELL'IMPOSSIBILITA' PARZIALE E DELLA ECCESSIVA ONEROSITA'?
2. SE SI IPOTIZZA LA POSSIBILITA' DI OPERARE UNA RIDUZIONE DEL CANONE, ATTRAVERSO QUALI CRITERI VA RIDETERMINATO?
3. NON C'È RISCHIO DI SFOCIARE NELL'ARBITRIO?
4. SINO A CHE PUNTO SI PUO' INTERVENIRE NELL'AUTONOMIA PRIVATA, CHE È ANCHE SCELTA DELLE PARTI DI ASSOGGETTARSI ALLA LIBERTA' DI FAR FALLIRE UN DETERMINATO PROGRAMMA NEGOZIALE?

Vorrei, con Voi, cercare di dare risposta a queste domande.

Locazione e contratti di durata alla prova del Covid – Parte II

SOMMARIO: 1. Presentazione. – 2. Sussistono effettivamente gli estremi per l'applicazione dei rimedi dell'impossibilità parziale e dell'eccessiva onerosità? – 2.1 Obiezioni. – 2.2 Conclusione. – 3. Se si ipotizza la possibilità di operare una riduzione del canone, attraverso quali criteri? – 3.1 Casi concreti. – Quali limiti per noi giudici di merito nell'intervento sul regolamento negoziale?

1. Presentazione

La situazione inedita della pandemia e i provvedimenti restrittivi assunti per contenerne la diffusione hanno avuto pesanti ricadute anche sui contratti di locazione di immobili.

La locazione, in quanto rapporto di durata a prestazioni corrispettive, rappresenta un punto di osservazione privilegiato delle principali problematiche sollevate dal diritto dei contratti al tempo della Pandemia.

Si pone l'accento soprattutto sulle difficoltà che hanno incontrato e che incontrano i conduttori, con particolare riferimento alle **locazioni per usi commerciali**, che in larga misura hanno subito un blocco totale dell'attività o una ripresa limitata o "a singhiozzo".

LOCAZIONI ad USO ABITATIVO: In linea generale, considerato il generale obbligo di permanenza in casa imposto dai provvedimenti in oggetto si può prospettare il mancato godimento solo rispetto ad immobili non destinati ad abitazione di residenza, domicilio o dimora abituale. L'impossibilità sopravvenuta, con effetto risolutivo del contratto, può essere invocata per contratti transitori nei quali sia venuto meno il motivo per cui il conduttore ha richiesto la durata limitata (es. studenti universitari fuori sede – contratto previsto dall'art. 5 l. 431/98 – con riferimento all'anno accademico in corso dal 9 marzo in poi). Il motivo della permanenza in luogo e dell'uso dell'immobile è, infatti, enunciato (e deve essere enunciato) nel contratto stesso e viene a costituire un elemento funzionale della locazione. Analogamente può dirsi per locazioni brevi (ad es. per vacanza) venute a cadere nel periodo di restrizione della libertà di movimento (in tali casi il conduttore si è visto precluso il godimento del bene ed è configurabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione del locatore, quanto meno temporanea).

Il quesito che nasce dai rapporti contrattuali in essere e che viene insistentemente riproposto è: il canone è ugualmente dovuto? Il conduttore deve ugualmente pagare? Tutto o una parte?

Il Governo tramite Decreti Legge e DPCM è ripetutamente intervenuto nei rapporti giuridici di diritto privato in corso. Le disposizioni che presentano interesse per l'argomento in discussione, anche per i principi posti, soprattutto in ordine all'impossibilità sopravvenuta, sono:

- Il d.l. 23/02/2020 n. 6, che ha disposto la “chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità”;
- d.l. 18/20 (l. di conversione 27/20 del 24.4.20), art. 65. Credito d'imposta per botteghe e negozi.

1. Al fine di contenere gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai soggetti esercenti attività d'impresa è riconosciuto, per l'anno 2020, un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella categoria catastale C/1. 2. Il credito d'imposta non si applica alle attività di cui agli allegati 1 e 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 marzo 2020 ed è utilizzabile, esclusivamente, in compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241.

Art. 91. 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

1. All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: «6-bis. 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.».

In sostanza, il principio generale posto dall'art. 1218 c.c. (espressamente richiamato dall'art. 91 d.l. n. 18) secondo cui “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” potrebbe condurre all'esonero da responsabilità del conduttore per inadempimento.

L'art. 1218 c.c. fa riferimento a qualunque obbligazione ed esonera il debitore da responsabilità ove assolva l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile.

Ma l'obbligazione principale del conduttore (pagamento del canone), traducendosi nella prestazione di una somma di denaro, per definizione non è mai impossibile: Cass. Sentenza n. 2555/1968: *L'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., estingue la obbligazione o giustifica il ritardo nell'adempimento è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente o temporaneamente l'adempimento dell'obbligazione.* Il che può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato e non già quando si tratta di una somma di danaro.

In realtà, nei rapporti locativi “in periodo di epidemia” l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non è quella (pecuniaria) del conduttore, ma quella (di mantenere il bene locato nel pacifico godimento del conduttore) del locatore.

Per meglio dire, se per un verso al conduttore è stato vietato l'esercizio della propria attività commerciale e non certo il pagamento del corrispettivo stabilito, anche per il locatore è divenuto pur temporaneamente impossibile rendere la sua prestazione, consistente appunto nel mantenere il bene locato nel pacifico godimento del conduttore (art. 1575 c.c.) secondo l'attività commerciale pattuita in contratto.

Le prime pronunce emerse in materia di inadempimenti contrattuali correlati al Covid-19 – tutte di natura cautelare o rese all'esito di un giudizio di convalida – hanno affrontato, da un lato, la persistenza e la misura dell'obbligo di pagamento del canone da parte del conduttore di un immobile commerciale, di un'azienda o di un ramo di azienda; dall'altro lato, la sorte delle garanzie (anche a prima richiesta) prestate dal conduttore divenuto moroso a causa del *lockdown* e delle misure restrittive adottate dal Governo per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Secondo i citati provvedimenti, gli effetti negativi dei provvedimenti governativi inciderebbero solo sulle obbligazioni di pagamento del canone relative al periodo di *lockdown*; mentre, in assenza di una rinegoziazione volontaria e condotta secondo correttezza e buona fede, il conduttore avrebbe diritto a vedere riequilibrato giudizialmente il rapporto negoziale, potendo ciò comportare, da un lato, una riduzione del canone anche per i periodi successivi al *lockdown* e, dall'altro lato, una maggiore “flessibilità” del locatore relativamente alle garanzie prestate dal conduttore.

Nonostante tali riflessioni, **lo scenario è ancora oggetto di interpretazioni e diverse applicazioni.**

Spetta, infatti, a noi giudici, in ultima istanza, a valutare, caso per caso, la gravità dell'inadempimento, l'applicabilità degli istituti giuridici menzionati ed il rilievo della buona fede contrattuale nel rapporto fra le parti.

Possibile fondamento normativo di una riduzione del canone?

2. Sussistono effettivamente gli estremi per l'applicazione dei rimedi dell'impossibilità parziale e dell'eccessiva onerosità?

Impossibilità parziale:

In molti dei provvedimenti cautelari si è abbracciata la tesi della impossibilità parziale temporanea della prestazione (1464 c.c.)

TESI NEGATIVA, per esempio, esplicitata dalla recente ordinanza del Tribunale di Roma del dicembre 2020:

“Va anche esclusa la c.d. “impossibilità parziale sopravvenuta” come prevista dall’art. 1464 cc: 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. Tale disposizione, in particolare, prevede la possibilità della riduzione della prestazione (canone), ma anche essa non ricorre nel caso concreto: innanzitutto non si può considerare la vicenda della emergenza sanitaria da agente virale SARS Cov 2 (che ha come conseguenza la malattia denominata COVID-19) come una “prestazione di una parte (locatore) divenuta solo parzialmente impossibile”.

In secondo luogo, non può ritenersi violato l’obbligo del locatore di consegnare e mantenere il bene in condizione da essere utilizzato secondo l’uso contrattualmente stabilito ai sensi dell’art. 1575 cc, non essendo riconducibile alcuna condotta di tale tipo al locatore, ma ad attività provvedimento conseguente alla situazione di emergenza sanitaria di tipo pandemico. Infine, va considerato che la situazione di “impossibilità sopravvenuta parziale”, allo stato non ha le caratteristiche della definitività.

Non può nemmeno ipotizzarsi la detta impossibilità parziale sotto il diverso profilo di rendere la prestazione dovuta (canone) ripetibile in parte quando la stessa prestazione sia divenuta impossibile solo in parte, ai sensi dell’art. 1258 cc. In questo caso il debitore (conduttore) si libera dall’obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. Anche qui, infatti, deve considerarsi che l’impossibilità parziale (ove fosse ipotizzabile), allo stato, non sarebbe comunque definitiva. Superata l’emergenza, infatti, l’immobile sarà nuovamente e totalmente utilizzabile e comunque, anche durante l’emergenza, lo stesso è stato occupato per la sua interezza da cose e beni del conduttore e dunque la limitazione non ha in realtà riguardato l’uso dell’immobile in sé.

Non è infine invocabile, ad avviso di questo giudice, neanche la cosiddetta impossibilità temporanea di adempiere alla propria obbligazione di cui all'art. 1256 cc, invocabile astrattamente a seguito del provvedimento di chiusura delle attività commerciali di cui al Dpcm dell'11 marzo 2020 e seguenti. Va considerato, infatti, che il divieto di esercitare temporaneamente l'attività non determina l'impossibilità per il conduttore di utilizzare l'immobile, che è la prestazione dovuta dalla contro parte (locatore). Inoltre la mancanza degli incassi dovuta alla chiusura forzata dell'esercizio commerciale non determina l'impossibilità di adempiere alla propria obbligazione (canone), atteso anche che il periodo interessato non è tale da esulare dal c.d. rischio di impresa".

2.1. Obiezioni

1. Il contratto di locazione è un contratto di durata che soddisfa un interesse durevole. L'interesse si soddisfa "un tanto per volta", definitivamente. Un fatto che impedisce per 1,2, o 3 mesi di godere del bene rende definitivamente impossibile quella prestazione nell' "unità di tempo di riferimento". Dunque possiamo dire che nei contratti di durata abbiamo una impossibilità definitiva "ratione temporis" ed applicando l'art. 1464 c.c. occorrerebbe misurare la perdita di utilità.

L'impossibilità parziale è di solito relativa alla PRESTAZIONE DIVISIBILE.

Qui, in realtà, assistiamo ad una alterazione QUALITATIVA della prestazione, dunque la difficoltà sta nel pesare l'incidenza del fattore sopravvenuto, il quale ha inevitabilmente stravolto un principio cardine della materia locatizia, che è quello della SINALLAGMATICITA' tra godimento e corrispettivo, avendo inciso tale eccezionale situazione sul sinallagma contrattuale, fortemente squilibrandolo a sfavore del conduttore.

2. Il blocco delle attività commerciali e imprenditoriali (ad eccezione delle categorie che forniscono beni e servizi essenziali) disposto dal d.l. n. 6/2020 ha di certo prospettato come configurabile l' "impossibilità sopravvenuta", in quanto non imputabile a nessuno dei contraenti, ma determinata da eventi esterni e che può essere assoluta (art. 1256, 1° c., c.c.) quando si estende alla intera durata del contratto, o temporanea (art. 1256, 2° c., c.c.).

Gli effetti dei provvedimenti anti-contagio potrebbero equipararsi agli effetti di un sisma e/o di un provvedimento autoritativo che abbiano reso l'immobile inagibile. In effetti, sebbene un evento sismico sia diverso da un divieto di utilizzo per *factum principis*, in entrambi i casi la conseguenza è l'esclusione del godimento del bene da parte del conduttore.

Va ricordato che le obbligazioni principali del locatore (art. 1575 c.c.), oltre a quella iniziale di consegnare il bene al conduttore in buono stato d'uso, sono:

- mantenere la cosa in istato da servire all'uso convenuto;

– garantirne il pacifico godimento durante la locazione.

Né l'una, né l'altra di tali obbligazioni in linea generale e principale sono state garantite nel periodo di blocco degli spostamenti delle persone e di sospensione delle attività imprenditoriali (salvo quelle dirette ad assicurare beni e servizi essenziali).

La Cassazione ha ben delineato le conseguenze nell'ipotesi in cui l'inagibilità del bene derivi da causa non imputabile a nessuno dei contraenti:

Cass. Sentenza n. 17844/2007: “In caso di impossibilità sopravvenuta del godimento degli immobili locati e destinati a scuola pubblica (nella specie, a seguito dei danni agli stessi causati da evento sismico, con conseguente adozione di ordinanze sindacali di sgombero ed inagibilità), dalla risoluzione del contratto di locazione ex art. 1463 cod. civ. consegue l'esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni; in particolare, all'impossibilità di godimento ed utilizzazione degli immobili in questione corrisponde la cessazione, per il conduttore, dell'obbligazione del pagamento del canone; [.....].”

Cass. – Sentenza n. 23987/2019: “In caso di risoluzione del contratto di locazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile alle parti (nella specie per lo stato di inagibilità dell'immobile conseguente ad evento sismico), non trova applicazione l'art. 1591 c.c. – non essendo configurabile il godimento, anche di mero fatto, dei beni già locati e la possibilità di una utilizzazione diretta o di un reimpiego da parte del locatore dei beni stessi nel periodo tra la cessazione del contratto e la effettiva riconsegna – ma la disciplina generale dettata dall'art. 1463 c.c. Ne consegue che il locatore è tenuto, per far valere il diritto alla restituzione del bene, a formulare apposita domanda – valendo essa a rendere imputabile al conduttore il ritardo – e, per ottenere il risarcimento del danno per ritardata restituzione, a dare prova di aver subito un effettivo pregiudizio dalla mancata disponibilità dell'immobile, non potendo tale pregiudizio ritenersi sussistente in re ipsa”.

Cass. Sentenza n. 3991/2004: “In relazione ai contratti di locazione di immobili urbani, qualora l'immobile locato venga a versare, anche se non per colpa del locatore, in condizioni tali da non consentire il normale godimento del bene in relazione alla sua destinazione contrattuale, (nel caso di specie, le infiltrazioni di umidità derivanti dalle fatiscenti tubature condominiali avevano reso l'immobile almeno in parte inagibile), il conduttore convenuto in giudizio per il pagamento dell'intero canone, se non può validamente opporre l'eccezione di inadempimento, ha comunque diritto ad ottenere una riduzione del canone, proporzionale alla riduzione dell'utilità che il conduttore consegue, a causa dei limiti esistenti al pieno godimento del bene come contrattualmente previsto.

Nella motivazione della sentenza si legge che: “se l'eccezione di inadempimento può essere opposta dal conduttore solo in presenza di un inadempimento

dependente da colpa, anche se non totale (Cass. 7 marzo 2001 n. 3341), quando il locatore agisce, come ha fatto in questo caso, per ottenere l'intero pagamento del canone, il conduttore, nel caso di oggettiva mancanza della controprestazione del locatore, può opporgli in via di eccezione, non il diritto a restare nella cosa locata senza pagare alcun canone sino alla naturale conclusione del contratto ed in attesa del ripristino del rapporto, ma certamente il diritto ad ottenere una riduzione del canone, che tenga conto della riduzione delle utilità che il conduttore si trova a ritrarre dalla detenzione del bene in una condizione in cui ne è ostacolato il pieno godimento contrattuale da parte sua (artt.1464 e 1584 cod. civ.)” [1464 impossibilità parziale; 1584 riduzione canone per riparazioni protratte oltre venti giorni].

2.2. Conclusione

Alla luce di questi principi deve ritenersi, facendo un'applicazione se vogliamo “coraggiosa” o “estensiva” dell'art. 1464 c.c., che per le locazioni ad uso diverso, rispetto alle quali al conduttore sia stato precluso il godimento in forza dei noti provvedimenti restrittivi, il corrispettivo relativo al periodo di forzata sospensione dell'attività svolta nell'immobile non sia dovuto, in tutto o in parte.

Come rilevato dalla giurisprudenza citata non è in gioco l'inadempimento del conduttore, ma l'esistenza della prestazione (godimento del bene) che legittima il locatore a pretendere la controprestazione (pagamento del canone).

Malgrado la stretta analogia della situazione determinata dai provvedimenti restrittivi con quella determinata da un provvedimento specifico, che abbia dichiarato l'inagibilità dell'immobile, va rilevato che mentre quest'ultimo provvedimento muove da una condizione di sopravvenuta inidoneità del bene locato, nel caso del *lock-down* la preclusione è di tipo generalizzato e non origina minimamente dalle condizioni dell'immobile. In sostanza, va esaminato caso per caso se la prestazione promessa con il contratto sia totalmente mancata (limitatamente al periodo del *lockdown*) ovvero se sia stata garantita almeno in parte: si pensi alla funzione di conservazione all'interno dei locali dei beni strumentali del conduttore e all'attività manutentiva del locatore, nonché a quella di predisposizione e mantenimento dei servizi volti a conservare l'efficienza dell'immobile anche al fine di consentire una immediata ripresa del godimento non appena cessato l'impedimento legale.

In particolare, tornando alle obbligazioni principali del locatore indicate dall'art. 1575 c.c. va valutato rispetto al singolo caso se, pur mancando il principale aspetto del “godimento” per l'uso contrattualmente previsto, vi sia stata qualche altra forma di godimento del bene; ciò al fine di decidere se sia legittima l'integrale sospensione del pagamento del canone (sempre limitatamente al

periodo di mancato godimento) ovvero se il canone sia dovuto, anche solo in misura ampiamente ridotta.

Eccessiva onerosità

TESI NEGATIVA, esplicitata dalla recente ordinanza del Tribunale Roma del dicembre 2020:

“Infine, non ricorre nemmeno la “eccessiva onerosità sopravvenuta” ai sensi dell’art. 1467 cc. L’immobile ha conservato il proprio valore locativo nel periodo interessato e, comunque, la onerosità deve attenere ad aspetti obiettivi e non alle condizioni soggettive (perdita di reddito, ad esempio) del conduttore. Tale soluzione, peraltro, potrebbe determinare solo la pretesa di risoluzione del contratto da parte del conduttore (evitando il preavviso di 6 mesi per gravi motivi) e sempre che il locatore, di fronte alla richiesta risoluzione, non “offra di modificare equamente le condizioni del contratto”.

Anche in questo caso, tuttavia, va considerata la non definitività della situazione di crisi che determina l’eccessiva onerosità ed il periodo limitato di tempo consente di ritenere che si verta in ipotesi di ordinario rischio di impresa, che grava sul conduttore”.

CONCORDO SULLA INAPPLICABILITÀ dell’art. 1467 c.c.

3. Se si ipotizza la possibilità di operare una riduzione del canone, attraverso quali criteri?

Se scegliamo la strada di operare una riduzione del canone di locazione, dobbiamo chiederci: su chi deve gravare il rischio della sopravvenienza da Covid-19? Quale regola di distribuzione del rischio dobbiamo applicare?

VALORI IN GIOCO:

a. Prevedibilità delle risposte:

Valore ribadito di recente anche da CASS.SSUU 19596/2020 intervenuta in tema di procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e soggetto cui attribuire l’onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione: “È certo, però, che l’impostazione data dalla sentenza n. 24629 del 2015 non ha raccolto l’unanime consenso degli uffici giudiziari di merito i quali si sono divisi su posizione tra loro inconciliabili”. (...) Rilevano le Sezioni Unite che una simile frontale contrapposizione non giova al sistema; le regole processuali, infatti, costituiscono uno strumento finalizzato a permettere alle parti il corretto esercizio del diritto di difesa attraverso la proposizione delle rispettive posizioni (...).

L’intervento delle Sezioni Unite è, quindi, quanto mai opportuno; la Corte Suprema, infatti, non può ignorare che la sentenza del 2015 ha determinato una spaccatura dei giudici di merito, tanto più da evitare in quanto l’effetto di preve-

dibilità delle decisioni giudiziarie si va affermando come un valore prezioso da preservare, anche in termini di analisi economica del diritto.

(...) Le ragioni poste a sostegno della tesi qui recepita dimostrano come sia priva di fondamento la costruzione, in precedenza ricordata, che vorrebbe porre l'onere della procedura di mediazione a carico ora dell'opponente ora dell'opposto, a seconda che sia stata o meno concessa la provvisoria esecuzione. Simile interpretazione, oltre a prestare il fianco ad evidenti ambiguità, è in contrasto con l'esigenza di dare al sistema una lettura il più possibile chiara ed univoca, che sia in grado di dissipare i dubbi degli interpreti e degli operatori del diritto.

b. necessità per il giudice di compiere una “*valutazione rigorosa che non sfoci nell'arbitrio*” (rel. Tematica), rischio che non possiamo correre.

Se aderiamo alla tesi di operare una riduzione del canone, come riterrei di aderire, occorre procedere ad una valutazione rigorosa di tutte le variabili allegatte dalle parti nella fattispecie concreta.

Non si può trascurare che l'individuazione della misura corretta di riduzione è frutto di una valutazione COMPLESSIVA del rapporto contrattuale interessato: la stessa non si deve esaurire, dunque, nell'attuale impossibilità, per il conduttore, di utilizzare l'immobile per la destinazione imprenditoriale che era stata convenuta, ma deve tener conto delle altre prestazioni dovute dal locatore e del rispetto che costui vi abbia dato.

Es: il conduttore utilizza comunque l'immobile per ricovero macchinari, per attrezzature, per cucinare nel caso di ristoranti di asporto etc..., per preservare alimenti non deperibili, stivati in magazzini o congelatori.

CASO PARADIGMATICO: Attività di ristorazione, non causalmente oggetto di quasi tutti i provvedimenti cautelari o di sfratto.

In tali casi, il conduttore dovrà allegare e provare il parziale inutilizzo dell'immobile, mentre il locatore potrà obiettare che durante il lock-down il locale è parzialmente servito all'uso pattuito (es., asporto) oppure che, alla riapertura al pubblico, la clientela ospitabile sia rimasta in linea col periodo pre-pandemico.

Es: nel caso di ristoranti particolarmente esclusivi, con pochi coperti ed una disposizione di tavoli ben distanziati tra loro per garantire riservatezza: in tal caso il rispetto delle misure di contenimento è compatibile con l'uso originariamente convenuto, sì che il conduttore non avrà diritto ad alcuna riduzione del canone.

Occorre rifuggire dalla ricerca di un criterio generale, dovendo ricercare caso per caso la giustizia del caso concreto, operazione non facile e che non può prescindere dalle allegazioni delle parti, che devono fornire al giudice elementi per esprimere una valutazione rigorosa, che “non sfoci nell'arbitrio”.

Si vedano, ad esempio, questa due pronunce, entrambe rese in tema di immobili adibiti ad uso ristorazione o, comunque, somministrazione cibo e bevande, che suggeriscono percentuali di riduzione profondamente diverse tra loro senza motivare, in concreto e sulla base dell'allegazione di parte, sulle ragioni di quella scelta:

Trib. Roma 27 agosto 2020: “in ragione della mancata ottemperanza della parte resistente ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà, sembra necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021; si rileva al riguardo che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela è contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria”.

Trib. Modena 15 febbraio 2021 “L'impossibilità ha natura temporanea (poiché transeunte e discontinua) e parziale (l'immobile è stato impiegato, nei periodi di cd. lockdown, come deposito e, nei periodi in cui era ed è consentito solo l'asporto, per la somministrazione di cibo e bevande, ma non per la loro fruizione in loco), quindi la conduttrice ha diritto alla riduzione del canone dovuto (art. 1464 c.c.) secondo percentuali diverse a seconda dei limiti legali all'esercizio dell'impresa tempo per tempo vigenti, quali – per ipotesi – l'ottanta per cento nei mesi di marzo, aprile e maggio del 2020 e il cinquanta per cento nei mesi di ottobre, novembre e dicembre 2020, gennaio e febbraio 2021. Nel periodo in cui è stata ed è consentita la prestazione dei servizi di ristorazione senza limiti ulteriori e diversi dall'osservanza dei protocolli di sicurezza (giugno-settembre 2020), la corretta attuazione di questi, come l'assicurazione della distanza interpersonale dei clienti, comporta indubbiamente l'ascesa dei costi e il declino dei proventi d'impresa, ma l'alterazione qualitativa della controprestazione (la sua minor utilizzabilità) non attinge al piano dell'impossibilità, perciò non legittima la conduttrice alla sospensione del pagamento del canone né alla sua riduzione”.

In definitiva, atteso il momento e l'applicazione pratica dei primi provvedimenti, a parere di chi scrive, la scelta primaria e migliore resta quella di SOLLECITARE un **“pacifico accordo tra le parti”** tale da **soddisfare entrambi gli interessi**, posto che la stella polare che deve guidare l'interprete è quella della conservazione del contratto.

Credo che l'esigenza manutentiva sia ancora più da perseguire, nell'attuale momento storico, in considerazione dell'estrema difficoltà per i conduttori di reperire nuovi e economici locali dove spostarsi rapidamente e per i locatori di rintracciare a loro volta altri soggetti cui locare l'immobile.

3.1 Casi concreti

a) Convalida sfratto

1. Possono profilarsi diverse ipotesi:

Sospensione integrale pagamento lockdown e poi ripresa nel pagamento: sollecitare rinegoziazione con formulazione proposta e controproposta, oppure 666 c.p.c. per il 50% (sa non paga, convalido, se paga, Mutamento Rito);

2. Sospensione integrale e continuativa: sì 665 c.p.c. + Mutamento Rito.

b) Giudizio di merito (anche post MR da convalida di sfratto)

– inadempimento di gravità tale da condurre ad una risoluzione?

Si profilano 4 ipotesi nel G di merito:

1) Risoluzione contratto, se morosità totale?

2) Risoluzione contratto, se morosità parziale?

3) Clausola risolutiva espressa?

4) Condanna al pagamento canoni? Integrale o parziale?

Ferma restando la disamina caso per caso, direi che certamente dobbiamo valutare l'(in) adempimento (o tardivo adempimento) sino alla data della decisione e:

a) in caso di inadempimento totale e protratto (successivo alla conversione rito) risoluzione (inadempimento grave) e condanna al rilascio immobile;

b) in caso di pagamenti di mera quota di canone, occorre valutare la congruità e durata (sino al momento della decisione) e rigettare la pronuncia risolutiva se ritenuto il pagamento parziale appunto congruo (almeno la metà) e rigettare la condanna al pagamento della residua quota canone (per tutto il periodo trascorso o per quanto? io mi fermerei comunque al momento della decisione);

c) applicazione ed adattamento della giurisprudenza sulla esistenza di inadempimento in radice per escludere le conseguenze della clausola risolutiva espressa invocata: La risoluzione di diritto del contratto conseguente all'applicazione di una clausola risolutiva espressa postula non soltanto la sussistenza, ma anche l'imputabilità dell'inadempimento, in quanto la pattuizione di tale modalità di scioglimento dal contratto, pur eliminando ogni necessità di indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento, non incide, per converso, sugli altri principi regolatori dell'istituto della risoluzione, né, in particolare, configura un'ipotesi di responsabilità senza colpa, onde, difettando il requisito della colpevolezza dell'inadempimento, la risoluzione non si verifica né, di conseguenza, può in alcun modo essere legittimamente pronunciata.

Pertanto, ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento, in presenza di clausola risolutiva espressa, pur se la colpa del contraente inadempiente si presume, ai sensi dell'art. 1218 c.c., il giudice non è tenuto solo a constatare che l'evento previsto dalla detta clausola si sia verificato, ma deve esaminare, con riferimento al principio della buona fede, il comportamento dell'obbligato, potendo la risoluzione essere dichiarata solo ove sussista (almeno) la colpa di quest'ultimo.

In termini essenziali, perciò, deve affermarsi che la clausola risolutiva espressa non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito del previsto inadempimento, essendo sempre necessario, ai sensi del citato 1218 c.c., l'accertamento dell'imputabilità dell'inadempimento al debitore almeno a titolo di colpa.

Pertanto, la clausola non sarà efficacemente invocabile dal locatore ove il mancato pagamento si riferisca al periodo in cui il godimento dell'immobile è stato inibito dai provvedimenti restrittivi per coronavirus.

Nel caso, invece, che inadempimento del conduttore vi sia, in tutto o in parte, potrebbe trovare applicazione la valutazione prevista dall'art. 91 d.l. 18/20 ove il conduttore allegghi e dimostri di non aver potuto pagare tempestivamente a causa dei provvedimenti anti-contagio.

d) condanna al pagamento: è quindi il punto più dolente sia per i canoni scaduti (pagamento dell'intero o una quota appunto?) sia per i canoni a scadere in caso di risoluzione (qui sarei propensa comunque all'intero perché il contratto è cessato e l'indennità ha funzione risarcitoria).

4. Quali limiti per noi giudici di merito nell'intervento sul regolamento negoziale?

Vi leggo quanto scritto in una memoria di costituzione di parte locatrice nell'ambito di un giudizio introdotto con ricorso 447 c.p.c. con cui il conduttore chiedeva la riduzione del canone per i periodi da marzo 2020 a marzo 2021: *“Gli imprenditori negoziano e si assumono il rischio d'impresa. Il Giudice applica la legge, non ridistribuisce il rischio d'impresa. Non lo alloca con sentenza.*

Anche perché il rischio corrisponde a responsabilità e il Magistrato non è responsabile dell'andamento dell'impresa, non divide né oneri né onori con le Parti.

Il Magistrato non ha alcun potere di sostituirsi alle Parti e rideterminare soluzioni contrattuali diverse da quelle negoziate dalle Parti ab origine e men che meno può sostituirsi alle Parti sovrapponendo una sentenza alle condizioni di un accordo contrattuale non raggiunto”.

Concordo sull'impossibilità per noi giudici di sostituirci nelle scelte che competono solamente alle parti e sul fatto che obbligo di rinegoziare non significa obbligo di concludere il contratto modificativo.

Opinare diversamente significa annichilire l'autonomia privata, che è anche scelta di assoggettarsi alla LIBERTA' di far un determinato programma negoziale.

Occorre, infatti, tener conto che la buona fede è pur sempre strumentale agli interessi che le parti vogliono realizzare ed il giudice non può arrogarsi il diritto di sostituirsi alla loro volontà ed utilizzare in maniera ipertrofica il canone di buona fede, tenuto anche conto che nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un sindacato.

Vorrei concludere queste mie riflessioni con una citazione tratta da "L'autonomia privata e i suoi limiti" del Prof. Piero Schlesinger, illustre giurista scomparso a causa di questa terribile Pandemia nel marzo 2020, il quale, più di vent'anni fa (correva l'anno 1999) affermava, con parole che ora risuonano come un presagio: "Fortunatamente, tuttavia, parrebbe sempre ben fermo il baluardo più importante della libertà di autodeterminazione dei privati: al di là di interventi specifici del legislatore, la regola generale rimane il rispetto della volontà dei contraenti, liberi di poter scegliere con totale discrezionalità i loro obiettivi e gli strumenti economici con cui perseguirli. Pertanto, almeno in linea di principio (...) il giudice "non può metter i piedi nel piatto" e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la "giustizia" sostanziale della transazione".