



ANDREA GEMMA

*Professore associato di Diritto privato – Università Roma Tre*

## **LA RINEGOZIAZIONE NELL'EMERGENZA COVID-19 È MODALITÀ OBBLIGATA DI ATTUAZIONE IN BUONA FEDE DEL CONTRATTO E L'ESECUZIONE INDIRETTA EX ART. 614 BIS C.P.C. NE È LO SPECIFICO RIMEDIO**

SOMMARIO: 1. *Pandemia Covid-19 e chiusura (coattivamente) volontaria degli alberghi.* – 2. *Morfologia del conflitto in atto.* – 3. *Le regole di diritto comune sulle sopravvenienze contrattuali in relazione alla locazione alberghiera ed all'affitto di azienda.* – 4. *Riferimenti specifici all'affitto di azienda.* – 5. *La normativa emergenziale: art. 91, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Nodi interpretativi.* – 6. *La rinegoziazione come modalità necessaria di attuazione del rapporto obbligatorio e l'art. 614 bis c.p.c.* – 7. *La fideiussione e le garanzie a prima domanda a presidio del pagamento del canone. Exceptio doli generalis.*

1. – L'emergenza epidemiologica Covid-19, che in data 11 marzo 2020 è stata dichiarata pandemica dall'OMS<sup>1</sup>, ha colpito in maniera devastante il settore alberghiero italiano, che rappresenta il 13% circa del PIL con un fatturato di 25 miliardi e che annovera oltre 33.000 strutture recettive. Le analisi econometriche ad oggi disponibili<sup>2</sup> evidenzia-

---

<sup>1</sup> <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

<sup>2</sup> *Tourism Economics* (an Oxford Economics Company), release 16 March 2020, osserva che: “*In response to the crisis, countries around the world have implemented a series of measures in an effort to reduce contagion. However, these measures are causing serious disruption to global growth. We have already reduced our global GDP growth forecast in 2020, but with likely downgrades to come. Measures will impact tourism more heavily and an unprecedented fall in global travel is now likely in 2020. Global arrivals will fall by at least 10.5% relative to last year (equivalent to 155 million fewer arrivals).*

*There are significant downside risks to the 2020 outlook and our quantified downside scenario is becoming increasingly likely. Travel restrictions are being imposed in more countries and more rapidly than expected, while the spread of the virus and supply restrictions are further reducing travel sentiment.*

*Under the downside scenario, global arrivals would fall 17.9% in 2020, 263 million fewer arrivals than in 2019. We will continue to monitor the situation and update forecast assumptions on a regular basis. However, once the situation has stabilised we still expect a rapid recovery since travel demand has proven resilient in bouncing back from downturns in the past. Travel levels are expected to fully recover by 2023”.*



no come, a livello mondiale, l'impatto della pandemia sul settore dei viaggi e del turismo sia stato gravissimo e le previsioni di ripresa, soprattutto per i paesi che come l'Italia hanno conosciuto una dilagante diffusione della pandemia, ipotizzano un pieno riequilibrio solo nel primo trimestre del 2023.

Alla data di pubblicazione del presente lavoro, la normativa emergenziale emanata<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Si allude segnatamente agli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica: d.P.C.M. 31 gennaio 2020 «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»; d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 25 febbraio 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 1 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 2 marzo 2020, n. 9 «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 4 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 8 marzo 2020, n. 11 «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria»; l. 5 marzo 2020, n. 13, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 9 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 9 marzo 2020, n. 14 «Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19»; d.P.C.M. 11 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 17 marzo 2020, n. 18 «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 22 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 25 marzo 2020, n. 19 «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 1 aprile 2020 «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 8 aprile 2020, n. 23 «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»; d.l. 8 aprile 2020, n. 22 «Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato»; d.P.C.M. 9 aprile 2020 «Annullamento straordinario dell'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del sindaco del comune di Messina»; d.P.C.M. 10 aprile 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.P.C.M. 26 aprile 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; l. 24 aprile 2020, n. 27 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e



non ha offerto una risposta specifica ai gravi squilibri che affliggono le strutture alberghiere, che hanno subito una radicale perdita dei ricavi del periodo interessato dalla crisi pandemica e che, verosimilmente, anche dopo la formale dichiarazione di cessazione dell'emergenza faticeranno a riguadagnare i livelli di riempimento ed i ricavi pre-crisi.

I primi interventi della normativa emergenziale (i c.d. decreti di Fase 1, il d.l. “Cura Italia” e “Liquidità”) hanno recato disposizioni (i) sulla tutela dei livelli occupazionali, con l'estensione della CIGO; (ii) sulla liquidità, tramite il rinvio dei versamenti e la moratoria sui finanziamenti; (iii) sui contratti con i viaggiatori, mediante la disciplina dei

---

*imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi»; d.l. 30 aprile 2020, n. 28 «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19»; d.l. 10 maggio 2020, n. 29 «Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché' in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati»; d.l. 10 maggio 2020, n. 30 «Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2»; d.l. 16 maggio 2020, n. 33 «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 17 maggio 2020 «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 18 maggio 2020, «Modifiche all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 maggio 2020, concernente: «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 19 maggio 2020, n. 34 «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché' di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; l. 22 maggio 2020, n. 35 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; l. 5 giugno 2020, n. 40 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché' interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»; l. 6 giugno 2020, n. 41 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, recante misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato»; d.P.C.M. 11 giugno 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 16 giugno 2020, n. 52 «Ulteriori misure urgenti in materia di trattamento di integrazione salariale, nonché' proroga di termini in materia di reddito di emergenza e di emersione di rapporti di lavoro».*



*voucher* in sostituzione delle prestazioni alberghiere non erogate<sup>4</sup>. Si tratta, a ben vedere, di misure ritenute inidonee dagli operatori a fronteggiare la profondità della crisi di settore ed i suoi impatti a medio termine.

Rimangono del tutto irrisolti i temi relativi sia ai rapporti tra gli esercenti attività alberghiere e le OTA<sup>5</sup>, che dominano il mercato dell'intermediazione delle prestazioni alberghiere e che, allo stato, non hanno raccolto le richieste degli operatori né di mitigare l'impatto delle commissioni in vista della ripartenza né di applicare in maniera omogenea la disciplina dei voucher sostitutivi delle prestazioni alberghiere non erogate; sia concernenti i contratti di locazione e/o di affitto di azienda, in un momento in cui le strutture alberghiere risultano *de facto* chiuse.

A differenza di quanto accaduto per altri settori produttivi sia a livello nazionale sia regionale, la normativa emergenziale non ha espressamente ordinato la chiusura degli esercizi alberghieri né ha, al riguardo, considerato il diversificato impatto negativo in relazione alla diversa localizzazione e vocazione degli alberghi medesimi. Le motivazioni poste a fondamento di un simile indirizzo sono le più eterogenee, financo quelle di garantire alloggio per alcune residue categorie di viaggiatori (i pochi legittimati agli spostamenti) o per coloro che dovevano prestare assistenza ai ricoverati od anche per accogliere quei cittadini che per ragioni connesse all'epidemia non potevano soggiornare in casa.

La più parte degli esercizi alberghieri ha chiuso l'attività, per così dire, volontariamente, ma in obbligata conseguenza della crisi indotta dalla pandemia e degli effetti delle "misure di contenimento" adottate, che hanno imposto ai cittadini il divieto di allontanarsi dal domicilio, hanno impedito ai viaggiatori gli spostamenti fuori dal comune di residenza/regione ed hanno prescritto la quarantena per i viaggiatori provenienti dall'estero. Il risultato è stato, comunque, univoco e la gran parte degli alberghi ha dovuto chiudere l'attività per mitigare l'impatto economico conseguente all'annullamento delle prenotazioni ed alla totale carenza di viaggiatori.

Con una metafora alquanto appropriata, può affermarsi che lo stato di salute dell'industria alberghiera italiana, e non solo, sia fortemente minato dell'emergenza epidemiologica e gli strumenti giuridici di salvaguardia dell'attività d'impresa non appaiano ido-

---

<sup>4</sup> Il regime dei *voucher* in relazione ai contratti di trasporto, pacchetti turistici e contratti di soggiorno è regolato dall'art. 88 *bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>5</sup> Per OTA, acronimo di Online Travel Agency, si intende l'agenzia di viaggi che opera sul web e che svolge la funzione di intermediario tra i fornitori dei servizi turistici e i clienti in cambio di una provvigione.



nei a curare né i sintomi né le conseguenze più profonde. Occorre, quindi, passare al se-taccio la normativa vigente, ordinaria ed emergenziale, per comprendere se e quali siano i rimedi a tutela dei rapporti contrattuali relativi al godimento degli immobili a destina-zione alberghiera o delle aziende alberghiere e quale sia la dinamica degli interessi in gioco, una volta che le circostanze emergenziali abbiano radicalmente, in via transeunte, alterato l'equilibrio negoziale<sup>6</sup>.

2. – Una prima considerazione si antepone al dipanarsi di ogni ragionamento: né la disciplina di diritto comune né la legislazione speciale in materia di locazioni ad uso di-verso dall'abitazione<sup>7</sup> né, infine, la disciplina emergenziale recano disposizioni specifi-che per regolare la peculiare situazione di conflitto di interessi innescata dalle conse- guenze dell'emergenza pandemica sul rapporto negoziale intercorrente tra albergatore e proprietario.

La realtà dei fatti è singolare perché ci pone al cospetto di una chiusura solo all'appa-renza volontaria (perché non espressamente ordinata dall'Autorità) degli esercizi alber-ghieri, che consegue agli effetti dell'emergenza epidemiologica ed all'adozione delle mi-sure emergenziali di contenimento che hanno fatto “piovere le disdette” dei soggiorni ed impedito ai viaggiatori la mobilità, che è il necessario presupposto per l'erogazione e la fruizione dei servizi alberghieri.

Ancora, sebbene ne ricorrano inequivocamente i connotati, né il diritto comune né la legislazione speciale dettano una disciplina della “forza maggiore”<sup>8</sup>, generalmente intesa

---

<sup>6</sup> Per un discorso *de jure condendo* cfr. F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, 3, V, p. 102 ss., l'A., svolta un premessa metodologica: «...l'elementare constatazione induce allora a ritenere che, quando si ragiona sul rapporto tra le sopravvenienze e l'ordinamento giuridico, con particolare riferimen-to al diritto dei contratti ... la rilevanza delle prime – ossia l'incidenza sul rapporto (obbligatorio/contrat-tuale) – è legata alle tendenze ed alle scelte dell'ordinamento in un determinato contesto, storicamente de-finito», propone un confronto con le recenti esperienze di codificazione delle sopravvenienze nel codice civile francese e nel codice argentino quali antecedenti da considerare in relazione alla “*Delega al governo per la revisione del codice civile*” (d.d.l. senato n. 1151).

<sup>7</sup> G. PROVERA, *Locazione, Disposizioni generali*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca sub Artt. 1571-1606*, Bologna-Roma, 1980; C. GABRIELLI, F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005; M. TRIMARCHI, *La locazione*, in *Tratt. Perlingeri*, Napoli, 2013; V. CUFFARO, R. CALVO, A. CIATTI, *Della lo-cazione, Disposizioni generali, artt. 1571-1606*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014; R. CAL-VO, *La locazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2016.

<sup>8</sup> G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano 1938; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano,



come quella situazione in cui, per fatto dell’Autorità (*factum principis*) od in conseguenza di un evento naturalistico eccezionale o straordinario, si produce un impedimento non imputabile né superabile con l’ordinaria diligenza da parte del debitore nell’adempimento dei propri doveri.

L’emergenza pandemica ha innescato un conflitto tra albergatori e proprietari dalla morfologia peculiare<sup>9</sup>, che merita di essere scandagliata in termini analitici, per poi verificare le risposte ordinamentali. Il tema viene affrontato muovendo dal postulato che i rimedi ablativi del rapporto negoziale contrastano, il più delle volte, con l’intenzione delle parti e con la ricerca di nuovi punti di equilibrio in grado di sostenere la ripartenza delle attività. Lo scopo è, quindi, quello di indagare i congegni più idonei alla manutenzione del rapporto il cui equilibrio è stato violato dall’emergenza.

A ben vedere, da un lato, il conduttore non versa il canone pattuito, non perché sia stato privato della detenzione dell’immobile alberghiero affidatogli (che, invece, ha conservato e conserva in pendenza dell’emergenza), ma in conseguenza della causa di forza maggiore e degli effetti delle misure di contenimento che hanno impedito *tout court* la ritrazione di alcuna utilità economica dal bene dato in godimento. Più specificamente, l’albergatore in carenza di clienti non ha erogato le prestazioni alberghiere, ha mantenuto la detenzione del bene ed ha continuato a sopportare i rischi ed i costi fissi dell’attività d’impresa – salvo avvalersi della CIGO per il personale o della moratoria fino al 30 settembre 2020 in relazione al rimborso dei finanziamenti eventualmente concessi – continuando, altresì, ad assolvere agli obblighi di manutenzione e di custodia dell’immobile o dell’azienda alberghiera.

Dall’altro lato, nel contesto in discussione anche il proprietario risulta gravato dalle conseguenze dell’emergenza epidemiologica nella misura in cui, non ricevendo il pagamento del canone di locazione o del fitto di azienda, non intende comunque sollevare la controparte dal relativo obbligo perché, altrimenti ed in ultima istanza, subirebbe in via prevalente la sopravvenienza passiva.

Se tali sono le posizioni delle parti al cospetto della situazione emergenziale, è associato che entrambe non abbiano voluto – né contribuito nemmeno parzialmente a genera-

---

1955; G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; A. CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1974; M. BIANCA, *Inadempimento e delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 1218-1229, Bologna-Roma 1980; M. BIANCA, *Diritto civile*, 4. *L’obbligazione*, Milano, 1990.

<sup>9</sup> Per immediati riferimenti sulla dimensione del fenomeno <https://www.alberghiconfindustria.it>.



re – la mancata produzione di utilità del godimento del bene e, quindi, ad entrambe non possa essere mosso alcun addebito.

Le relazioni contrattuali in rassegna sovente presentano elementi negoziali ulteriori che ne arricchiscono la complessità, almeno sotto un duplice profilo. Per un verso, è verosimile che il proprietario dell’immobile o dell’azienda abbia ragionevolmente pianificato la propria attività in funzione del flusso di cassa assicurato dai canoni e, il più delle volte, abbia addirittura acceso un finanziamento sull’immobile al cui servizio era stato posto il corrispettivo pattuito; sicché il proprietario è esposto ad un *default* finanziario in conseguenza dell’inadempimento dell’albergatore (sebbene si possa giovare della moratoria sui rimborsi dei finanziamenti assicurata dall’art. 56 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, fino al 30 settembre 2020). Per altro verso, è prassi negoziale che l’albergatore abbia rilasciato in favore del proprietario una garanzia, di tipo fideiussorio ovvero una polizza assicurativa od una garanzia bancaria a prima domanda, a presidio dell’esatto pagamento del canone.

Appare verosimile, ancora, che, con l’eccezione di casi specifici in cui l’emergenza possa innescare comportamenti opportunistici finalizzati alla cessazione del rapporto, tanto il proprietario quanto l’albergatore intendano continuare nell’esecuzione del contratto, normalmente di lunga durata, considerando l’ablazione del rapporto, come già detto, un esito non voluto del conflitto.

L’intreccio di interessi e posizioni negoziali sopra descritto, che qualifica l’incidenza dell’emergenza sui rapporti inerenti il godimento di immobili a destinazione alberghiera o delle aziende turistico-recettive, assume pertanto una morfologia singolare che, per quanto si verrà ad illustrare, non trova soluzione soddisfacente né nel diritto comune né nella disciplina emergenziale. Vediamone nel dettaglio le ragioni.

**3.** – Descritto l’assetto di interessi in analisi, è utile scandire i passaggi che conducono al vaglio delle possibili soluzioni al conflitto in atto.

In primo luogo, occorre procedere ad una verifica del contratto e, in particolare, ricercare l’esistenza o meno di una previsione convenzionale recante un’eventuale disciplina della forza maggiore. La clausola di forza maggiore<sup>10</sup> sarà verosimilmente presente nelle

---

<sup>10</sup> Per una recente introduzione alla clausola di forza maggiore si veda A. VENTURELLI, *Clausola di forza maggiore*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali, Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*, Torino, 2019, p. 1003 ss. La clausola della ICC definisce la forza maggiore come segue: «Costituisce forza maggiore il verificarsi di un evento o circostanza (“Evento di Forza Maggiore”) che



locazioni o negli affitti di azienda intercorrenti con catene alberghiere internazionali (che la adottano per prassi), con fondi immobiliari o con altri soggetti dotati di una maggiore sofisticazione culturale; al contrario, è verosimile che tale clausola sia assente nella più parte delle locazioni alberghiere o degli affitti di azienda vigenti che hanno dimensioni medio-piccole.

La mera presenza nel regolamento negoziale di una clausola di forza maggiore non può condurre a postulare, in termini assiomatici, l'esistenza di una soluzione *ex se* del conflitto di interessi. Certamente una clausola che annoveri la pandemia (ovvero le epidemie) o l'ordine cogente dell'Autorità conferterà della sua applicabilità alla situazione concreta; ciononostante resta necessaria una verifica di secondo grado per accertare che la disciplina pattizia offra un'allocatione equilibrata e soddisfacente dei rischi e dei costi tra le parti.

Ma cosa accade qualora il rapporto contrattuale in disamina sia sprovvisto di una clausola di forza maggiore ovvero di qualsivoglia altra previsione idonea a governare la sopravvenienza contrattuale in discussione? Il silenzio del contratto obbliga a ricercare riferimenti normativi e principi in grado di sciogliere i nodi e, auspicabilmente, di riequilibrare l'economia del contratto.

Il primo ed immediato riferimento è la disciplina di diritto comune dell'impossibilità sopravvenuta a mente degli artt. 1256-1258 cod. civ.<sup>11</sup> nonché le previsioni degli art.

---

*impedisce ad una parte di eseguire una o più obbligazioni contrattuali, se e nella misura in cui la parte che subisce l'impedimento ("la Parte Interessata") prova: a) che l'impedimento è fuori dal suo ragionevole controllo; e b) che esso non avrebbe ragionevolmente potuto essere previsto al momento della conclusione del contratto; e c) che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto essere ragionevolmente evitati o superati dalla Parte Interessata».*

<sup>11</sup> La produzione letteraria è sterminata, tra i tanti si indicano i più significativi, G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 217 ss.; G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1955; G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 377 ss.; G. OSTI, *Impossibilità sopravveniente* in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1962; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nss. D.I.*, XVI, Torino, 1969; P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione per causa diversa dall'adempimento, artt. 1230-1259*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1975; G. VEIRANA, *Factum principis e distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. Merito*, 1976, IV; M. BESSONE, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978; M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979; N. DI PRISCO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, diretto da F. Busnelli, 2003, Milano; M. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, 2006; V. ROPPO, *Trattato del Contratto*, Milano, 2006; U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità tempora-*





1463 e ss. cod. civ.<sup>12</sup> Sennonché, per quanto si dirà in appresso, un rapido ma non superficiale vaglio delle predette disposizioni restituisce un quadro insoddisfacente in punto di disciplina (ammesso e non concesso che si ritenga superabile il tema della sussunzione della fattispecie concreta nel paradigma normativo) perché inidoneo a contemperare le esigenze delle parti. Vediamo partitamente tali disposizioni.

L'art. 1256 cod. civ., al comma 1, disciplina l'impossibilità sopravvenuta definitiva e la qualifica come causa di estinzione dell'obbligazione, laddove non imputabile al debitore. Nella situazione in esame non pare che la prestazione del conduttore possa qualificarsi come *tout court* impossibile (tanto più che per giurisprudenza consolidata la prestazione pecuniaria è sempre possibile), così come non è certamente impossibile la prestazione dovuta dal locatore o dal concedente l'azienda (visto che il conduttore è rimasto nella detenzione dell'immobile, pur non potendone ritrarre l'utilità tipica).

Tali osservazioni restituiscono immediatamente il senso di quanto sinora illustrato circa la morfologia peculiare che caratterizza il conflitto in esame, atteso che siamo al cospetto di un'ipotesi in cui gli effetti della pandemia hanno reso non utile il godimento del bene che, a sua volta, non ha consentito quella produzione di ricavi necessaria per il pagamento del canone.

Per altro verso, la disciplina dell'impossibilità temporanea di cui al comma 2 dell'art. 1256 cod. civ.<sup>13</sup> non appare, parimenti, offrire una soluzione immediata ed utile alla fat-

---

nea di esecuzione, in *Contratti*, 2000; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Milano, 2011; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Roma, 2011; L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, in *Scritti*, II, Milano, 2011; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova; U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI *la Risoluzione*, vol. VIII, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, 2011, Torino; F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e efficacia immediata dei principi*, Napoli, 2017, p. 99 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti. (A cento anni dalla "Revisione critica della teoria sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2019, p. 580 ss.

<sup>12</sup>O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. 1) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici, Scintillae iuris* (Studi in memoria di Gino Gorla), VIII, Milano, 1994, p. 1781 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, artt. 1463-1466*, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca*, Bologna, 2002; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; S. PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, vol. VI, Torino, 2011; R. ALESSI, *La disciplina generale ...*, cit., Torino, 2019, p. 627 ss.

<sup>13</sup>G. OSTI, *Impossibilità sopravveniente* in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1962, p. 287 ss.; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.



tispecie concreta, atteso che essa comporta esclusivamente una non responsabilità del conduttore per il ritardo nell'adempimento, senza tuttavia sollevarlo dall'obbligo di rendere la prestazione. Il comma 2 dell'art. 1256 cod. civ. potrebbe dispiegare la propria efficacia sulla disciplina degli interessi e sulla applicabilità delle penali, ma non sull'obbligazione di pagamento del canone che, come tale, apparirebbe solo "rinviata".

In tale contesto, poi, giova osservare che l'impossibilità sarebbe certamente temporanea ma per il periodo di durata anche totale, tenuto conto del fatto che i provvedimenti emergenziali e le connesse misure di contenimento, pur avendo una durata temporale definita – tant'è che si dibatte quotidianamente di riapertura graduale delle attività – sono suscettibili di ulteriore variazione e proroga, anche su base locale o regionale. Ma fatto ancor più rilevante, in chiave naturalistica, è l'incertezza della data di ripresa delle attività turistiche (per le quali non è consentito, per le ragioni anzidette, parlare di "riapertura" a valle di un ordine di chiusura che per gli alberghi non sussiste) perché non è possibile definire in maniera deterministica in quale arco di tempo i turisti ritorneranno a prenotare e frequentare gli alberghi secondo un criterio di normalità.

Questa precisazione sulla "temporaneità *sine die*" degli effetti della pandemia Covid-19, come evento naturalistico, impone il distinguo tra (i) dichiarazione di emergenza epidemiologica, che ha un inizio ed una fine sulla scorta delle specifiche previsioni normative adottate e (ii) situazione naturalistica di emergenza causata dal Covid-19 che ha, invece, confini indefiniti e che avrà ricadute e durate presumibilmente difformi sia nelle diverse regioni del territorio italiano, sia in relazione alle diverse categorie di strutture alberghiere.

Alla stregua di tali osservazioni, l'applicazione dell'art. 1256, comma 2, cod. civ., a rigore determinerebbe la "sospensione del rapporto contrattuale"; ma, ancora una volta, si tratta di un approdo interpretativo non pienamente soddisfacente atteso che, nella realtà dei fatti, l'operatore alberghiero aspira all'esonero *ratione temporis* dalla sola obbligazione di pagamento e non semplicemente al rinvio dell'esigibilità, né tantomeno risultano sospesi gli altri effetti del contratto di locazione alberghiera o di affitto di azienda perché le parti, salvi casi estremi ed opportunistici, non sono liberate dagli obblighi di detenzione e custodia dell'immobile, tanto che non risultano nemmeno dalla cronaca di questi giorni ipotesi di restituzione delle strutture alberghiere ai proprietari.

Al fine di evocare tale esenzione *pro tempore* dal solo obbligo di pagamento del canone si può esplorare, altresì, l'applicazione al conflitto in analisi degli articoli 1463-1466 cod. civ. sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Tuttavia, anche in questo caso la soluzione prevista è di tipo ablativo e, quindi, insoddisfacente: nel caso in cui l'impossibilità sopravvenuta sia totale è prevista la risoluzione



del contratto e la restituzione delle prestazioni reciprocamente rese (fatto *ex se* non praticabile per i contratti a prestazione corrispettive di cui si discute). Laddove, invece, si dovesse alludere ad un'impossibilità parziale, per richiedere una riduzione della controprestazione, ci si infrange contro l'evidenza che l'impossibilità in discorso è temporanea ma non parziale, poiché nel periodo in cui si verifica essa appare totalizzante giacché sottrae qualsiasi utilità all'albergatore.

A tale stregua il rimedio dell'art. 1464 cod. civ. parrebbe, in tesi, utile solo se si giungesse – con un'operazione di ortopedia giuridica che non ha precedenti in giurisprudenza<sup>14</sup> – ad assimilare l'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 cod. civ. a quella temporanea nei termini incerti anzidetti<sup>15</sup>.

Laddove una simile operazione ermeneutica apparisse percorribile (e la giurisprudenza non offre conforto al riguardo), la disciplina del rapporto potrebbe legittimare il conduttore a non pagare la locazione per il periodo interessato dall'impossibilità temporanea, sempre che la dimensione del fenomeno non assuma una durata ed un'estensione tale da minare fatalmente il sinallagma contrattuale e determinare l'insorgere del presupposto della risoluzione ovvero del recesso per giusta causa.

---

<sup>14</sup> Sul punto si segnala un recente arresto del Tribunale di Roma del 29 maggio 2020 che offre un apparato motivazionale più articolato in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Il giudicante, con riferimento ad un contratto d'affitto di ramo d'azienda, dopo aver affermato (i) l'assenza nella normativa emergenziale di disposizioni che riconoscano un diritto alla sospensione dell'obbligo di corrispondere il canone; (ii) l'impossibilità di invocare i principi di buona fede e correttezza al fine di conseguire una sospensione dell'obbligo di pagamento del canone trattandosi di obbligazione principale del contratto; (iii) l'inapplicabilità dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, trattandosi di rimedio volto a provocare lo scioglimento del contratto, ritiene che la composizione al conflitto tra locatore e conduttore possa rinvenirsi nell'applicazione combinata degli artt. 1256 e 1464 cod. civ. Più precisamente, afferma il Giudice che «... nel caso di specie ricorre difatti una del tutto peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione della resistente allo stesso tempo parziale (perché la prestazione della resistente è divenuta impossibile quanto all'obbligo di consentire all'affittuario, nei locali aziendali, l'esercizio del diritto a svolgere attività di vendita al dettaglio, ma è rimasta possibile, ricevibile ed utilizzata quanto alla concessione del diritto di uso dei locali e quindi nella più limitata funzione di fruizione del negozio quale magazzino e deposito merci) e temporanea (perché l'inutilizzabilità del ramo di Azienda per la vendita al dettaglio è stata ab origine limitata nel tempo per poi venir meno dal 18 maggio 2020)». Pertanto «... si ritiene che avendo la resistente potuto eseguire (pur senza colpa, ma per *factum principis*) dall'11 marzo al 18 maggio 2020 una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale, la ricorrente abbia diritto ex art. 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale, riduzione da operarsi, nella sua determinazione quantitativa, avuto riguardo: a) alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del ramo d'azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali; b) al fatto che p il ramo di azienda è pur sempre rimasto nella materiale disponibilità della ricorrente».

<sup>15</sup> R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nss. D.I.*, cit.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, cit.; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990.



Una diversa strada, indicata dal ricorso ai principi generali, concerne l'applicazione al caso di specie dell'eccezione di inesigibilità della prestazione. Si tratta di un'ipotesi di matrice giurisprudenziale che poggia sulla buona fede oggettiva in esecuzione del rapporto contrattuale *ex art. 1375 cod. civ.*<sup>16</sup> e che mira a valorizzare la correttezza del contegno delle parti. In particolare, il conduttore potrebbe eccepire che è contrario alla buo-

<sup>16</sup> Sulla buona fede oggettiva, quale canone di condotta integrativo del contenuto negoziale, la produzione scientifica è assai larga e complessa, i principali riferimenti sono: R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; A. MONTEL, *La buona fede*, in *Nss. D.I.*, II, Torino, 1958, p. 599 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 172 ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, 1969, Padova; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 618; M. BESSONE, *Principio di buona fede disciplina del common law e massime di equity*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 426; AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; L. BRUSCUGLIA *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975; A. BERIO, *Buona fede*, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, I, Milano, s.d.; M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1978, IV; M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, artt. 1218-1229; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1981; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, Vol. 2, Torino, 1988, p. 154 ss.; M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2168; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1994, p. 572 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2000, pp. 501-502; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *I Contratti*, 2001, fasc. 7, II, p. 723; F.D. BUSNELL, *Note in tema di buona fede ed equità*, 2001, p. 537; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, fasc. 2; M. BARCELLONA, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo (il contratto di diritto europeo. Formazione, esecuzione, rimedi)* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 305 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Roma, 2004, 135 e ss.; M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, II, p. 737; P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006; F. CARGINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, p. 761 ss.; S. PAGLIANTINI, *Abuso nel diritto e buona fede nei contratti*, nella collana *Principi regole e sistema*, Torino, 2010; V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere giuridico*, 2012, 153; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 585 ss.; F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da F. VOLPE, 2016, pp. 175-243; R. ALESSI, *La disciplina generale ...*, cit., 2019, Torino, p. 456 ss. In giurisprudenza per una definizione di buona fede in senso oggettivo si veda, *ex plurimis*, Cass. Civ., ss.uu., 25 novembre 2008, n. 28056: «Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore» – deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile». Da ultimo, Cass. Civ., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3694.



na fede esigere il pagamento del canone, specie allorquando è comune esperienza che gli impatti della pandemia Covid-19 sull'attività alberghiera siano stati devastanti ed il pagamento del canone imporrebbe al conduttore un sacrificio ampiamente superiore a quello che dovrebbe sopportare il conduttore nel tollerare, per il periodo in questione, un mancato o minore pagamento. Si tratta, pertanto, di una ipotesi che si avvale del solido apparato storico e concettuale dell'*exceptio doli generalis* (che riconosce alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza la possibilità di opporsi ad un pagamento conforme ai termini originari dell'accordo perché contrario a buona fede), ma nella prassi si rivela un viatico influenzato da fattori soggettivi, che non trova unanime riconoscimento nella giurisprudenza benché la dottrina ne abbia predicato la piena percorribilità.

Un posizionamento analogo assumono altre teorie che fondano sulla buona fede e sulla causa concreta del contratto una possibile soluzione al conflitto in atto. Segnatamente, v'è chi afferma che dovendo eseguire secondo buona fede il contratto, il conduttore dovrebbe automaticamente offrirsi ad una rinegoziazione<sup>17</sup> del canone per il periodo colpi-

---

<sup>17</sup>R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, a cura di U. DRAETTA, C. VACCÀ, Milano, 1992, p. 299 ss.; M. COSTANZA, *Clause di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologia dei contratti e rimedi*, a cura di U. DRAETTA, C. VACCÀ, Milano, 1992, p. 311; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento, e risoluzione in uno scenario di crisi*, a cura di C. VACCÀ, Milano, 1992; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.* XVIII, Torino, 1998; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 1998, p. 195; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 619 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 438 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; ID., *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., sez. II*, Torino, 2003, p. 1200 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 667 ss.; F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003; C.M. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2003, p. 491 ss.; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, *Il contratto*, R. SACCO, G. DE NOVA, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, pp. 722-725 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004; G. CLERICO, *Minaccia di inadempimento contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*,



to dall'emergenza Covid-19. A tale stregua il canone ordinario verrebbe "sterilizzato" per essere sostituito da un nuovo canone rinegoziato che rimarrebbe in vigore fin quando il ritorno alla normalità non consenta l'applicazione del precedente regime contrattuale. Naturalmente si tratta di un approdo interpretativo di grande interesse, che valorizza l'ispirazione solidaristica che la Costituzione infonde alla disciplina del contratto, ma che nella chiave di lettura finora offerta postula la necessaria cooperazione del creditore e vede la rinegoziazione come un approdo finale e non come una modalità dell'adempimento; peraltro sono stati posti consistenti dubbi sull'effettività delle tutele disponibili a presidio dell'obbligo di rinegoziazione di fonte legale.

A ciò si aggiunga che la dottrina e la giurisprudenza esibiscono altalenanti orientamenti in materia di rinegoziazione. Infatti, v'è una posizione che nega che la buona fede in senso oggettivo (artt. 1366 e 1375 cod. civ.) possa validamente fondare la natura di

---

2004, 279 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2005; F. MACARIO, *I rimedi manutentivi. L'adeguamento contrattuale e la rinegoziazione*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, V, *I rimedi-2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* (Parte prima), AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, a cura di R. Fiori, Napoli, 2006; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 97 ss.; M. BARCELLONA-M.R. MAUGERI, *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziare*, *Manuale dir. priv. eur.*, II, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 521 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze, perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1095; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium iuris*, 2007; M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*. In *Enciclopedia del diritto*, annali II, tomo II, Milano, p. 1026 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 583 ss.; C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 235 ss.; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 167 ss.; P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011; F. GALGANO, *Il contratto*, 2° ed.; Padova, 2011; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2012; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2012; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I; V. ROPPO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014; F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 247 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, p. 411 ss.; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione, L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e Impr.*, 2016, p. 186 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss.



obbligo legale della rinegoziazione<sup>18</sup>, inteso come obbligo (di mezzi) procedimentale di cooperazione al fine di pervenire ad un regolamento negoziale modificato in maniera idonea a contrastare le sopravvenienze (sia quelle tipiche sia quelle atipiche) ed ancora nega l'applicazione dell'art. 2932 cod. civ. agli esiti della mancata finalizzazione della rinegoziazione.

Tale critica è mossa con veemenza – al punto di predicare la contrarietà dell'obbligo legale di rinegoziazione all'art. 1372 cod. civ. perché diversamente opinando si aprirebbe la strada a (i) soluzioni pretorie imprevedibili e (ii) ad un generale principio della trattabilità unilaterale del consenso validamente prestato – e poggia il proprio dissenso sulla pretesa inconciliabilità tra gli artt. 1375 e 1467 cod. civ., allorché la soluzione offerta dal codice sarebbe esclusiva nel senso che il rimedio dell'art. 1467 cod. civ. opera per le sole sopravvenienze tipiche – rimanendo del tutto irrilevanti le sopravvenienze atipiche –. In tal senso, l'art. 1467 cod. civ. darebbe vita solo ad un rimedio potestativo finalizzato a paralizzare il rimedio ablativo della risoluzione, essendo la riconduzione ad equità delle prestazioni una misura di “aggiustamento” che non ha nulla a che vedere con l'obbligo di rinegoziazione.

Contro tale impostazione si schierano, invece, gli assertori della rinegoziazione che ne affermano la portata di obbligo legale promanante dalla natura imperativa della buona fede che impone, nei rapporti di durata, la manutenzione del vincolo mediante quelle modificazioni del regolamento contrattuale idonee a contrastare gli effetti negativi delle circostanze sopravvenute. Il tema della rinegoziazione offre rilevanti suggestioni e merita sviluppo sotto un angolo visuale diverso e su cui si tornerà nel corso della trattazione.

Veniamo, ora, a quella (peraltro non diffusa) giurisprudenza sulla carenza della causa in concreto del contratto<sup>19</sup>. La giurisprudenza muove dall'analisi del tipo contrattuale e

---

<sup>18</sup> F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006; F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006; F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347 ss.; V. ROPPO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Ann. II*, Milano, 2008, p. 1026 ss.; culturalmente più disponibile al confronto appare F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, II, p. 585 ss.; mentre evidenzia la propria veemente critica E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

<sup>19</sup> Sulla causa in concreto v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Torino, 1966; M. CASSOTANA, *Causa ed “economia” del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 834; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; G. ALPA, *Causa e contratto, profili attuali*, in *Causa e contratto* a cura di C. VACCÀ, Torino, 1997; E. PAOLINI, *La causa del contratto, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Collana diretta da F. Galgano, Padova, 1999; U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 241



trae dallo svuotamento della corrispettività e dall'inesistenza di un vantaggio della locazione ritraibile in concreto per il conduttore un esito che, a ben vedere, non appare neanche esso soddisfacente. Infatti, l'inceppamento del congegno della causa in concreto produce effetti sul piano della nullità del contratto che, per quanto visto in precedenza, non è l'esito auspicato dalle parti come soluzione al loro conflitto.

Sotto un diverso profilo che, invece, mira alla manutenzione del rapporto, si coglie la possibilità di fare ricorso all'art. 1584 cod. civ.<sup>20</sup> ed al principio generale che da esso si pretende di astrarre. Lo spunto, sebbene non convince per le ragioni che appresso verranno illustrate, appare comunque degno di indagine perché segnala l'emersione, nella materia della locazione, di una logica di contemperamento degli interessi in conflitto. Segnatamente, la norma in analisi afferma che laddove il bene divenga parzialmente inutilizzabile a causa dell'impossibilità di effettuare una riparazione e tale inutilizzabilità si protragga per oltre un sesto della durata della locazione, il conduttore ha diritto ad una riduzione del corrispettivo proporzionale all'entità del mancato godimento. La norma sottolinea che, proprio in forza della natura sinallagmatica del rapporto, all'indisponibilità parziale del bene (ma non a quella "temporanea") faccia fronte una riduzione del corrispettivo, risultando la risoluzione del contratto un'*extrema ratio*.

È chiaro che l'indisponibilità nel caso che ci occupa è solo temporanea ed in relazione alla complessiva utilità economica che dal bene si ritrae, tuttavia la norma non appare

---

ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e Impr.*, 2007, p. 416 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, 2008, Padova; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, 2012, Bologna; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione. Raccolta di Studi in memoria di Antonio Brancaccio*, Milano, 2013, p. 33 ss.; F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 885 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2014, cit., p. 251 ss.; E. LA ROSA *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 35 ss.; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in AA.VV., *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazione e contratti*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, Padova; R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà «orizzontale» e contratto*, in *Juscivile*, 2016, p. 507 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, 604 ss. In giurisprudenza, per una nozione di causa concreta intesa come "funzione economico individuale" si vedano più recentemente Cass. Civ., sez. III, 8 giugno 2017, n. 14262; Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 921; R. ALESSI, *La disciplina generale ...*, cit., 2019, Torino, p. 343 ss.

<sup>20</sup> Analogamente, nel contratto d'affitto, l'esecuzione di riparazioni che determina per l'affittuario una perdita superiore al quinto del reddito annuale legittima l'affittuario a chiedere una riduzione proporzionale del corrispettivo o, secondo le circostanze, la risoluzione del contratto (art. 1622 cod. civ.).





invocabile, nemmeno in via analogica, proprio in ragione della specificità dei suoi presupposti, salva comunque l'utilità di registrare l'apertura concettuale del legislatore alla rinegoziazione del canone in misura proporzionale alla ridotta utilità del bene, che è poi, in termini specifici, l'approdo che risulterebbe più confacente alla soluzione del conflitto tra le parti.

Sotto altro profilo e per completezza, merita un breve cenno il tema della presupposizione<sup>21</sup>. Si tratta, com'è noto, di una teorica cui fa ricorso la giurisprudenza per valorizzare le questioni giuridiche poste dalla sopravvenienza di circostanze imprevedute ed imprevedibili ed i conseguenti problemi di distribuzione tra i contraenti dei relativi rischi e dei danni. Proprio in relazione alla presupposizione si è evoluto lo specifico contenuto del giudizio di buona fede, che assume massima rilevanza nella verifica della compatibilità tra le circostanze del caso concreto e l'adempimento. A tale stregua si predica l'esigenza di valutare la congruità dei fatti sopravvenuti rispetto all'equilibrio economico del contratto e, quindi, la conseguente ripartizione dei rischi e dei costi. Individuato nell'equilibrio economico del contratto l'oggetto della valutazione parametrica tra circo-

---

<sup>21</sup> Sulla presupposizione, tra i tanti autori, si veda P. COGLIOLO, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1940, p. 417 ss. I; R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 163 ss., II; F. MARTORANO, «Presupposizione» ed errore sui motivi del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 81 ss.; G. BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, p. 239 ss.; F. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, in *Foro it.*, 1960, p. 1580 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; M. BESSONE, *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, in *Foro Pad.*, 1971, p. 864 ss.; V. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 211; A. PELLICANÒ, *La presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1636 ss.; M. BESSONE, *Errore sul motivo, «fausse cause» e questioni di presupposizione*, in *Foro it.*, IV, p. 35; ID., *Presupposizione, «oggettività» delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1747 ss.; ID., *Rilevanza delle presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertman, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, p. 281; ID., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrilevanza» dei «motivi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 146 ss.; E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 735 ss.; F. MACIOCE *La presupposizione*, in *I contratti in generale* a cura di Alpa e Bessone, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale diretta da Bigiavi*, Torino, 1991; N. COSENTINO, *Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, 1995, p. 1601 ss.; A. SEGRETTO, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 1996, p. 75 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; C. CALDERONI, «Presupposizione» e disciplina del contratto, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3163 ss.; M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto* 2, Milano, 2000; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 846 ss.; O. CAGNASSO, *La presupposizione*, *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, t. 4. *Il contratto in generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2003; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.* 3, diretto da R. SACCO, T.1, Torino, 2004; F. MACARIO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, *Rimedi*, t. 2, Milano, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.* 2, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011.



stanze sopravvenute e adempimento, occorre quindi apprezzare i rischi ed i danni secondo canoni di normalità e di correttezza che si impongono come ordinari referenti del giudizio di buona fede.

Senonché, pur apprezzando l'armamentario culturale e l'incedere dei ragionamenti in materia di presupposizione, gli esiti cui approda la giurisprudenza ne escludono *tout court* l'utilizzabilità, giacché essi si esprimono sul versante dell'annullabilità, della nullità o dell'inefficacia del contratto, tutti rimedi demolitori che non giovano all'interesse delle parti.

4. – A conclusioni non dissimili da quelle esposte in materia di locazione alberghiera, e per quanto già non fatto in precedenza, si perviene anche con riguardo alla contigua fattispecie dell'affitto d'azienda (disciplinata dagli artt. 1615 e ss. cod. civ.<sup>22</sup>), salvo talune necessarie precisazioni.

Il percorso di analisi è parallelo a quello testé svolto e procede dalla verifica circa la sussistenza o meno nel regolamento contrattuale di una clausola che disciplini il sopraggiungere di una causa di forza maggiore. Laddove tale clausola sia presente occorre verificarne (i) l'idoneità a contenere la fattispecie concreta e (ii) la tenuta della disciplina alla luce dell'equilibrio contrattuale ed al cospetto della normativa emergenziale per quelle eventuali circostanze che esorbitano dal governo della clausola medesima.

Quanto ai riferimenti normativi invocabili, resta fermo quanto sopra esposto circa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, assoluta o parziale (nel senso di temporanea ma totale di cui sopra) e lo stesso dicasi in relazione all'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto ed alla carenza di causa in concreto.

Senonché, la disciplina dell'affitto di azienda reca una norma di legge specifica, l'art. 1623 cod. civ., di grande interesse per la fattispecie concreta che esibisce, proprio con riferimento al tema della rinegoziazione di cui si è già fatto cenno, un atteggiamento di grande favore del legislatore verso la conservazione del rapporto negoziale. A mente della norma in discorso «... *se, in conseguenza di una disposizione di legge, di una norma*

---

<sup>22</sup>M. FRAGALI, *Affitto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 729 ss.; C. GIANNATTASIO, *della locazione*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, II, *Libro delle obbligazioni*, artt. 1571-1671, Firenze, 1947, pp. 195-361; A. TABET, *Affitto (in generale)*, in *Nss. D.I.*, I, 1, Torino, 1957, p. 379 ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.*, IV, 3, artt. 1571-1654, Torino, 1960; E. ROMAGNOLI, *Affitto, Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.*, Scialoja-Branca, artt. 1615-1627, Bologna-Roma, 1978; R. CALVO, *La locazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino.



*corporativa o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto».*

Appare evidente come la norma non sia stata concepita per fronteggiare situazioni di forza maggiore, tuttavia è possibile ricavare un'utile traiettoria interpretativa che, non senza la difficoltà di colmare le lacune testuali, ne cristallizzi i presupposti operativi in relazione all'emergenza sanitaria Covid-19. Infatti, al cospetto della situazione concreta sembrerebbero sussistere i presupposti per l'applicazione della norma, ossia: (i) un provvedimento dell'Autorità; (ii) una notevole modificazione del contratto, cagionata dall'impossibilità per l'affittuario di godere del bene produttivo e dei frutti, secondo criteri di normalità; (iii) un nesso eziologico diretto tra la perdita dell'affittuario ed il vantaggio del proprietario.

I primi due presupposti appaiono sufficientemente immanenti alla situazione sopra descritta, mentre con riguardo al vantaggio del proprietario è dirimente osservare che laddove il locatore dovesse percepire il canone in mancanza di un'utilizzazione produttiva del bene da parte dell'affittuario, il primo trarrebbe dall'azienda affittata un'utilità che, a rigore, non sarebbe ritraibile nemmeno laddove avesse gestito in proprio e direttamente l'azienda stessa. Proprio tale paradosso restituisce significato pregnante alla sussistenza di un nesso eziologico tra perdita dell'albergatore e vantaggio del concedente ed apre alla strada dell'adeguamento del corrispettivo.

Nello stesso senso della riduzione del corrispettivo militano anche le disposizioni di cui agli artt. 1635 e ss. cod. civ., che in caso di perdita della metà dei frutti per "caso fortuito" prevedono (i) il diritto del conduttore ad una riduzione del canone, salvo che le perdite non siano compensate dai precedenti raccolti (artt. 1635, comma 1 e 1636 cod. civ.); (ii) la possibilità di domandare al giudice la sospensione del pagamento di una parte del fitto in misura corrispondente alla perdita (art. 1635, comma 2, cod. civ.); (iii) l'equiparazione tra perimento e mancata produzione dei frutti (art. 1635, comma 4, cod. civ.); (iv) la possibilità di acollo convenzionale del caso fortuito in capo al conduttore purché non si tratti di caso fortuito straordinario (art. 1637 cod. civ.).

Evidentemente la fattispecie astratta inclina positivamente le parti verso l'esigenza, ormai reputata imprescindibile, di un congelamento del canone in misura proporzionale alla perdita e di una sua rinegoziazione come obbligata modalità di esecuzione in buona fede del rapporto di affitto di azienda.



5. – Considerazioni a parte merita, invece, l'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27 (che integra l'art. 6 bis del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) rubricato «*Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*» che così dispone «... All'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il 6, è inserito il seguente: “6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui 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”».

Si tratta di una norma emergenziale, e come tale di portata eccezionale, destinata tuttavia ad operare nel post-emergenza con riferimento ai fatti maturati in sua pendenza e che offre, in relazione alla fattispecie di conflitto in analisi, interessanti spunti oggetto di immediati commenti<sup>23</sup>.

Un primo rilievo. Proprio la natura emergenziale della disposizione ne determina l'incerta collocazione sul piano sistematico, atteso che la norma predispone una causa di giustificazione che esenta il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento che si ponga in connessione diretta ed immediata con il rispetto delle misure di contenimento adottate con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13.

Il tenore letterale della norma, preceduta peraltro da un'infelice quanto fumosa rubrica, appare angusto perché limitato alle richiamate specifiche misure di contenimento (atteso che testualmente si dovrebbe riferire solo a quelle e quindi ad un catalogo tipico e non aperto) previste dal decreto e non in grado di contenere tutte le altre misure di effetto analogo a quelle di contenimento, comunque denominate, previste anche da altri strumenti normativi o dalle ordinanze adottate dalle singole regioni in regime di emergenza.

---

<sup>23</sup> F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 2, p. 129; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa transitoria di giustificazione?* in *Giust. civ.*, 3 aprile 2020; G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto a doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 9 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per “misure di contenimento” pandemico*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 23 aprile 2020; G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del coronavirus: prime riflessioni*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 23 aprile 2020.



Tale immediata osservazione, ove mai fotografasse in termini finali lo spettro operativo della norma, minerebbe la stessa possibilità di ipotizzarne un'applicazione ampia ed estensiva (dovendo dare per scontato che una norma emergenziale, e per ciò stesso eccezionale, non sia suscettibile di applicazione analogica), quand'anche, tutt'al contrario, le conseguenze dell'emergenza pandemica sollecitano l'adozione di un importante *mitigant* ai rigori dell'art. 1218 cod. civ.

Ma vi sono ulteriori incertezze che il dato testuale della norma ingenera e che, all'apparenza, possono limitarne un'utile applicazione. Si allude, in particolare, al fatto che la disposizione postula implicitamente un rapporto di consequenzialità tra le “misure di contenimento di cui allo stesso decreto” e l'esonero dalla responsabilità, consequenzialità che solo con qualche forzatura è in grado di accogliere anche le conseguenze c.d. indirette o di rimbalzo delle misure di contenimento. Infatti, come già osservato, le misure di contenimento non hanno ordinato la chiusura degli alberghi e, pertanto, si deve dedurre che le stesse abbiano colpito solo indirettamente, per quanto gravemente, l'operatività delle strutture alberghiere.

Ma anche volendo superare il tema dell'esistenza o meno di un nesso di consequenzialità diretta quale postulato operativo per l'esonero della responsabilità, postulato peraltro affidato al mutevole governo del diritto pretorio, è evidente che la formulazione legislativa opera sul piano dell'esonero dalle conseguenze dannose e non dell'esonero dall'obbligo. La differenza, che potrebbe apparire solo marginale ad un primo esame, invece rivela un'intrinseca debolezza del costruito normativo, perché si tratta di un meccanismo che opera a valle del sintomo e non a monte e direttamente sul problema dello svuotamento in concreto dell'obbligo e della sua inadeguatezza a rappresentare la misura del rapporto perturbato dall'emergenza pandemica.

Ancora, la lettera della legge richiama, in relazione alla responsabilità del debitore solo gli artt. 1218 e 1223 cod. civ., non risultano invece richiamati tutti gli articoli che governano il regime giuridico dell'inadempimento e, segnatamente, la disciplina della mora (art. 1219 cod. civ.), la disciplina dell'offerta non formale e gli effetti della mora sul rischio (artt. 1220 e 1221 cod. civ.), ma ancora risulta omesso il riferimento alla disciplina del danno nelle obbligazioni pecuniarie (art. 1224 cod. civ.), al principio limite della prevedibilità del danno (art. 1225 cod. civ.) – dando così la stura all'idea che la norma possa operare anche in relazione alle obbligazioni involontarie – alla valutazione equitativa del danno (artt. 1226 cod. civ.), al concorso del creditore (art. 1227 cod. civ.) ed alla responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 cod. civ.).

In altri termini, la norma in esame integra una causa di giustificazione che esonera



dalla responsabilità risarcitoria per i soli profili del danno emergente e del lucro cessante. Tale conclusione pone la regola emergenziale non solo in deroga ma anche al di fuori – o meglio in parallelo – al sistema della responsabilità per inadempimento, nella misura in cui non lo richiama integralmente senza un'apparente e plausibile ragione.

La disposizione normativa si applica espressamente anche alle eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti, ma tuttavia nulla dice in relazione alla possibile ricaduta nei contratti di cui si discute su quelle eventuali pattuizioni che possano prevedere clausole risolutive espresse, termini essenziali o condizioni risolutive legate proprio all'esatto pagamento del canone. Questo è uno dei principali deficit di formulazione della disposizione in discorso che, come detto, opera a valle sulla responsabilità e non a monte sulla rimodulazione dell'obbligo.

Per non parlare, poi, delle problematiche innescate dalle frequenti ipotesi di collegamento negoziale tra locazione e sottostante contratto di finanziamento o di collegamento tra locazione e garanzie prestate a presidio del pagamento del canone.

I primi commentatori hanno esibito opinioni non univoche né coerenti con la norma medesima né con il sistema civilistico nel suo complesso, incoerenza peraltro nemmeno giustificabile con la natura della norma ed il suo limitato spettro applicativo.

V'è chi ha osservato, in contro tendenza con le notazioni testé operate, che l'art. 91 abbia una potenzialità applicativa "larga", in ragione dell'avverbio modale "sempre". In altri termini, il giudice chiamato a decidere su di un inadempimento dovrà "sempre" valutare l'esclusione dalla responsabilità se l'inadempimento sia stato provocato dal rispetto delle misure di contenimento. A tale stregua, si aggiunge, al giudice sarebbe concesso di escludere *tout court* la responsabilità ma anche (secondo una lettura extra-testuale) di incidere sul *quantum* degli eventuali danni da risarcire al creditore<sup>24</sup>.

Ed ancora, secondo altri interpreti<sup>25</sup> la norma consentirebbe al giudice di fissare il

---

<sup>24</sup> A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa transitoria di giustificazione?*, in *Giust. civ.*, 3 aprile 2020.

<sup>25</sup> A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *Il caso*, 11 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale*, cit., p. 4 ss., opera una ricostruzione in parte diversa dal primo scritto concentrandosi sul tema delle locazioni commerciali e degli studi professionali. L'A. prospetta soluzioni diverse, per le locazioni commerciali il *factum principis* che ha sospeso una serie di attività di impresa associato al riferimento all'art. 1575, numero 2, cod. civ. darebbe luogo ad una impossibilità per il locatore di mantenere la destinazione d'uso dell'immobile con conseguente liberazione del locatore medesimo dal relativo obbligo ed applicazione della norma dell'art. 1464 cod. civ. in forza del quale il contraente non liberato dalla impossibilità temporanea ha diritto alla riduzione della prestazione, che va vista caso per caso considerando complessivamente il rapporto anche in relazione all'utilità residua che dall'immobile è stata comunque ritratta per essendo venuta tempora-



nuovo momento dal quale comincia a ridecorrere l'obbligazione, così "toccando" non solo le rate scadute e non pagate ma anche quelle a scadere (invocando a tale fine l'art. 1183 cod. civ. come congegno ricompreso nella esenzione della responsabilità).

Pur prendendo atto che si tratta di immediati commenti, senza il conforto di un ambito di riflessione più ponderato, immediatezza che scontano anche le presenti osservazioni, non si può convenire con l'idea che sia concesso al giudice di graduare la responsabilità una volta che la disposizione abbia configurato una causa di esclusione, atteso che la regola non sembra affatto rimettere al giudice un simile discrezionale sindacato. Invero, a mente della disposizione in rassegna se il rispetto delle misure di contenimento ha determinato l'inadempimento, allora il giudice deve "sempre" escluderlo, senza potersi addegnare in una valutazione di secondo grado che attiene alla misura dell'esonero dalla responsabilità<sup>26</sup>.

A ben vedere, la norma è costruita su di una logica on/off (o c'è l'esonero o non c'è) e non v'è spazio per scorribande pretorie ispirate dalla giustizia del caso concreto. Diversamente argomentando è ineliminabile il rischio di un soggettivismo che ripugna al principio di certezza del diritto.

Parimenti sconcertante è l'idea che la norma affidi al governo del giudice la rimodulazione interna dell'obbligazione – non solo in relazione alla dimensione del risarcimento e quindi, come detto, del corrispettivo, ma anche in relazione alla decorrenza dell'obbligazione ed alla fissazione del termine di adempimento –. Questa idea è poi da taluni condotta fino all'estremo di teorizzare un ingresso, in chiave di soluzione del conflitto, dell'equità giudiziale *ex art. 1374 cod. civ.*<sup>27</sup>.

---

neamente meno l'utilità della destinazione d'uso. Per gli studi professionali, invece, non sarebbe predicabile analoga soluzione, salvo che per la Regione Piemonte e Regione Lombardia che hanno adottato specifiche disposizioni emergenziali di chiusura.

<sup>26</sup> G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 3, osserva che la norma non avrebbe carattere sostanziale, e precisa che «il rispetto della misura di contenimento è stato elevato a parametro di valutazione della imputabilità o meno dell'inadempimento. Ne deriva che, ai fini di tale valutazione, rileveranno pur sempre l'oggettiva possibilità per il debitore di adempier (nonostante il rispetto di tale misura) e l'importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse del creditore (art. 1455 c.c.)».

<sup>27</sup> Sempre G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 10, dopo avere escluso (semplicemente) la via della rinegoziazione perché, a Suo dire, la buona fede rileva solo sul piano soggettivo e non su quello della integrazione del contenuto del contratto per adeguarlo alla sopravvenienza, di talché la buona fede avrebbe rilievo solo sul piano risarcitorio, conclude in termini paradossali assumendo che «Nell'estrema duttilità dello strumento rimediabile de quo (l'equità giudiziale) si intravede, in definitiva, la sua idoneità a mantenere in vita il rapporto contrattuale, ove possibile e rispondente agli interessi delle parti, senza difettargli la capacità di privarlo di effetti nel caso contrario». Si tratta di una conclusione priva di base giuridica che attribuisce all'equità giudiziale una funzione che l'ordinamento non prevede e che



Ad un più profondo scandaglio risulta agevole osservare che la norma in disamina non opera un *endorsement* in bianco al giudice affidandogli la ricerca di nuovi punti di equilibrio, peraltro a rigore valevoli fin quando dura l'emergenza per poi riconsegnare la gestione degli interessi privati alle parti una volta che sia terminata l'emergenza. Nemmeno la contingenza pandemica può legittimare una "giustizia emergenziale del contratto", che contrasta con i principi ortogonali del sistema e che apparirebbe tanto più eterodossa quanto più si ponga mente al fatto che i rapporti in analisi corrono tipicamente tra imprenditori.

Sulla scorta delle superiori osservazioni, la causa di giustificazione per esonerare dalla responsabilità l'albergatore a fronte del mancato pagamento dei canoni è un rimedio solo all'apparenza tranquillante, perché rimangono aperte troppe falle sul lato della persistenza dell'obbligo e sulle ricadute dell'inadempimento almeno sul tema della risoluzione di diritto e delle garanzie di pagamento.

**6.** – La rassegna dei riferimenti normativi in materia di locazione e di affitto di azienda testé operata ed il loro raffronto con la peculiare morfologia del conflitto di interessi in disamina restituisce un quadro incerto e frammentato, che merita di essere ricomposto sotto una cifra unitaria e secondo i canoni di una corretta lettura dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto e dell'obbligo di rinegoziazione che da esso promana.

Invero, in assenza di una specifica ed idonea clausola di forza maggiore, la tesi che si vuole affermare è la seguente:

(i) il sopravvento delle circostanze emergenziali – eccezionali, imprevedibili, non imputabili né superabili con lo sforzo dell'ordinaria diligenza – e della correlata normazione travolge l'equilibrio contrattuale e rende la prestazione del proprietario priva di utilità per il conduttore che dal godimento del bene immobile, che pure non gli è stato sottratto, non può ricavare utilità economica alcuna, anzi di tale detenzione il conduttore subisce solo i costi ed i rischi e non è nemmeno esonerato dai pesi naturalmente associati al rapporto con il bene immobile;

(ii) assumendo che il conduttore, a cagione dei predetti elementi di squilibrio del contratto, non proceda al pagamento del canone si genera una situazione di turbolenza tem-

---

inverte i piani del diritto positivo poiché elegge a strumento remediale generale un rimedio residuale e di incerta applicazione.





poranea, ma di durata ancora indefinita perché *sine die* e legata all'emergenza Covid-19 come fatto naturalistico e non solo normativo;

(iii) il perturbamento dell'assetto d'interessi diviso dalle parti non trova soluzione in nessuna delle norme passate in rassegna, che al più evidenziano indirizzi di fondo dell'ordinamento da cogliere in chiave di ricostruzione sistematica nell'ottica della manutenzione del rapporto negoziale. Si deve, peraltro, prendere atto che nemmeno le soluzioni generalmente proposte per affrontare le sopravvenienze nei rapporti di durata appaiono direttamente fruibili ai fini della soluzione dello specifico conflitto, perché l'indeterminatezza temporale dell'emergenza è incompatibile con la ricerca di un nuovo punto di equilibrio a regime, allorquando la normalizzazione della situazione consentirà il riespandersi del principio *pacta sunt servanda*. In altri termini, occorre trovare una soluzione immediata ad una situazione di crisi profonda ma transeunte, in vista del recupero della normalità;

(iv) l'unico rimedio che restituisce alla volontà delle parti la rideterminazione dell'equilibrio violato, senza chiamare immediatamente in partita il giudice, è la rinegoziazione, intesa come attività doverosa cui le parti non possono sottrarsi nell'obbligatoria osservanza dell'art. 1375 cod. civ. che è norma imperativa di attuazione del rapporto;

(v) nemmeno la normativa emergenziale, nelle interpretazioni peraltro talvolta extratestuali offerte dai primi commentatori, consente un soddisfacente approdo alternativo. Infatti, l'art. 91 in commento non rimette al giudice un potere di rimodulazione interno del rapporto turbato dalla forza maggiore in chiave quali-quantitativa, né opera sul lato dell'obbligo né, infine, legittima un (improprio) affidamento alla giurisdizione del compito di trovare un temporaneo riequilibrio del rapporto, per poi lasciare nuovamente al governo delle parti la regola a regime del medesimo. L'art. 91 consente al giudice solo di esonerare *tout court* il debitore dalla responsabilità, ma la legge non si pronuncia – come meglio avrebbe invece potuto – sull'esonero temporaneo dall'obbligo o da una serie di obblighi e, quindi, l'ambito di intervento pretorio rimane confinato tra i due classici poli dell'alternativa secca tra la caducazione del rapporto a fronte dell'inadempimento non giustificabile od il suo salvataggio laddove ricorrano i presupposti dell'ancoraggio alle misure di contenimento;

(vi) per altro verso, l'unico meccanismo per paralizzare eventuali automatismi innescati dalla violazione dell'obbligo di pagamento e connessi all'operatività di una condizione risolutiva, di un termine essenziale ovvero di una clausola risolutiva espressa giacciono sul piano della non imputabilità in termini oggettivi, atteso che proprio la ricorrenza della forza maggiore disinnesca, sul piano dell'alterazione del sinallagma contrattuale, le conseguenze dell'inadempimento.



In ragione di quanto precede, pur non trascurando le veementi critiche mosse alla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione, deve predicarsi una lettura dell'art. 1375 cod. civ. in senso cogente e materiale e, quindi, affermarsi che la rinegoziazione non è, come dato cenno in precedenza, l'approdo finale cui conduce il precetto di buona fede. Quanto, piuttosto, affermarsi con vigore che la rinegoziazione è, al cospetto dello squilibrio del rapporto innescato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, l'unica modalità di adempimento in buona fede del contratto<sup>28</sup>.

Si tratta di un approdo non finale ma intermedio verso la soluzione del conflitto con cui l'autonomia privata deve cimentarsi, con la consapevolezza che sebbene la sentenza dell'art. 2932 cod. civ. sia ritenuta dalla migliore dottrina non attingibile quale tutela in forma specifica dell'obbligo inadempito<sup>29</sup>, pur tuttavia non vi può essere dubbio che l'obbligo di rinegoziazione ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>30</sup>,

---

<sup>28</sup> A tale conclusione, seppure per altra via (indiretta), perviene anche F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze ...*, cit., pp. 618-619, il quale di fronte alla richiesta della richiesta di adempimento mette in campo la buona fede in funzione valutativa (e quindi non fondativa dell'obbligo di rinegoziazione, che l'A. contesta). L'*exceptio doli generalis* ne è la conseguenza che appare idonea a dare la stura alla rinegoziazione volontaria così da ripristinare la piena funzionalità del contratto.

<sup>29</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2020, p. 867 ss. l'A. osserva che «... L'estensione della tutela in natura ex art. 2932 cod. civ. all'obbligo di rinegoziare è sottoposta a critica e non soltanto, com'è ovvio, dai detrattori dell'obbligo legale di rinegoziazione, ma anche dai fautori. E la ragione è duplice: per un verso, la mobilitazione della sentenza costitutiva trasforma l'obbligo di rinegoziazione da vincolo a trattare la modifica del regolamento contrattuale in obbligo a contrarre l'accordo modificativo, il che pare francamente andare oltre il segno; e, per altro verso, questa estensione arma il giudice di un potere di riscrittura del contenuto del contratto che sconfina nella pura equità, visto che, in condizioni normali, l'obbligo di rinegoziazione non è affiancato da criteri predeterminati di modificazione del regolamento contrattuale tali da guidare la mano del giudice. L'obbligo di negoziare o di rinegoziare – come pure è stato suggerito – sembra piuttosto suscettibile di tutela tramite la misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. ...».

<sup>30</sup> In generale sulla riforma del 2009 e sull'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., si veda A. CHIZZINI, in BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, sub art. 614 *bis*, Torino, 2009, p. 165; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 947; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in *Giur. it.*, 3, 2010, pp. 638-654; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 781 ss.; C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *il Corriere giuridico*, fasc. 6, 2009, p. 737 ss.; C. CONSOLO, F. GODIO, sub art. 614 *bis*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Milano, 2009, p. 277; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile e di non fare*, in *Rass. for.*, 2009, p. 721 ss.; S. CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-indiretta-le-nuove-misure-coercitive-ai-sensi-dell-art-614-bis-c-p-c\\_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-indiretta-le-nuove-misure-coercitive-ai-sensi-dell-art-614-bis-c-p-c_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/); A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019.



ossia possa essere munito della comminatoria che, com'è noto, si applica sia agli obblighi di fare fungibili che a quelli di fare infungibili. Conseguentemente, l'obbligo di rinegoziazione risulta munito di un rimedio specifico, di carattere compulsorio, che gli conferisce un presidio di esecuzione indiretta e ne accredita la forza coercitiva non solo sul piano sostanziale della natura giuridica imperativa e cogente della norma-fonte, ma anche sul piano dell'effettività della tutela.

La rinegoziazione, quindi, non è un fine od un'alterità rispetto alla corretta esecuzione del contratto, la rinegoziazione è la modalità di corretta esecuzione del rapporto, perturbato dagli eventi pandemici in maniera transeunte ma profonda.

In tale chiave di lettura la misura dell'inadempimento non è più soltanto quella della divergenza tra il canone pattuito ed il canone eventualmente prestato o non prestato *tour court* dall'albergatore, bensì la misura in cui le parti avranno correttamente considerato le sopravvenienze e la loro incidenza sull'equilibrio contrattuale nonché lo sforzo complessivamente adoperato per mitigare lo squilibrio della causa concreta del contratto.

Per altro verso, il diniego di rinegoziazione del contratto costituirà inadempimento al programma negoziale divisato, così come influenzato dalle circostanze emergenziali. E si tratta, come detto, di un inadempimento sanzionabile dal giudice sia in forma di esecuzione diretta sia in sede risarcitoria (al punto tale che il risarcimento potrebbe spingersi fino ad addossare alla parte non in buona fede tutto o parte dell'onere o dell'aggravio complessivamente subito in conseguenza del rifiuto della rinegoziazione e dell'eventuale connessa rottura del rapporto<sup>31</sup>). Il diniego di rinegoziazione intraderà, poi, verso la produzione della risoluzione per mutuo consenso che è, per quanto visto, proprio l'esito che le parti intendono evitare<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> In tal senso ci pare l'opinione anche di F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze ...*, cit., p. 585 ss.

<sup>32</sup> G. CAPPELLETTI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Rass. dir. civ.* 1999, p. 241 ss.; M. FRANZONI, *Mutuo dissenso*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, pp. 4-5; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1372-1405, Roma, 1993, p. 19 ss. L'art. 1195 del code civil francese, così come novellato dall'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, ha normativizzato il binomio tra sopravvenienze ed obbligo di rinegoziazione ed in caso di rifiuto o di insuccesso della rinegoziazione ha previsto la strada della risoluzione per mutuo consenso ovvero dell'intervento del giudice nell'economia del contratto, «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.*».



In tal senso, proprio una corretta esecuzione della modalità di adempimento mediante rinegoziazione imporrà al giudice di valutare tutte le circostanze specifiche addotte dalle parti per controllare se sono stati presi in considerazione correttamente tutti gli elementi che hanno perturbato il sinallagma contrattuale e che sono stati offerti dalle parti per ricondurre ad equilibrio la situazione.

Nell'ambito della rinegoziazione come modalità di adempimento deve essere apprezzata, sul piano complessivo del programma negoziale, anche l'eventuale offerta di anco-raggio del canone nel periodo di durata dell'emergenza pandemica al numero residuo delle presenze od all'ammontare dei ricavi, con una proposta di progressione man mano che la situazione emergenziale viene a scemare; allo stesso modo, dovrà essere considerata l'offerta di un prolungamento della durata contrattuale, per consentire al proprietario di mitigare con un periodo di ammortamento superiore la sopravvenienza passiva intervenuta od ancora l'offerta di prestazioni sostitutive al pagamento del canone come l'esecuzione di lavori che aumentano il valore durevole del cespite o l'esecuzione di manutenzioni straordinarie di norma di spettanza del proprietario.

In tale ottica, quanto più articolato sarà il contenuto dell'offerta di rinegoziazione sul piano del programma negoziale tanto più ingiustificato risulterà un contegno del proprietario che non intenda mitigare il contenuto pecuniario dell'obbligazione di pagamento dell'albergatore per il periodo di durata dell'emergenza naturalistica.

La rinegoziazione, quindi, s'innesta nell'oggetto della prestazione – che non è, notoriamente, limitato a quanto espressamente dedotto *in obligatione* – e che si arricchisce (*ex artt. 1374 e 1375 cod. civ.*) di specifiche modalità di attuazione del rapporto che dipendono proprio dalle refluenze che le circostanze emergenziali hanno sull'equilibrio negoziale. Se lo scopo è quello di devitalizzare le ragioni del conflitto di posizioni e riguadagnare, per la durata dell'emergenza, un nuovo transeunte punto di equilibrio è evidente che solo una rinegoziazione è in grado di internalizzare nel rapporto le ragioni della continuità e della resilienza del rapporto.

Infine, la circostanza che le controversie in materia di locazione siano assoggettate alla mediazione obbligatoria si rivela particolarmente propizia nel contesto in esame per

---

Per gli immediati riferimenti in dottrina si veda G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016; P. CHAUVIRE, *Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation*, in *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, 29, n° 72; P. STOFFEL-MUNCK, *La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision*, *AJ Contrats d'affaires-concurrence-distribution*, 2015, p. 262; PH. DUPICHOT, *La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision: Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz Thèmes et commentaires, 2015, p. 3.



consentire, proprio in un momento ed in un contesto di specifica riflessione sulla soluzione del conflitto, di esplodere con ricchezza di contenuti le ragioni della manutenzione del vincolo contrattuale e farle prevalere sulle pulsioni antagoniste ed opportunistiche che, ancora una volta, darebbero la stura ad un inadempimento del programma negoziale latamente inteso nel senso testé predicato.

7. – Il tema in esame non si esaurisce con la trattazione delle possibili soluzioni per la cura dell'inadempimento e la ricerca del nuovo equilibrio negoziale. Come accennato in precedenza, le relazioni contrattuali in rassegna sovente presentano elementi ulteriori che ne arricchiscono la complessità, atteso che per prassi negoziale l'albergatore rilascia in favore del proprietario una garanzia, di tipo fideiussorio ovvero una polizza assicurativa o garanzia bancaria a prima domanda, a presidio dell'esatto pagamento del canone.

L'inadempimento dell'albergatore al pagamento del canone è, in linea di principio, il *trigger* di attivazione delle garanzie nonché delle eventuali clausole di *cross default* dei finanziamenti accesi sull'immobile. Il paradosso che l'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27 operi sul versante della responsabilità e non su quello dell'obbligo evidentemente rende la norma inutilizzabile per paralizzare l'escussione delle garanzie ovvero l'accelerazione dei finanziamenti. Si tratta di una conclusione ineludibile salvo a assumere che l'art. 91 in esame sia suscettibile di un'operazione ermeneutica così lata da esonerare dalla responsabilità in senso talmente esteso da ritenere che se non c'è responsabilità allora non c'è quell'inadempimento che costituisce l'innescò dell'escussione della garanzia o dell'accelerazione del finanziamento. Ed una simile lettura non appare praticabile perché non fondata sulla lettera della norma né su argomenti robusti e coerenti.

Un percorso di tutela in relazione ai profili in questione va tracciato, ancora una volta, su di un crinale diverso e più organico, alla ricerca di una coerenza tra principi e possibili tutele, atteso che in linea pratica non avrebbe senso, nella situazione di conflitto in esame, esentare dalla responsabilità il debitore se poi viene escussa la garanzia e chiesto il rimborso del finanziamento in danno del creditore.

In tale ottica, nemmeno l'apparato delle norme di diritto comune o di diritto emergenziale sopra esaminato soccorre a mitigare le conseguenze dell'inadempimento sui rapporti negoziali collegati. Vediamo allora quale potrebbe essere un ragionamento che approdi ad una salvaguardia dei profili in analisi.

Nell'ipotesi che la garanzia prestata sia una fideiussione si potrebbe invocare il prin-



cipio di accessorietà quale argine all'escussione della garanzia, sempre che si acceda ad una nozione forte del principio che predica il corollario per cui il garante è tenuto nella stessa misura dell'obbligato principale e, pertanto, egli non può essere posto in una posizione deteriore rispetto all'obbligato che risulta invece esonerato dalla responsabilità. La lettura proposta, sebbene suggestiva, non trova un sicuro riparo nella disciplina di diritto comune e nemmeno nel meccanismo congegnato dall'art. 91 citato perché, come già detto, la norma non opera sul versante dell'obbligo, anche se appare incoerente concludere nel senso che il garante paghi ciò che non è tenuto a risarcire l'obbligato principale, con problemi insormontabili in sede di regresso perché l'esenzione di responsabilità opererebbe non solo in via diretta, ma anche in via di regresso, lasciando il garante assolutamente privo di tutela.

Una strada più plausibile appare quella dell'*exceptio doli generalis* che, se è in grado di paralizzare l'adempimento dell'obbligazione principale, a maggior ragione è in grado di evitare che il garante subisca un'escussione contraria a buona fede nella peculiare situazione in cui si trova il contratto principale ormai ineseguito nei termini originali perché affetto dagli squilibri ingenerati dall'emergenza sanitaria. Per altro verso, non si dubita che l'*exceptio doli generalis* sia validamente invocabile in ambito fideiussorio anche in rafforzamento del principio di accessorietà che lega le sorti dell'obbligazione accessoria a quelle dell'obbligazione principale.

Analoghe considerazioni valgono anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia<sup>33</sup>, socialmente tipizzato proprio intorno all'esclusione dell'elemento dell'accessorietà (Cass. Civ., sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152), che a sua volta consegue alla rinun-

---

<sup>33</sup> A. GEMMA, *La fideiussione bancaria a prima richiesta nei rapporti bancari*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, in *Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 715 ss. ed ivi a p. 716 la nota 3 per completezza di riferimenti bibliografici. In giurisprudenza per una nozione del contratto autonomo di garanzia si veda Cass. Civ., sez. III, 11 febbraio 1998, n. 1420 a mente della quale «Il “contratto autonomo di garanzia”, definito anche “garanzia a prima domanda”, espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322, secondo comma cod. civ., si configura come un coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni fra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia), il garante (di solito una banca straniera), il controgarante (soggetto non necessario e che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e il debitore della prestazione (l'ordinante). Caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti cod. civ., è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante s'impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine né alla validità né all'efficacia del rapporto di base. Identico impegno assume il controgarante nei confronti del garante. Ne consegue che nel giudizio promosso nei confronti del garante da parte del soggetto del quale sia garantita la prestazione, al fine di ottenere l'inibitoria della realizzazione della garanzia, il controgarante non è litisconsorte necessario».



cia della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, nonché dal fondamentale carattere di autonomia del rapporto di garanzia rispetto a quello garantito. Alla garanzia autonoma non sono applicabili gli artt. 1939, 1941, 1942 e 1945 cod. civ. ed è impedito ai garanti di opporre qualsivoglia eccezione, salvo quelle letterali (ossia la mancata dichiarazione del beneficiario laddove il testo condizionasse l'operatività della garanzia, la decorrenza del termine, la mancata presentazione del documento, ecc.) e quelle relative all'esistenza del rapporto garantito od alla illiceità della causa nell'ipotesi in cui, ad esempio, mediante il contratto di garanzia autonoma si pretenda di assicurare un risultato vietato dall'ordinamento<sup>34</sup>.

Anche rispetto alla garanzia bancaria autonoma<sup>35</sup> soccorre l'*exceptio doli generalis* che, in applicazione del principio di buona fede, legittima il rifiuto di pagamento del garante e rende contestabile l'escussione della garanzia autonoma allorché esistano prove evidenti (c.d. prove liquide) del carattere abusivo della richiesta (Cass. Civ. n. 5997/2006<sup>36</sup>). Nel caso in analisi la prova liquida ricorre proprio nell'allegazione delle

---

<sup>34</sup> Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947 e Cass. Civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10652 entrambe in *Jurisdata online*.

<sup>35</sup> Circa i rimedi cautelari avverso l'escussione delle garanzie bancarie autonome collegate ai contratti di locazione, in conseguenza dell'emergenza Covid-19, si registrano taluni provvedimenti. Tra questi, il decreto *inaudita altera parte* del 14 aprile 2020 reso dal Tribunale di Venezia con cui il Giudice ha concesso l'inibitoria nei confronti della Banca emittente la garanzia su richiesta del conduttore post risoluzione del contratto (per inadempimento innescato dall'emergenza Covid-19), precisando che la sospensione era finalizzata ad «... evitare la rivalsa a mezzo realizzo dei titoli in tempi non favorevoli». Lo stesso Giudice ha, inoltre, affermato che «...appare opportuno attendere, prima di disporre per il prosieguo, lo stato della normativa all'esito del deposito delle memorie resistenti visto che essa è in continua evoluzione e segue l'andamento dell'epidemia», in *w ww.ilcaso.it*. Nello stesso senso anche il decreto *inaudita altera parte* del 12.05.2020 reso dal Tribunale di Bologna e quello del 1° giugno 2020 reso dal Tribunale di Genova, entrambi in *www.ilcaso.it*. Le stringate motivazioni dei decreti non offrono argomenti apprezzabili.

<sup>36</sup> Cass. Civ., 17 marzo 2006, n. 5997, afferma come «... si è ormai chiarito che la buona fede opera, nell'ambito dei rapporti obbligatori, su un piano di reciprocità, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di privata autonomia, integrando ovvero restringendo gli obblighi letteralmente assunti dalle parti o derivanti da specifiche norme di legge (Cass. 28 gennaio 1998, n. 831; 5 maggio 1999, n. 12310; 10 ottobre 2003, n. 15150; 24 febbraio 2004, n. 3610). Muovendo da tali premesse, questa Corte ha statuito a più riprese che il garante, quando esistano prove evidenti (le c.d. prove liquide) del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, può (e deve) rifiutare il pagamento richiesto (Cass. 24 aprile 1991, n. 4519; 6 aprile 1998, n. 3552; 21 aprile 1999, n. 3964; 1 ottobre 1999, n. 10864). Per corroborare tale conclusione ci si è richiamati ad un istituto giuridico del diritto romano di origine pretoria, l'*exceptio doli generalis*, concessa al convenuto per difendersi da azioni fondate sullo jus civile, il cui esercizio era da ritenersi tuttavia non conforme all'*aequitas* perché ispirato da un contegno doloso. Quale che sia il valore di tale riferimento storico, è comunque certo che, nell'ordinamento vigente: a) il riferimento al principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti è sufficiente a giustificare, rispetto al tipo di garanzia nel presente giudizio, il rifiuto, da parte del garante, della



misure di contenimento e degli effetti indotti dall'emergenza che hanno impedito la ritrazione della normale utilità dall'immobile alberghiero e che rendono il pagamento ad opera del garante autonomo abusivo. Ancora, ed a rigore, l'escussione della garanzia risulterebbe innescata dalla causa di forza maggiore e si manifesta antagonista con il risultato che l'ordinamento intende vietare, vale a dire una prestazione causalmente non sorretta da un equilibrio contrattuale che risulta violato.

Tale conclusione non collide con la dichiarata autonomia della garanzia rispetto all'obbligazione garantita, ma intende valorizzare la circostanza che anche nell'autonomia residua il principio della causalità del pagamento, che riemerge come argine a tutela dell'equilibrio economico del contratto violato dalle conseguenze della situazione emergenziale. Il proprietario non può ottenere dal garante in via autonoma quello che il debitore non sarebbe tenuto a prestare in buona fede perché i termini originari dell'accordo risultano stravolti dalle circostanze sopravvenute e la corrispettività, privata del proprio baricentro, non può più sorreggere un'attribuzione patrimoniale.

V'è poi un ulteriore scansione del ragionamento e si può affermare che il garante in via autonoma è, a ben vedere, tenuto ad opporre l'*exceptio doli generalis* pena la preclusione della successiva *actio mandati contraria* nei confronti del debitore principale. Su tale ultimo punto la dottrina esprime concordanza in virtù del fatto che la doverosità dell'eccezione è espressione del più generale dovere di protezione basato sul rapporto di mandato intercorrente con il debitore principale<sup>37</sup>.

---

*richiesta di pagamento formulata dal beneficiario della garanzia; b) l'autonomia della posizione del garante, rispetto all'obbligazione garantita non è di ostacolo all'accoglimento di tale conclusione, per la decisiva ragione che il rifiuto opposto dal garante è fondato su circostanze che sono indice di un comportamento malizioso (e, come tale, non conforme a buona fede) del beneficiario della garanzia e, quindi, dell'altro soggetto del rapporto di garanzia; c) che il rifiuto della richiesta di pagamento presentata dal beneficiario della garanzia rappresenta (non una semplice "facoltà", ma) un dovere per il garante, essendo tale soggetto legato, a sua volta, con il debitore principale da un rapporto di mandato che è tenuto ad adempiere con diligenza (art. 1710 c.c.), oltre che secondo buona fede (art. 1375 c.c.); d) che, conseguentemente, l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, quando sussistano prove evidenti della sua pretestuosità, preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale (Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864)».*

<sup>37</sup> In questo senso G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1985, I, p. 83; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, p. 185; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 390 ss., secondo il quale i doveri di protezioni afferenti al contratto di mandato tra il garante ed il debitore hanno la duplice valenza sia di far sì che qualora il primo adempia all'insaputa del secondo non potrà esperirsi l'*actio mandati contraria* né alcuna forma di regresso sia di incentivare il debitore a fornire al garante le prove liquide necessarie a paralizzare la pretesa del beneficiario; C. BELFIORE, *Qualche considerazione in tema di exceptio doli generalis in tema di garanzia a prima richiesta*, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2142.