

# **Ordinanza 2 COVID 19 e obbligo contrattuale di pagare la pigione: tesi a confronto**

*Marco Armati\**

1. Introduzione
2. Difetto dell'ente locato
3. Impossibilità dell'adempimento *ex art. 119 CO*
4. Clausola *rebus sic stantibus*
5. Conclusione

## **1. Introduzione**

La situazione epidemiologica internazionale riconducibile alla diffusione del *Coronavirus* (o COVID 19) ha indotto l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) a dichiarare in data 11 marzo 2020 lo stato pandemico. Gli Stati di tutto il mondo hanno adottato misure di contenimento per tentare di arginare la propagazione del *virus*.

In Svizzera, sulla base dell'art. 7 della Legge federale del 28 settembre 2012 sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (Legge sulle epidemie, LEp), il Consiglio Federale ha decretato lo stato di necessità con effetto a decorrere dal 16 marzo 2020 e, per quanto di pertinenza ai fini del presente contributo, ha disposto la chiusura al pubblico sino al 19 aprile 2020, frattanto protratta sino al 26 aprile 2020 (cfr. Ordinanza di modifica dell'8 aprile 2020, RU 2020 1199), di negozi, ristoranti, bar, discoteche, locali notturni, strutture ricreative e per il tempo libero e strutture che offrono servizi alla persona con contatto corporeo, ad eccezione di negozi di generi alimentari e altri negozi, nella misura in cui vendano derrate alimentari o oggetti d'uso quotidiano e ad eccezione di farmacie, drogherie e negozi di mezzi ausiliari medici e strutture sanitarie, quest'ultimi – comunque – nel rispetto delle raccomandazioni dell'Ufficio federale della sanità pubblica concernenti l'igiene e il distanziamento sociale ed evitando assembramenti di persone (cfr. art. 6 dell'Ordinanza 2 COVID 19 del 13 marzo 2020, stato al 17 aprile 2020). La chiusura di tutte le predette attività

---

\* Avvocato, Presidente dell'Ufficio di conciliazione in materia di locazione di Mendrisio.

commerciali e produttive private è stata pure confermata dal Consiglio di Stato del Cantone Ticino (cfr. decreto del 20 marzo 2020, n. 1570 e del 15 aprile 2020, n. 1827).

Questa situazione, del tutto straordinaria, ha sollevato nell'ambito del diritto della locazione un interessante dibattito<sup>1</sup> sulla questione di sapere se i conduttori di locali commerciali, costretti alla chiusura per effetto dell'Ordinanza 2 COVID 19 e quindi impossibilitati ad esercitare la propria attività commerciale, siano comunque tenuti al pagamento della pigione a favore del locatore.

Dal profilo giuridico, tale dibattito è reso particolarmente entusiasmante poiché una simile situazione, per la sua straordinarietà, non ha alcun precedente giurisprudenziale.

Ad oggi, benché il Consiglio Federale abbia istituito (e sollecitato) una *task force* composta da rappresentanti dell'Amministrazione, delle organizzazioni degli inquilini e dei locatori del settore immobiliare nonché di Città e Cantoni per tentare di “*trovare soluzioni costruttive e pragmatiche attraverso il dialogo*”<sup>2</sup>, non è ancora stata trovata una soluzione condivisa per far fronte alla presente problematica.

Per i diversi autori che si sono espressi sul tema, la risposta al quesito in parola, che non può in alcun modo prescindere dalla valutazione di ogni singolo caso, dipende sostanzialmente dall'applicazione delle disposizioni sui difetti della cosa locata (cfr. art. 256, 258 e 259a CO), sull'impossibilità dell'adempimento *ex art.* 119 CO e sulla teoria dell'esorbitanza (*clausola rebus sic stantibus*). Di contro, non vengono qui esaminate le conseguenze dell'Ordinanza 2 COVID 19 dal profilo della possibilità del conduttore di rescindere anticipatamente la locazione per gravi motivi sulla scorta dell'art. 266g CO, la breve durata delle misure pandemiche in discussione, fintanto e se rimarrà tale, svuotando attualmente l'interesse pratico di tale rimedio.

Lo scopo del presente contributo è unicamente quello di offrire una breve panoramica sulle diverse e contrapposte opinioni e tesi che si sono diffuse in queste settimane sul tema.

## 2. Difetto dell'ente locato

Il Legislatore non ha dato una definizione di “difetto dell'ente locato”, precisando tuttavia che il locatore ha l'obbligo di consegnare la cosa nel momento pattuito, in stato idoneo all'uso cui è destinata e mantenerla tale per la durata della locazione (cfr. art. 256 cpv. 1 CO). L'ente locato è quindi difettoso ai sensi degli art. 258 e 259a CO

---

<sup>1</sup> Vedasi al riguardo i diversi pareri giuridici pubblicati in: <https://asi-infoalloggio.ch> e in <https://www.cgionline.ch/covid-19>.

<sup>2</sup> Comunicati stampa del 27 marzo 2020 e dell'8 aprile 2020 del Dipartimento federale dell'economia, della formazione e della ricerca (DEFR).

se il difetto pregiudica o diminuisce l'idoneità della cosa all'uso cui è destinata; parimenti è difettosa se non presenta le qualità promesse dal locatore o sulle quali il conduttore poteva legittimamente contare, riferendosi appunto allo stato appropriato alla sua destinazione d'uso<sup>3</sup>. Se tale difetto pregiudica o diminuisce l'idoneità della cosa all'uso a cui è destinata, l'inquilino può chiedere una riduzione proporzionale della pigione (cfr. art. 259d CO).

Per consolidata giurisprudenza, i difetti possono essere materiali (come ad esempio la presenza di muffa o il riscaldamento non funzionante) oppure immateriali (o giuridici), vale a dire quelli dettati da circostanze esterne tra cui le prescrizioni di diritto pubblico che limitano l'uso convenuto dell'ente locato<sup>4</sup>. Questi ultimi giustificano la riduzione o la soppressione della pigione se imputabili al locatore (ad es. quando lo stabile non adempie più alle prescrizioni di polizia del fuoco), non invece se ascrivibili al conduttore (ad es. revoca dell'autorizzazione alla gerenza di esercizi pubblici), quest'ultimo essendone integralmente responsabile.

Controversa è la questione di sapere se le chiusure e le restrizioni di cui all'Ordinanza 2 COVID 19 rappresentano un difetto immateriale dell'ente locato ai sensi della dottrina e della giurisprudenza sviluppatesi in materia.

I fautori del "no" ritengono, in estrema sintesi, che l'attività commerciale non sia un elemento determinante del contratto, tale attività esistendo indipendentemente dallo stesso ed essendo riconducibile unicamente alla sfera giuridica del conduttore<sup>5</sup>. In altri termini, i divieti imposti dall'Ordinanza 2 COVID 19 colpiscono l'attività del conduttore, non riguardando i locali come tali che restano di per sé in uno stato appropriato ai sensi degli art. 256 e art. 259 CO. È quindi dell'inquilino il rischio imprenditoriale legato al fattore pandemico, dovendo adempiere alla stregua del locatore che, dal canto suo, continua a mantenere la cosa locata totalmente a disposizione dello stesso, adempiendo così al contratto.<sup>6</sup>

I fautori del "si" ritengono, di contro, che la riduzione o la soppressione della pigione sia dovuta anche se il difetto non sia direttamente imputabile al locatore o sia irreparabile, la responsabilità di quest'ultimo essendo di natura causale. Facendo leva

---

<sup>3</sup> DTF 135 III 345 consid. 3.2; vedi pure: BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, Parere giuridico su mandato dell'Associazione Svizzera degli inquilini del 23 marzo 2020 avente ad oggetto il pagamento delle pigioni di locali commerciali durante la pandemia COVID 19, pag. 3 in: <https://asi-infoalloggio.ch>.

<sup>4</sup> Cfr. CPra Bail-AUBERT, art. 258 CO, N. 28 e seg.; CR CO-I, LACHAT, art. 258 N.3; BSK OR I-WEBER, art. 258 CO N 1, 4.

<sup>5</sup> F. BOHNET, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID, pag. 3 e pag. 30.

<sup>6</sup> cfr. P. HIGI, Avis de droit sur la question de la réduction du loyer en raison des défauts des locaux commerciaux dans le cadre de la pandémie du Corona, in: <https://www.cgionline.ch/covid-19>.

proprio sul principio della responsabilità causale della riduzione della pigione *ex art. 259d CO*, essi ritengono che il locatore debba assumersi pure le conseguenze derivanti dall'Ordinanza 2 COVID 19, quest'ultima regolamentazione di diritto pubblico, a differenza di quelle, come detto, che concernono soltanto il locatore o il conduttore individualmente, essendo intese a proteggere tutta la popolazione nel suo insieme, vietando ad ogni cittadino sia esso inquilino, gerente e/o proprietario di aprire e fruire della struttura<sup>7</sup>.

A sostegno della loro tesi, essi fanno riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale (TF) che ha già ammesso una riduzione della pigione a favore del conduttore nel caso di immissioni prodotte da un cantiere limitrofo all'ente locato, come pure nel caso di rumori provenienti da un aeroporto sito nelle immediate vicinanze della cosa locata e la cui attività non è di per sé interrompibile nonché dal disturbo arrecato dai vicini del conduttore.<sup>8</sup>

### 3. Impossibilità dell'adempimento *ex art. 119 CO*

A norma dell'art. 119 cpv. 1 CO l'obbligazione si ritiene estinta se ne sia divenuto impossibile l'adempimento per circostanze non imputabili al debitore. L'impossibilità *ex art. 119 CO* deve essere oggettiva (alcuno, né il debitore né il terzo potrebbero adempiere l'obbligazione), successiva (ossia deve intervenire dopo la conclusione del contratto) e non presupporre responsabilità alcuna del debitore<sup>9</sup>.

Il Tribunale federale ha statuito che *“l'unanimité regne en doctrine pour dire que l'insolvabilité ou le manque d'argent ne tombe jamais sous le coup de l'art. 119 CO”*<sup>10</sup>. Ciò stante, le restrizioni di cui all'Ordinanza 2 COVID 19 non hanno quindi alcun impatto sull'obbligo del pagamento della pigione da parte del conduttore, non potendosi parlare di impossibilità ai sensi dell'art. 119 CO.

Diversamente potrebbe essere ritenuta impossibile la prestazione del locatore, laddove impedito, senza sua colpa e poiché evidentemente impossibilitato a porre rimedio alla situazione, di continuare a mettere a disposizione dell'inquilino l'ente locato così come convenuto. Al proposito, giova rilevare che, in una vecchia sentenza di principio del TF del 1936<sup>11</sup>, l'Alta Corte federale, chiamata a decidere su un ricorso di Migros, la quale invocava l'impossibilità di utilizzare l'ente locato a causa della decisione del Gran Consiglio vodese di vietare temporaneamente l'apertura della sua succursale,

<sup>7</sup> BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *op cit.*; LACHAT, Avis de Droit del 1° aprile 2020 in: <https://asi-infoalloggio.ch>

<sup>8</sup> LACHAT, Avis de Droit del 1° aprile 2020 in: <https://asi-infoalloggio.ch> e giurisprudenza del TF colà citata.

<sup>9</sup> Cfr. BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *op. cit.*, pag. 5.

<sup>10</sup> TF 4C.344/2002 del 12 novembre 2003.

<sup>11</sup> DTF 62 II 42

aveva negato l'esistenza di un'impossibilità oggettiva *ex art. 119 CO*, poiché il contratto di locazione non prevedeva una destinazione precisa ("*usage spéciale*"<sup>12</sup>).

A quest'ultimo proposito, anche i fautori del "*si*", facendo riferimento alla cosiddetta "*Verwendungsummöglichkeit*", ossia l'asserita impossibilità del creditore di utilizzare come previsto la cosa locata e quindi l'impossibilità di fruire della stessa, parrebbero ritenere dato tale presupposto, ma solo se la destinazione è espressamente indicata nel contratto stesso o implicitamente o tacitamente convenuta.<sup>13</sup>

Quello della destinazione non è tuttavia l'unico tema di discussione nell'ambito dell'esame dell'impossibilità dell'adempimento ai sensi dell'art. 119 CO.

Per giudicare sull'impossibilità oggettiva *ex art. 119 CO*, è infatti altrettanto rilevante e discussa la durata della stessa.

Nel diritto della locazione, un'impossibilità temporale, qual è oggi la crisi legata a COVID 19, può essere ritenuta come impossibilità ai sensi dell'art. 119 CO soltanto se è accertato che non cesserà prima della fine del contratto<sup>14</sup>. Nel caso di specie, è dubbio che la situazione attuale possa essere considerata un impedimento duraturo ai sensi della dottrina e giurisprudenza sviluppatasi in materia, tanto che, ad oggi, non sarebbe neppure realizzata la nozione medesima di impossibilità<sup>15</sup>.

#### 4. Clausola *rebus sic stantibus*

In talune circostanze il debitore che non adempie al contratto può invocare l'esorbitanza della propria prestazione per rapporto al valore della controprestazione<sup>16</sup>. Si tratta della cosiddetta *clausola rebus sic stantibus* che, in virtù dell'art. 2 cpv. 2 CC permette eccezionalmente al Giudice di modificare un contratto (in deroga al principio *pacta sunt servanda*) quando le circostanze materiali o di fatto prese in considerazione dalle parti al momento della conclusione del contratto sono mutate in modo oggettivamente imprevedibile ed inevitabile, causando una grave ed evidente perturbazione dell'equivalenza delle prestazioni originariamente pattuite, tale da rendere insostenibile il mantenimento del contratto originario<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Sulla distinzione tra la definizione di "*usage convenu*" e "*usage spéciale*", cfr. BOHNET, *Bail à loyer por locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID 19*, pag. 9 e 10.

<sup>13</sup> Cfr. BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, *op. cit.*, pag. 7.

<sup>14</sup> BOHNET, *op. cit.*, pag. 11.

<sup>15</sup> BOHNET, *Bail à loyer por locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID 19*, pag. 30.

<sup>16</sup> Cfr. PICHONNAZ, *La modification des circonstances et l'adaptation du contrat*, in *Symposium en droit des contrats*; cfr. pure PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance. Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO e 79 CVIM)*, 1997.

<sup>17</sup> DTF 127 III 304 consid. 5/b; 135 III 9 consid. 2.4; WIEGAND in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6a ed. 2015, n. 95-106 ad art. 18 CO; vedi pure: WINIGER in: *CR, CO I*, 2a ed. 2012, n. 193- 201 ad art. 18 CO.

Nell'attuale situazione è incontestato che l'ordine delle autorità di chiudere determinate attività commerciali per contrastare la diffusione del COVID 19 è stata del tutto imprevedibile ed in nessun modo imputabile ad alcuna delle Parti contrattuali.

Secondo alcuni autori<sup>18</sup>, le recenti imposizioni dell'Ordinanza 2 COVID 19 hanno modificato la relazione contrattuale in modo manifestamente sproporzionato e squilibrato a sfavore dell'inquilino, giustificando quindi l'attribuzione al Giudice, se chiamato a farlo qualora le parti non riuscissero ad addivenire ad un accordo, del potere di modificare il contratto tenendo conto delle nuove circostanze così da ristabilire un giusto equilibrio tra le reciproche prestazioni contrattuali.

Altri autori<sup>19</sup> ritengono invece che oggi non sia ancora possibile valutare l'applicazione o meno del predetto principio. Infatti, per ritenere che vi sia un grave squilibrio tra le prestazioni inerenti ad un contratto di locazione di spazi commerciali non è sufficiente, soprattutto nei contratti di lunga durata, una chiusura dell'esercizio limitata nel tempo qual è, quantomeno allo stato attuale, quella imposta dall'Ordinanza 2 COVID 19. Inoltre, secondo il parere di questi autori, il principio dell'esorbitanza non sarebbe neppure applicabile in materia di locazione alla luce del tenore dell'art. 266g CO che costituisce di per sé un caso speciale di applicazione di tale principio.

## 5. Conclusione

Come detto in ingresso, l'odierna situazione non conosce alcun precedente giurisprudenziale.

In tale circostanza di incertezza giuridica, è senz'altro preferibile favorire un approccio conciliativo e di concordanza, che possa tenere in considerazione tutte le peculiarità di ogni singola fattispecie e suddividere equamente tra le Parti il rischio economico, evitando ove possibile un contenzioso giudiziario dall'esito incerto.

Una soluzione consensuale, peraltro espressamente caldeggiata dal Consiglio Federale<sup>20</sup>, trova pieno fondamento pure nell'equità del diritto, ma soprattutto nel senso di solidarietà, reciproca comprensione e mutuo soccorso che deve prevalere in questo momento di generalizzata difficoltà economica (e non solo) indotto dall'attuale situazione pandemica, a prescindere dalle rispettive e legittime visioni e ragioni di diritto.

---

<sup>18</sup> BRUTSCHIN/RUBLI/STASTNY, op. cit., pag. 8/9.

<sup>19</sup> Cfr. <https://www.cgionline.ch/covid-19>.

<sup>20</sup> cfr, Comunicati stampa del 27 marzo e 8 aprile 2020 del DEFR.

Un invito ad agire in tal senso, traspare pure, più o meno velatamente, dalle riflessioni *a latere* di taluni tra i giuristi che si sono espressi sul tema<sup>21</sup>.

In quest'ottica, meritano un accenno le soluzioni adottate dai Cantoni di Ginevra e Vaud, i quali hanno deciso, in accordo con i rappresentanti di tutte le Parti interessate, di partecipare, a determinate condizioni, al pagamento di parte delle pigioni dei conduttori<sup>22</sup>.

Sia come sia, le divergenze di opinioni sulle conseguenze giuridiche dei divieti e delle restrizioni imposti dall'Ordinanza 2 COVID 19, e qui riassunte, forniscono uno spunto di riflessione importante che è quello, in vista della stipula di nuovi contratti di locazione di locali commerciali (o della modifica di quelli attuali, ma solo con il consenso di entrambe le parti), da una parte, di esplicitare la destinazione d'uso dell'ente locato nel contratto, dall'altra, di inserire una regolamentazione specifica sulla gestione delle reciproche prestazioni contrattuali delle Parti in caso di epidemie e/o pandemie, ad esempio prevedendo la sospensione del pagamento della pigione, in tutto o in parte, ad opera del conduttore, oppure ancora prevedendo la possibilità per quest'ultimo, in caso di pandemia, di dare disdetta con effetto immediato ai sensi dell'art. 266g CO, prescindendo dal termine di preavviso di sei mesi o riducendolo drasticamente.

---

<sup>21</sup> cfr. HIGI, Avis de droit sur la question de la réduction du loyer en raison de défauts des locaux commerciaux dans le cadre de la pandémie du Corona, pag. 2 in <https://www.cgionline.ch/covid-19>; vedi pure: Avv. LAURE MEYER, Avis de droit sur les loyers de locaux commerciaux en lien avec l'interruption d'activité – COVID del 30 marzo 2020 in: <https://www.cgionline.ch/covid-19>.

<sup>22</sup> Comunicato stampa del 6 aprile 2020 del Dipartimento dello sviluppo economico del Canton Ginevra, in: [www.ge.ch](http://www.ge.ch) e Comunicato stampa del Consiglio di Stato del Canton Vaud del 17 aprile 2020 in: [www.vd.ch](http://www.vd.ch).