

ORDINANZA 16 DICEMBRE 2020 DEL TRIBUNALE DI ROMA IN MATERIA DI LOCAZIONI AD USO NON ABITATIVO.

*Implicazioni giuridiche e socio-economiche delle limitazioni
(illegittime?) ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti
in tempi di covid-19.*

Antonio Persico

Abstract (It): Il commento intende mettere in evidenza i passaggi chiave della notoria ordinanza del Tribunale di Roma che ha ritenuto illegittimi i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria, per proporre qualche spunto di riflessione in ordine alle sue plurime implicazioni giuridiche e socio-economiche.

Abstract (En): This comment aims at highlighting the key passages of the Civil Court of Rome notorious ordinance which considered the Prime Minister Decrees to contain the spread of Covid-19 void. Some food for thought on its multiple juridical and socio-economic implications will follow.

SOMMARIO: **1.** Un'ordinanza non ordinaria. **2.** I fatti di causa. **3.** La *ratio decidendi* dell'ordinanza. **4.** Sul potere di dichiarare lo stato di emergenza nazionale per rischio sanitario con deliberazione del Consiglio dei Ministri. **5.** I vizi intrinseci di legittimità dei d.p.c.m. **5.1.** *Segue.* Il difetto di motivazione. **5.2.** *Segue.* L'eccesso di potere. **6.** Sul canone di buona fede in funzione integratrice del contratto. **7.** *Ubi voluit, dixit.* **8.** Riflessioni conclusive.

1. Un' ordinanza non ordinaria.

Con ordinanza del 16 dicembre 2020¹, il Tribunale di Roma interviene su una vicenda come tante, nell'ambito di un procedimento per convalida di sfratto. Canoni insoluti, intimazione di sfratto del locatore, opposizione del conduttore. In questi casi, preso atto dell'opposizione e in presenza di eccezioni non fondate su prova scritta, il Giudice si limita a verificare in sede di udienza la sussistenza di gravi motivi ostativi al rilascio provvisorio del bene. Ad ogni modo, non accoglie la richiesta di convalida e impartisce le disposizioni necessarie al prosieguo del giudizio secondo il rito "ordinario" della materia².

Proprio in ragione degli automatismi imposti dalla cognizione sommaria e della linearità degli accertamenti che il Giudice è, di norma, chiamato a svolgere, la motivazione delle ordinanze *ex art. 665 c.p.c.* consta generalmente di poche righe e viene redatta in forma decretale (ritenuto che..., osservato che..., preso atto...)³. Sempre in linea di massima, il Giudice si limita a dare atto dell'inesistenza dei gravi motivi ostativi al rilascio provvisorio del bene, spendendo invece qualche argomentazione aggiuntiva al ricorrere dei medesimi.

Ebbene, l'ordinanza del Tribunale di Roma in esame, già a una prima lettura, spicca tra i provvedimenti della stessa specie. Particolarmente articolata (oltre 20 pagine), essa si segnala per la scrupolosa analisi e valutazione del *fumus boni iuris* inerente ai gravi motivi astrattamente configurabili come ostativi al rilascio dell'immobile locato, anticipando, sembrerebbe, *in toto* il contenuto motivato del provvedimento da emettersi all'esito della cognizione piena ed esaustiva⁴. E il tutto

1 Tribunale di Roma, sez. 6[^], ordinanza 16 dicembre 2020, n. 25283.

2 Si tratta del rito delle locazioni disciplinato dall'art. 447-bis c.p.c.

3 Invero, formule analoghe compaiono anche nell'ordinanza in esame, nelle prime pagine dedicate alla ricostruzione dei fatti di causa.

4 Sulla cognizione del Giudice civile in sede cautelare *ante causam*, la nota sentenza della Corte costituzionale, n. 326/1997 ha chiarito che il *fumus boni iuris* «*deve risultare da un semplice giudizio di verosimiglianza, concretizzantesi in una valutazione probabilistica circa le buone ragioni dell'attore, le quali vanno preservate dal rischio di restare irreversibilmente compromesse durante il tempo necessario a farle valere in via ordinaria. Di qui il carattere strumentale (rispetto — va sottolineato — non al merito della causa, bensì alla realizzazione del diritto da accertare in tale sede) assunto dal provvedimento cautelare, e la connessa struttura sommaria della cognizione*». Più in generale, ha indicato nei seguenti termini i rapporti tra cautela e merito: «*La cognizione che il codice di procedura civile attribuisce al giudice in sede di provvedimenti cautelari ante causam lascia dunque assolutamente irrisolto il quesito circa l'esito finale del giudizio e non "anticipa" affatto la decisione del merito, mirando solo a tutelare temporaneamente un preteso diritto onde salvaguardarlo dal pregiudizio grave e irreparabile, ravvisato sulla base di una valutazione provvisoria e di semplice verosimiglianza*». In ragione della funzione cautelare dell'accertamento circa la sussistenza dei gravi motivi che il Giudice è tenuto a svolgere *ex art. 665 c.p.c.* per decidere in ordine al rilascio provvisorio del bene, le conclusioni appena riportate possono ritenersi valide anche per la cognizione del Giudice in tale sede, allorché debba valutare la consistenza del *fumus* delle pretese contrarie al rilascio avanzate dell'opponente. Invero, non si ignora che la giurisprudenza esclude la natura cautelare dell'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.*, la quale viene ricondotta alla categoria delle condanne con riserva delle eccezioni (ad esempio: Cass. civ., sez. III, sentenza 30 marzo 1990, n.2619, in *Foro it.*, vol. 113, Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1990), p. 3205 ss.; Cass. civ., sez. III, sentenza 23 marzo

per giustificare la ritenuta infondatezza delle argomentazioni dell'opponente, alla quale viene quindi ordinato il rilascio.

Nella sua lunga motivazione, il provvedimento affronta molteplici temi di diritto civile, costituzionale, amministrativo e processuale amministrativo. Colpisce senz'altro il modo in cui i suddetti temi vengono risolti, connotato da una spiccata fermezza e assertività per quanto si tocchino delicati profili inerenti alla limitazione delle libertà fondamentali in tempo pandemico, con rilevanti implicazioni di carattere socio-economico. Le questioni sono trattate con ordine e definite con nettezza, ma sempre motivate, prese di posizione. Peraltro, non mancano richiami alla dottrina giuridica che, negli ultimi mesi, ha espresso posizioni fortemente critiche circa la legittimità del *modus operandi* dell'Esecutivo, le quali vengono ivi in buona misura recepite⁵.

L'ordinanza si segnala dunque anche e soprattutto per la sua vocazione a "fare giurisprudenza". I rilievi astratti in essa contenuti, infatti, possono essere riferiti a una pluralità di casi analoghi a quello trattato, nei quali si faccia questione della morosità nel pagamento dei canoni di immobile condotto in locazione ad uso diverso dall'abitativo nell'attuale periodo di pandemia, con le implicazioni di crisi e difficoltà economica a cui sono esposti gli imprenditori. Casi, questi, in aumento esponenziale ai tempi del Covid-19.

Si potrebbe affermare così un filone giurisprudenziale, almeno per quanto riguarda il rilascio provvisorio del bene locato, volto a negare la rilevanza delle restrizioni (ritenute illegittime) alle attività economiche imposte dai provvedimenti emergenziali, in quanto caducabili con i rimedi messi a disposizione del privato dall'ordinamento. Una simile possibilità è di ancor più agevole verifica se si considera che le ordinanze *ex art. 665 c.p.c.* non sono ricorribili per Cassazione, risultando quindi tendenzialmente escluse dall'indirizzo nomofilattico della Suprema Corte.

Inoltre, le affermazioni di carattere generale, in ordine alla validità degli atti del Governo recanti limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali per contenere l'epidemia, potrebbero stimolare una serie di azioni giudiziarie, se non per

1995, n. 3730). Tuttavia, ciò non esclude il carattere interinale del provvedimento in parola, e tanto meno che una funzione cautelare della pretesa dell'opponente possa ugualmente essere assolta dall'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.*, allorché il Giudice, riscontrati i gravi motivi contrari, non disponga il rilascio del bene. Né si dica che la natura di condanna con riserva delle eccezioni del provvedimento richiede una cognizione non sommaria da parte del Giudice circa i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi del diritto dedotto dall'intimante, in quanto tale condanna sarebbe suscettibile di mantenere efficacia anche in caso di estinzione del processo. Nessuno infatti dubita del carattere sommario della cognizione del Giudice in sede cautelare ai fini dell'adozione dei provvedimenti cautelari anticipatori, *ex art. 669-octies*, comma 6. In dottrina, ritiene che l'ordinanza di rilascio provvisorio rientri senza dubbio nella categoria dei provvedimenti cautelari anticipatori F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2017, p. 195.

⁵ Cfr. pp. 5, 7 e 8 dell'ordinanza.

l'annullamento, quanto meno per il risarcimento dei danni arrecati dall'attività provvedimentale illegittima.

In ogni caso, come si vedrà nel prosieguo, è lecito nutrire qualche perplessità in merito ad alcune argomentazioni giuridiche spese dal Tribunale, e ancor più alle conclusioni cui perviene il provvedimento in parola. Alla possibilità e opportunità di addivenire a soluzioni diverse si accennerà negli ultimi tre paragrafi del lavoro, all'esito della compiuta disamina dell'ordinanza. Occorre, allora, procedere con ordine, partendo dalla sommaria indicazione dei fatti di causa.

2. I fatti di causa.

Come anticipato, il procedimento si apre nelle forme del rito speciale per la convalida di sfratto per morosità su intimazione di una s.r.l., locatrice dell'immobile per cui è causa a scopo non abitativo. Parte attrice, oltre a domandare il rilascio del bene, chiede l'emissione di un decreto ingiuntivo per il pagamento dei canoni rimasti insoluti. L'intimata è a sua volta una società facente parte di un gruppo, il quale gestisce il punto vendita cui è adibito l'immobile condotto in locazione. Quest'ultima non eccepisce con prova scritta fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa di controparte. Risulta pacifico, di contro, il mancato pagamento dei canoni di locazione. L'opponente infatti ammette che, a causa della grave crisi scaturita dalla pandemia, «*il Gruppo della comparente, ha subito una contrazione delle vendite rispetto all'anno precedente, ed è stata impossibilitata a onorare l'elevato corrispettivo convenuto*».

A sua volta, l'intimata opponente contesta la debenza delle somme e chiede alla controparte una *reductio ad aequitatem* del canone locatizio, in applicazione dell'art. 1467, comma 3, c.c., sul presupposto che l'emergenza abbia comportato una alterazione del sinallagma contrattuale, rendendo impossibile il godimento del bene o comunque eccessivamente onerosa l'esecuzione delle prestazioni su di sé gravanti.

A sostegno delle sue ragioni, la parte conduttrice invoca altresì il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, il quale, letto alla luce del vincolo solidaristico derivante dall'art. 2 Cost., imporrebbe ai contraenti di tenere quei comportamenti che preservino gli interessi della controparte, fino ai limiti del sacrificio apprezzabile dei propri. Esigenza solidaristica che troverebbe ulteriore riscontro nell'art. 1175 c.c.

Il Giudice, preso atto dell'opposizione, e dunque dell'impossibilità di convalidare la intimazione di sfratto per morosità, si accinge a questo punto a svolgere il giudizio prognostico sulla fondatezza della pretesa dell'opponente, richiesto dall'art. 665 c.p.c. Diviene necessario, questo è il fulcro e la premessa del ragionamento che verrà sviluppato, verificare se in effetti sia riscontrabile una causa oggettiva e non

superabile di impedimento, che in tempo pandemico abbia inciso, alterandolo, sul sinallagma contrattuale.

3. La *ratio decidendi* dell'ordinanza.

Conviene subito dire che il Tribunale non si limiterà soltanto a valutare l'applicabilità dell'art. 1467 c.c. in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, o la possibilità di un riequilibrio del sinallagma contrattuale in ragione del canone di buona fede. Passerà bensì in rassegna tutti gli articoli del libro quarto del codice civile i quali prevedono rimedi atti a far fronte a un sopravvenuto squilibrio del rapporto tra le parti, onde escluderne in concreto l'applicabilità⁶. Sulla base del principio *iura novit curia*, il Tribunale valuta quindi se la domanda dell'opponente, previa opportuna riqualificazione, possa comunque manifestare profili di fondatezza⁷.

La fermezza con cui vengono esclusi interventi di riequilibrio del rapporto ad opera del Giudice, in applicazione dei rimedi civilistici in materia di obbligazioni e contratto, riposa essenzialmente sul convincimento che, sotto il profilo naturalistico, il mutamento *in peius* della situazione di fatto e di diritto, verificatosi nel periodo di pandemia per chi svolge attività commerciale, non costituisce alcun impedimento alla detenzione del bene locato da parte conduttrice. La riduzione del fatturato e le difficoltà economiche derivanti rientrerebbero nel rischio di impresa, trattandosi di eventi prevedibili, di natura accidentale e contingente. Di contro, in ragione del principio di autoresponsabilità, pur non richiamato espressamente, il Tribunale non potrebbe sostituirsi alle parti nella cura dei loro interessi, correggendo *ex post* scelte liberamente effettuate nell'esercizio della loro autonomia privata e rivelatesi in seguito svantaggiose. La mancanza di una causa oggettiva e non superabile di impedimento rende ingiustificabili, in definitiva, interventi correttivi del rapporto ad opera del Giudice nel senso richiesto dall'opponente.

Ma come avviene il Tribunale a un simile convincimento? Per cominciare, si interroga sulla bontà dell'argomento speso dalla conduttrice intimata, secondo cui la pandemia da SARS - Cov 2 sarebbe, per sé, una causa oggettiva impossibilitante l'uso del bene locato. Tale premessa viene recisamente considerata erronea. Ragionando in termini empirico-naturalistici, il Tribunale osserva che l'emergenza sanitaria, diversamente da altre cause naturali come il terremoto che determini il crollo

⁶ Cfr. punto 6 dell'ordinanza, ove si richiamano gli artt. 1463, 1464, 1256, 1258, 1467 c.c.

⁷ Come detto in apertura, l'ordinanza vaglia la pretesa della comparente in maniera esaustiva, concludendo per la sua inconsistenza giuridica. La valutazione del Tribunale sembra tanto estesa da andare ben oltre il minimo indispensabile a escludere la sussistenza di gravi motivi contrari al rilascio dell'immobile. Per come motivato, il provvedimento in parola ben potrebbe anticipare per l'intero il giudizio che sarà chiamato a svolgere il Giudice all'esito della cognizione "ordinaria", accendendo una fortissima ipotesi sulla posizione della intimata.

dell'immobile o altra calamità naturale che precluda l'accesso al medesimo, non è in termini assoluti impediente il godimento della cosa locata⁸. Certo, è innegabile l'aumento dei rischi per la salute in ragione del contatto con i clienti, ma ciò non impedisce, sempre in astratto, l'utilizzo del bene a fini commerciali. È da escludersi quindi che la pandemia sia, da sola considerata, una causa di forza maggiore, tale da comportare di necessità la chiusura delle attività commerciali. E in effetti, si fa in seguito notare, in alcuni Paesi e quantomeno nel periodo iniziale della pandemia, da un lato non si sono avute limitazioni autoritative ai diritti dei cittadini, dall'altro gli imprenditori hanno potuto continuare a svolgere la loro attività regolarmente. Da ciò si arguisce come l'unica causa, dalla quale abbiano potuto scaturire i mutamenti peggiorativi della situazione di fatto e di diritto in cui le parti sono tenute a dare esecuzione al contratto, sia l'attività provvedimentale posta in essere dai pubblici poteri per contrastare la diffusione del virus.

Prendendo atto che nel periodo di emergenza sanitaria vi è stata una limitazione effettiva dei diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti, ma che tale limitazione è «*dovuta alla adozione "esterna" di provvedimenti di varia natura (normativi e amministrativi) i quali, sul presupposto della esistenza di una emergenza sanitaria, hanno compresso o addirittura eliminato alcune tra le libertà fondamentali dell'Uomo, così come riconosciute sia dalla Carta Costituzionale che dalle Convenzioni Internazionali*», il nodo fondamentale da sciogliere diviene se i provvedimenti *de quibus* siano o meno legittimi. In caso affermativo, si evince, tale complesso provvedimentale potrebbe essere posto alla base dell'applicazione dei rimedi civilistici di riequilibrio del rapporto tra i contraenti, rappresentando una causa oggettiva sopravvenuta, non imputabile alle parti, né da queste in alcun modo eliminabile con il ricorso agli strumenti caducatori predisposti dall'ordinamento. In caso negativo, invece, verrebbe meno la fondatezza delle prospettazioni della conduttrice intimata, la quale, per colpevole inerzia non avrebbe attivato gli strumenti atti a rimuovere la fonte degli impedimenti.

Il problema si sposta quindi sul versante prettamente pubblicistico: occorre conoscere della legittimità dei provvedimenti limitativi dei diritti e delle libertà dei

⁸ Di contro, la relazione tematica n. 56 del 2020 proveniente dal Massimario della Corte di Cassazione (su cui si dirà ancora *infra*, § 6) annovera il dilagare della pandemia tra le cause di eccessiva onerosità sopravvenuta. Cfr. in particolare p. 5 della relazione, ove è dato leggere: «*La causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta deve rivestire il carattere della generalità: non è sufficiente una mera difficoltà rivelatasi esclusivamente nella sfera del singolo, occorrendo una situazione operante presso qualsiasi debitore e tale da modificare il valore di mercato della prestazione. Esempificazione ne sono i fenomeni inflattivi, quelli che gemmano dai provvedimenti di svalutazione o rivalutazione della moneta, lo scoppio di una guerra e – al tempo corrente – il dilagare della pandemia*». Anche nella dottrina civilistica non sono mancate voci che hanno affermato la sicura riconducibilità della pandemia agli eventi imprevedibili e straordinari determinanti l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione: cfr. in tal senso F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia: società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 1185 ss. e in particolare p. 1197.

cittadini, adottati dall'Esecutivo nel periodo di pandemia, onde valutare conseguenzialmente il comportamento dell'opponente in termini di diligenza o negligenza. «*In altre parole*» si legge nell'ordinanza «*si deve verificare se si fosse in presenza di atti censurabili ed illegittimi e/o di una norma incostituzionale o in violazione delle Convenzioni internazionali, e se la loro ipotetica caducazione avrebbe potuto eliminare le conseguenze dannose ed i limiti al godimento del bene*».

È così che il Tribunale ordinario di Roma intraprende, *incidenter tantum*, un' opera cognitiva che impinge in ambiti rimessi, abitualmente, alla cognizione dei Giudici amministrativi, della Corte costituzionale o delle Corti sovranazionali e internazionali.

4. Sul potere di dichiarare lo stato di emergenza nazionale per rischio sanitario con deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Come noto, le restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti, incluse le libertà economiche, sono state disposte con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.). Si tratta di atti la cui natura amministrativa viene prontamente affermata dal Tribunale. L'aver agito con atti amministrativi espone l'operato del Governo al sindacato dei Giudici ordinari e amministrativi che, chiamati ad applicarli o a valutarne la legittimità a fini caducatori, possono e debbono verificare la loro conformità a diritto.

Orbene, una prima invalidità è di carattere derivato, e dipende dalla ravvisata illegittimità della deliberazione del 31.1.2020 del Consiglio dei Ministri (G.U. s.g. n. 26 del 1.2.2020), con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza nazionale. Il Governo, infatti, non avrebbe potuto legittimamente dichiarare lo stato di emergenza nazionale per motivi sanitari, non traendo questo potere da alcuna norma costituzionale, ma neanche da fonti aventi forza di legge ordinaria.

Sotto quest'ultimo profilo si pone mente al d. lgs. 1 del 2018 (codice della protezione civile) e si osserva che l'art. 7, comma 1, lett. c) del decreto annovera, tra le emergenze in presenza delle quali può essere dichiarato lo stato di emergenza nazionale, unicamente quelle connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo. A nessuna di queste due categorie il Tribunale ritiene di poter ricondurre il "rischio sanitario". Come evidente, si tratta di una conclusione che fa leva su un'interpretazione restrittiva delle espressioni impiegate dal decreto, la quale trova peraltro un precedente conforme in un provvedimento del Giudice di pace di Frosinone, pure richiamato⁹.

⁹ Sulla correttezza di una simile interpretazione cfr. G. SCARSELLI, *Normativa Covid 19 e Costituzione: discussione sulle nostre libertà*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 4/2020. L'A. fa notare che sarebbe assurdo ritenere che lo stato di emergenza nazionale possa essere dichiarato dal Presidente del Consiglio

Affermata così l'illegittimità di tutti gli atti amministrativi conseguenti, si prosegue nell'analisi sulla legittimità dei d.p.c.m., e la critica si appunta sui vizi intrinseci dei medesimi.

5. Vizi intrinseci di legittimità dei d.p.c.m..

Il Tribunale a questo punto va al cuore delle più delicate questioni involgenti la correttezza del *modus operandi* dell'Esecutivo nel determinare le limitazioni ai diritti e alle libertà costituzionalmente e internazionalmente garantiti, ai fini del contrasto alla diffusione del virus. E lo fa evidenziando una pluralità di ragioni, di ordine costituzionale e amministrativo, per cui i d.p.c.m. sarebbero illegittimi. Come anticipato, è proprio l'estensione della cognizione del Giudice ordinario che qui vi si realizza a rendere quest'ordinanza "non ordinaria".

Da un punto di vista di "gerarchia delle fonti", aderendo alla posizione sostenuta da vari Presidenti emeriti della Corte costituzionale nonché da «*autorevole dottrina costituzionale*»¹⁰, e sulla scia di quanto già affermato dal Giudice di pace di Frosinone, si chiarisce che i d.p.c.m., non avendo forza e valore di legge, non sono idonei a porre legittime limitazioni a diritti e libertà costituzionalmente garantiti.

A nulla vale che siano stati emanati decreti-legge volti a "legittimare" i d.p.c.m. e le misure in essi contenute. Infatti tali atti, aventi sì forza di legge, non avrebbero potuto validamente delegare poteri all'Esecutivo da esercitarsi con d.p.c.m., perché una simile autodelega risulta destituita di fondamento costituzionale, esorbitando dai poteri di emanare norme generali e astratte che gli artt. 76 e 77 Cost. prevedono per il Governo. Analoga preclusione opera in ordine al potere del Parlamento di convalidare in sede di conversione i suddetti decreti-legge esorbitanti¹¹.

dei ministri con un atto che non è soggetto al vaglio né della Presidenza della Repubblica né del Parlamento, allorché tale dichiarazione implichi l'incisione dei diritti previsti dalla Carta costituzionale. Una ricostruzione diversa è contenuta in S. ZEULI, *Il contrasto del governo al Covid-19 fra responsabilità politica e sistema delle fonti*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit. p. 921 ss. e in particolare p. 928 s., ove si afferma che nell'ampia nozione di "evento calamitoso" di cui agli articoli 1 e 7 del d. lgs. 1 del 2018 «*certamente può essere ricompreso il fenomeno dell'ulteriore diffusione pandemica*».

¹⁰ Cfr. nota 5. Si osservi peraltro che l'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c., in ordine alla motivazione della sentenza prescrive: «*In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici*».

¹¹ Gli esempi sono l'uno tratto dal provvedimento del Giudice di pace di Frosinone richiamato (d.l. n. 19 del 25.3.2020 e d.p.c.m. 26.4.2020), l'altro riguarda il primo decreto-legge intervenuto per contenere l'emergenza epidemiologica (evidentemente si tratta di d.l. 23 febbraio 2020, n. 6). Con riferimento a quest'ultimo si rileva come non prevedesse neanche un termine e non tipizzasse né disciplinasse le modalità di esercizio dei poteri del Governo da esercitarsi con d.p.c.m. Sulla derogabilità della Costituzione ad opera di un decreto-legge e sui limiti a tale derogabilità cfr. F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, Paper – 22 aprile 2020. L'A., richiamando il divieto di delegabilità di funzioni pubbliche in mancanza di autorizzazione e riflettendo sul necessario rispetto della riserva procedimentale stabilita dalla Costituzione per il decreto-legge, giunge a conclusioni non dissimili da quelle fatte proprie dal Tribunale di Roma in ordine alla illegittimità dei d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria e alla incostituzionalità dei decreti-legge che pretendono di

Si vuole qui prescindere dalla condivisibilità e dalla correttezza sistematica delle argomentazioni spese dal Tribunale, che in parte trovano sostegno nella dottrina costituzionale, la quale si è in generale espressa sulla natura, sulla validità e sulla forza degli atti normativi e amministrativi emanati nell'ambito dell'emergenza sanitaria¹².

Occorre invece evidenziare la rilevanza del passaggio logico compiuto. La cognizione del Giudice ordinario si porta, *incidenter tantum*, sulla validità di atti aventi forza di legge, per poi riscontrare l'effettivo contrasto dei medesimi con le norme costituzionali che disciplinano i poteri normativi del Governo. Operazione

legittimarli. Rilievi fortemente critici sulla conformità a Costituzione del complesso decreti-legge – d.p.c.m., diretto a gestire l'emergenza sanitaria, sono presenti in A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19. Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 3/2020. Ancora, per una posizione critica sulla legittimità delle limitazioni alla libertà di circolazione ad opera della normativa emergenziale e sulla possibilità e opportunità di un diverso modo di procedere cfr. G.P. DOLSO, *Libertà di circolazione ed emergenza sanitaria*, *ivi*, Fascicolo 4/2020. Di contro, ha sostenuto la legittimità formale dei d.p.c.m. della prima fase emergenziale e anche quella sostanziale dei medesimi relativamente alla limitazione delle libertà economiche, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1/2020, p. 95 ss. Per l'A. infatti il d.l. 6/2020 è idoneo a integrare il principio di legalità e a legittimare i d.p.c.m. applicativi. Si segnala altresì il contributo di M.A. SIMONELLI, *La potenza dei fatti: la necessità come fonte del diritto*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 899 ss. e in particolare p. 907, ove, ricostruito il pensiero di S. Romano e C. Mortati sullo stato di necessità, si mette in luce da un lato la legittimità formale dei d.p.c.m. in quanto «*varati all'interno del perimetro (costituzionale) disegnato dai decreti-legge*», dall'altro lato la loro giustificazione sostanziale in ragione della necessità di salvaguardare l'esistenza in vita dello Stato, condizione di ogni legalità. Sulla collocazione degli atti volti a governare l'emergenza sanitaria nella gerarchia delle fonti v. anche nota successiva.

¹² Al riguardo si rinvia alle ricostruzioni sistematiche di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, *ivi*; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020; S.TROILO, *Sul fondamento legale e competenze delle misure di contenimento dell'epidemia da Covid-19 adottate in Italia*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo 2/2020; A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit.; G. MARCHIANÒ, *Luci ed ombre nell'attuazione dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: i DPCM*, *ivi*, Fascicolo 4/2020, R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 5.10.2020; S. ZEULI, *Il contrasto del governo al Covid-19 fra responsabilità politica e sistema delle fonti*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit. p. 921 ss; A.CIOFFI, *Emergenza e teoria della necessità. Il caso del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri*, *ivi*, p. 941 ss. In particolare, anche in relazione a quanto detto a chiusura della nota precedente in ordine alla legittimità dei d.p.c.m., il contributo del Prof. Luciani sottolinea che «*la Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo*». Si segnalano inoltre i lavori nell'ambito dell'Osservatorio Emergenza Covid-19 attivato su *Federalismi.it*. Si rinvia in particolare ai seguenti contributi: F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, Paper – 6 aprile 2020, in cui si prende in considerazione, con approccio problematico, il contenuto del cennato d.l. 19/2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, cit., ove si manifesta un pensiero fortemente critico sulla coerenza sistematica e sulla conformità a Costituzione della normativa emergenziale; S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*, Paper – 20 maggio 2020. Il tema della conformità a Costituzione del sistema decreti-legge – d.p.c.m. è stato poi oggetto di considerazione diretta in A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (... dell'emergenza coronavirus)*, in

ermeneutica la quale conduce a conclusioni che, in base all'art. 134 Cost., sarebbero riservate alla Corte costituzionale.

Sorge a questo punto il dubbio. Perché il Tribunale di Roma non ha rimesso la questione di costituzionalità alla Corte? Volendo escludere una volontaria invasione di campo, si può supporre che il Tribunale non abbia ritenuto che la controversia non potesse essere risolta se non applicando le disposizioni sospettate incostituzionali contenute nei decreti-legge per contrastare il dilagare del Covid-19, poi convertiti¹³. Epperò, l'illegittimità dei d.p.c.m. viene fatta così derivare dalla violazione diretta delle norme della Costituzione, siano esse poste a garanzia di diritti fondamentali o relative ai poteri del Governo, *omisso medio*. Ma proprio tale disapplicazione avviene in virtù della ritenuta incostituzionalità dei decreti-legge in parola. Insomma, un circolo vizioso da cui non si riesce a uscire.

Si potrebbe solo concludere che, stante la pluralità di vizi ulteriori di legittimità dei d.p.c.m., non era necessario scomodare la Corte costituzionale. Resterebbe allora da comprendere perché la cognizione del Giudice ordinario si sia spinta su questioni non rilevanti ai fini del decidere.

5.1. Segue. Il difetto di motivazione.

Ad ogni modo, i d.p.c.m. appaiono al Tribunale capitolino *ex se* illegittimi per un ricorrente difetto di motivazione. È interessante osservare che tale considerazione fa leva sull'art. 3 legge 241/1990, stando al quale tutti i provvedimenti amministrativi debbono essere motivati. A tale obbligo – si afferma – non sono sottratti neanche i d.p.c.m. Qualche perplessità sul punto potrebbe sorgere alla lettura dell'art. 3, comma 2, della appena cennata legge generale sul procedimento amministrativo: «*La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale*», norma che potrebbe apparire riferibile anche ai d.p.c.m. Evidentemente, il Tribunale ritiene non pertinente questa suggestione, invero neanche prospettata. Da un lato infatti i provvedimenti dell'Esecutivo di cui si discorre vengono qualificati come atti amministrativi: si esclude così che essi abbiano natura normativa. Dall'altro, per poter affermare l'obbligo di motivazione dei d.p.c.m., nonostante il loro indubbio contenuto "generale", in quanto rivolto a destinatari indeterminati e indeterminabili

Federalismi.it, n. 28/2020, dove si perviene alla conclusione che il sistema in parola pare superare gli «importanti problemi di legalità e legittimità costituzionale» che pure solleva.

¹³ A norma dell'art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, l'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.

*ex ante*¹⁴, appare verosimile che il Tribunale abbia interpretato l'art. 3 legge 241/1990 alla luce della sua *ratio*: andando oltre il dato letterale, emergente dal comma 2, si è ritenuto l'obbligo di motivazione per tutti quei provvedimenti che, anche se rivolti a un numero indistinto di consociati, contengano disposizioni direttamente lesive delle sfere giuridiche individuali¹⁵. D'altronde, alla medesima conclusione era giunto il TAR Lazio, nella nota sentenza 8615/2020 che ha aperto la strada alla pubblicazione dei verbali del Comitato Tecnico Scientifico¹⁶.

Ebbene, viene rilevato che l'obbligo di motivazione per i diversi d.p.c.m. è stato assolto in massima parte attraverso la tecnica della motivazione *per relationem*. Come

14 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 4; cfr. pure Cass., sez. un., n. 10124/94.

15 La riconduzione dei d.p.c.m. per la gestione dell'emergenza sanitaria alla categoria degli atti amministrativi generali è stata affermata in A. MITROTTI, *Salus Rei Publicae e legalità alla prova dell'emergenza da Covid-19*, cit., dove cionondimeno si ammette la possibilità di impugnazione diretta delle prescrizioni dei d.p.c.m. immediatamente lesive. L'A. peraltro mette in luce le difficoltà che incontrerebbe il privato che volesse ottenere l'annullamento in sede giurisdizionale dei d.p.c.m., in ragione del loro carattere di atti di alta amministrazione (cfr. in particolare p. 38 ss. dell'articolo). Il tema della *ratio* dell'esclusione dell'obbligo di motivazione e delle garanzie procedurali di carattere partecipativo per gli atti amministrativi generali è stato affrontato di recente da M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Istituzioni del Federalismo* n. 1/2018, p. 129 ss. L'A. evidenzia che in giurisprudenza è diffuso il convincimento che tali atti si sottraggano all'onere di motivazione ai sensi dell'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo in quanto, di regola, idonei a ledere immediatamente posizioni giuridiche soggettive. L'incisione delle sfere giuridiche soggettive, infatti, si realizza in linea di massima solo con un successivo atto applicativo, il quale va adeguatamente motivato come tutti i provvedimenti puntuali. Solo l'emanazione di quest'ultimo determina il sorgere dell'interesse ad agire in capo all'amministrato, il quale potrà contestualmente impugnare l'atto amministrativo generale presupposto. Ad opposte conclusioni si perviene invece nei casi in cui l'atto amministrativo generale, così come l'atto normativo abbia «immediata e diretta incidenza su specifiche situazioni soggettive», laddove all'incontro «è esigibile una specifica motivazione» (Cons. Stato, sez. IV, n. 3363/2006). Ancora, sul tema della motivazione degli atti amministrativi generali v. B. TONOLETTI, M. RAMAJOLI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 53 ss. e in particolare p. 76 ss., ove il focus viene spostato dall'atto alle sue singole prescrizioni, le quali andranno qualificate come individuali o generali in virtù della loro concreta e diretta o soltanto astratta e mediata lesività. Lo scritto si segnala altresì per i rilievi critici svolti in ordine all'incerto e contraddittorio procedere della giurisprudenza amministrativa riguardo all'onere motivazionale e al regime di impugnazione cui sono assoggettati gli atti amministrativi generali. In base a queste coordinate, deve ritenersi quindi che il Tribunale capitolino consideri i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria soggetti al più stringente regime motivazionale in virtù della loro immediata lesività. Sugli atti amministrativi generali, infine, si rinvia ai seguenti testi fondamentali: M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 18 ss.; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 217 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000.

16 Si riportano i passaggi rilevanti della sentenza sul punto: «Ed invero, rileva il Collegio che i verbali in oggetto costituiscono, effettivamente, atti endoprocedimentali prodromici all'emanazione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, emanati in attuazione del D.L. 23 febbraio 2020, n.6, al fine di indicare le misure necessarie ad evitare la diffusione del virus Covid – 19 sull'intero territorio nazionale, in forza della delega conferita dal Legislatore in particolare con l'art. 3 del richiamato D.L. n.6/2020, convertito con L. n. 13/2020 e con l'art. 2 del D. L. n. 19 del 25 marzo 2020, convertito con L. n. 35/2020.

E tuttavia, rileva il Collegio che a tali DDPKM., e quindi a maggior ragione ai presupposti pareri adottati dal Comitato tecnico scientifico nominato ai sensi del D.L. 8 aprile 2020, non possa immanzitutto attribuirsi la qualificazione di atti normativi, tale da sottrarli all'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 1, della legge n. 241/1990 e dell'art. 1, comma 1 del DPCM n. 143/2011 (la cui impugnazione deve, dunque, ritenersi nel caso in

noto, questa consiste nel rinvio ad altri atti, i quali vanno tuttavia indicati e resi disponibili. Nel caso in esame, i rinvii sono principalmente ai verbali del Comitato Tecnico Scientifico, i quali, si ricorda, in una prima fase risultavano inaccessibili in quanto qualificati come “riservati”, onde è scaturita la vicenda contenziosa che ha condotto alla loro ostensione¹⁷. In seguito, i verbali in parola sono stati pubblicati sul sito della Protezione Civile, ma «*con un ritardo tale da non consentire la tutela giurisdizionale*»¹⁸.

A questo punto si osserva che in astratto, in mancanza della collaborazione dell'amministrazione, si potrebbe rimediare alle omissive modalità di ostensione dei verbali attraverso l'impugnazione del provvedimento di diniego dell'accesso o del silenzio-rifiuto dell'amministrazione secondo il rito speciale disciplinato dall'art. 116 c.p.a. Senonché, i tempi necessari per poter presentare il ricorso unitamente a quelli necessari alla sua trattazione e decisione renderebbero non utilmente esperibile questo rimedio. Infatti, nelle more, il d.p.c.m. *de quo* perderebbe efficacia e l'azione verrebbe dichiarata improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse. A ciò si aggiunga che, almeno nei primi tempi di lockdown, si è avuta la chiusura degli uffici giudiziari, che a sua volta «*ha reso di fatto estremamente gravoso il ricorso alle vie della giustizia*»¹⁹.

Alla luce di quanto indicato, le motivazioni dei d.p.c.m. susseguite per contrastare il virus appare lacunosa e inidonea a svolgere la sua funzione di garanzia degli amministrati incisi dal potere. Da qui l'ulteriore illegittimità dei provvedimenti in parola.

5.2. Segue. L'eccesso di potere.

Sempre facendo leva sulla motivazione, il Tribunale riscontra un ulteriore vizio di legittimità dei decreti, *sub specie* eccesso di potere. Vengono richiamate, fatte proprie e generalizzate le considerazioni sostenute nell'ordinanza 7468/2020 del TAR Lazio, in riferimento ai vizi (apparenti²⁰) del d.p.c.m. del 3 novembre 2020. Si afferma così che nella generalità dei casi non emerge dal combinato disposto dei d.p.c.m. e dei

esame ininfluyente), in quanto privi del requisito dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento giuridico.

Né può ritenersi, comunque, che si tratti di atti amministrativi generali - con i quali hanno in comune unicamente la caratteristica della generalità dei destinatari- del pari sottratti alla disciplina dell'accesso in esame ai sensi delle disposizioni richiamate, non per intrinseche esigenze di “segretezza”, quanto piuttosto perché la legge assicura agli atti amministrativi generali e agli atti di pianificazione particolari forme di pubblicità e trasparenza».

¹⁷ Il riferimento è alla cennata sentenza TAR Lazio, Roma, sez. Prima Quater, 22 luglio 2020, n. 8615.

¹⁸ P. 11 ordinanza.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Si tratta infatti di un provvedimento emesso in sede cautelare.

verbali del C.T.S. un adeguato bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, che risulti basato su una istruttoria completa e su una chiara ed univoca presa d'atto della situazione di fatto.

Difetto d'istruttoria e motivazione insufficiente, incongrua ed illogica integrerebbero quindi il vizio di eccesso di potere, generalmente riferito a ogni d.p.c.m. Solo a titolo di esempio si mette in luce che il verbale del C.T.S. del 7 marzo 2020, cui due d.p.c.m. rinviano, propone una duplice zonizzazione del territorio nazionale, con diverso grado di restrizione dei diritti fondamentali nelle due zone distinte, senza che risulti perspicua, a cagione del carattere meramente apodittico delle argomentazioni addotte, l'opportunità di una simile soluzione. Più in generale, non si comprende il motivo di un regime unitario di restrizione dei diritti e delle libertà fondamentali valido per l'intero territorio nazionale a fronte di dati statistici sensibilmente diversi nelle varie Regioni, né si vede perché venga disposta la chiusura delle scuole quando poi, in vista del medesimo risultato, si ammette l'apertura di bar e ristoranti con le dovute cautele.

Traspare inoltre, dal confronto tra i vari d.p.c.m., un ulteriore sintomo dell'eccesso di potere. Infatti, le diverse disposizioni susseguitesi nel disciplinare le stesse materie hanno inciso in maniera diversa sui diritti costituzionalmente e internazionalmente garantiti. Di qui il carattere contraddittorio dei d.p.c.m., per inspiegabile contrasto con altri atti amministrativi della stessa specie intervenuti sulle medesime situazioni. Peraltro, si fa notare che anche laddove sono stati presi in considerazione e studiati diversi possibili scenari (è il caso del verbale C.T.S. 2 aprile 2020, n. 57 e alcuni seguenti), non è comunque esplicitato perché venga prediletta l'una opzione rispetto all'altra.

6. Sul canone di buona fede in funzione integratrice del contratto.

I vizi evidenziati sin qui sarebbero, a giudizio del Tribunale, solo esemplificativi dei molteplici profili di illegittimità dei d.p.c.m. che hanno recato restrizioni ai diritti e libertà fondamentali. Tornando alla concreta vicenda in esame, si afferma che il pieno godimento del bene locato, a causa di tali restrizioni, è senza dubbio stato compresso, ma trattandosi di attività provvedimentale (amministrativa) di carattere illegittimo, ben avrebbe potuto il conduttore ottenere l'annullamento degli atti lesivi dal Giudice amministrativo. Quindi, la causa di alterazione del sinallagma contrattuale non risulta invincibile, dovendosi imputare al negligente conduttore il consolidamento di una situazione di fatto e di diritto svantaggiosa. Ne consegue la non applicabilità dei rimedi civilistici sopra richiamati²¹ e atti a fronteggiare lo squilibrio sopravvenuto del rapporto tra le parti.

²¹ Cfr. nota 6.

Né vale invocare il canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto da parte del locatore, ch  di certo non potrebbe sopperire alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal comportamento omissivo e negligente della parte conduttrice. Si ricorda invero che la clausola di buona fede pu  in astratto svolgere una funzione integratrice del contratto, richiamando al riguardo un passaggio dell'ordinanza del medesimo Tribunale capitolino, datata 27 agosto 2020. Una tale funzione opera allorch  «*si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che sospingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto*».

Tuttavia, a giudizio del Tribunale, bisogna ritenere che tale affermazione vada debitamente circoscritta, talch  nel caso di specie ogni intervento del Giudice rimane escluso. Il Tribunale si limita invero a riportare un passaggio contenuto nei rilievi conclusivi alla relazione tematica n. 56/2020 del 8 agosto 2020 proveniente dal Massimario della Cassazione, dal quale emerge che il magistrato non pu , in nome della buona fede oggettiva, sostituirsi deliberatamente al volere delle parti. Egli deve bens  limitarsi nei soli casi consentiti dalla legge a sviluppare il regolamento contrattuale allorch  emergano lacune, e sempre coerentemente alla volont  dei contraenti²². Peraltro, si pu  osservare che il rilievo, per s  considerato, non sembra in realt  concludente. Il passaggio riportato lascia in capo al giudicante una grande discrezionalità, che si attua valutando se dal contratto emergano elementi tali da poterne integrare il regolamento di interessi sulla base della volont  espressa delle parti. La questione sul *an* e *quantum* del potere integrativo del Giudice sul contratto esercitabile all'atto dell'interpretazione secondo il canone di buona fede (art. 1366 c.c.) andr  concretamente valutata e risolta caso per caso.

22 «Disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunit  nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equit . Di equit  si parla sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinarne gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto temperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare.   attraverso l'equit  che il giudice   facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento contrattuale non definiti dalle parti, n  determinati da disposizioni di legge o usi. L'equit  non   principio di giustizia morale dacch  il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato. Il suo intervento, tuttavia,   suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non pu  correggere la volont  delle parti quand'anche le scelte di queste gli appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato dalle parti. Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al pi  ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il magistrato, pi  che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile n  dalle parti, n  dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformit , senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore».

Sul punto, il Tribunale di Roma non aggiunge altro. Appare opportuno però segnalare qualche ulteriore passaggio della relazione tematica cennata, da cui emerge la possibilità di una diversa e più ampia valorizzazione della clausola di buona fede in funzione di riequilibrio contrattuale. Preso atto della difficoltà a far fronte in sede di giudizio alle sopravvenienze perturbative del sinallagma contrattuale con gli articoli del codice civile che disciplinano l'impossibilità sopravvenuta totale o parziale della prestazione (artt. 1256, 1463, 1464 c.c.), in quanto ritenuti non applicabili, o con l'art. 1467 relativo all'eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché inidoneo a soddisfare l'interesse del conduttore (che è quello di mantenere il contratto a condizioni sostenibili) la relazione trae, nondimeno, dal comma 3 dell'articolo ultimo citato un riscontro positivo del principio di conservazione del contratto. Questo principio, letto alla luce dei doveri inderogabili di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e facendo leva sulla clausola di buona fede e correttezza, potrebbe fondare un obbligo di rinegoziazione per le parti che non abbiano convenuto alcunché in ordine alle modalità di gestione delle sopravvenienze.

Ecco i passaggi del ragionamento:

«Ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata in executivis deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi negoziali paiono valere "rebus sic stantibus"».

In base all'art. 1374, il contratto obbliga le parti anche alle conseguenze previste dalla legge. Tra queste rientrano quelle derivanti dagli obblighi di correttezza e buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del rapporto. In particolare, la correttezza *«è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale».* In virtù della buona fede oggettiva, la controparte del contraente svantaggiato è tenuta a rinegoziare (nel senso di intavolare nuove trattative e condurle correttamente) il contenuto del contratto, ove ciò non pregiudichi gravemente i propri interessi.

Questa ricostruzione risulterebbe conforme al dovere di solidarietà che impone di tener conto della riduzione dei flussi di cassa del conduttore cagionati dalla pandemia, concretante avvenimento straordinario e imprevedibile ai sensi dell'art. 1467c.c.

D'altronde, è noto che le clausole generali dell'ordinamento richiedano di conformare il proprio agire a "standards valutativi", ossia a modelli comportamentali, improntati a valori giuridicamente rilevanti così come percepiti nell'evoluzione dell'etica sociale²³. Tra i valori che definiscono il contenuto della buona fede in sede di integrazione (art. 1374 c.c.), interpretazione (art. 1366 c.c.) ed

23 A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Riv. dir. civ., 1987, I, p. 1 ss.

esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), vi è senza dubbio il richiamato dovere di solidarietà economica e sociale, scolpito nell'art. 2 Cost., secondo la sicura correlazione da tempo tracciata da dottrina²⁴ e giurisprudenza²⁵. Orbene, il sentire sociale in ordine nell'attuale momento storico connotato dalla crisi pandemica potrebbe far scaturire dalla clausola di buona fede, tanto in sede di integrazione, quanto in sede di interpretazione e di esecuzione del contratto, doveri aggiuntivi in capo al titolare di una posizione contrattuale di vantaggio a fronte di un sopravvenuto squilibrio del rapporto rilevante quanto meno *de facto*. Tra questi doveri potrebbero ben rientrare i sopra esposti obblighi procedurali di rinegoziazione del contratto di locazione, i quali troverebbero quindi un saldo aggancio sistematico²⁶.

24 Cfr. R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 245; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 3; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 1987, p. 709 ss.; A. SOMMA, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in *Europa e diritto privato*, 2006, Fascicolo 2, p. 501 ss.; F. POGGI, *La buona fede e il principio di cooperazione. Una proposta interpretativa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 30, 2012, p. 241 ss.; G. ALPA, *Il controllo giudiziario del contratto e l'interpretazione*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale delle decisioni della Corte di Cassazione*, in *Raccolta di studi in onore di Antonio Brancaccio*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 2013, p. 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Gius. Laterza & Figli, Roma-Bari, 2014, p. 39 ss.; M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 204 ss. e p. 265 ss. In particolare, l'obbligo di rinegoziazione è stato espressamente ricondotto al principio di solidarietà sociale da C. SERRAIOTTO, *L'obbligo di rinegoziare il contratto divenuto squilibrato: l'influenza della buona fede, dell'art. 2 Cost. italiana e del diritto dell'Unione Europea. Analisi di recenti ipotesi applicative*, in *Lex Social*, vol. 7, n 1, 2017, p. 535. V. anche nota 26.

25 Cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. I, sentenza 20 aprile 1994, n. 3775 sul noto caso Fiuggi, ove si afferma che il canone di buona fede e correttezza opera «per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti quindi disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che applicato ai contratti ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.)». Cfr. altresì le due ordinanze della Corte costituzionale, n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014, nelle quali si afferma che «il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), [...] entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa».

26 La prospettiva della rinegoziazione del contratto è stata peraltro caldeggiata da vari studiosi che si sono confrontati con le problematiche poste dall'emergenza sanitaria relativamente ai rapporti *inter privatos* in essere. Sul punto cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, cit., p. 1199 ss. L'A. evidenzia l'inadeguatezza della legislazione civilistica, calibrata su una società regolarmente funzionante in tempo di pace, a disciplinare i rapporti privatistici in tempo di emergenza, ove l'insolvenza rischia di non costituire più un'eccezione alla regola. Di qui la necessità di un diritto *nell'emergenza*, diritto alla cui conformazione possono contribuire la giurisprudenza e i comportamenti delle persone. Si auspica in tal senso una collaborazione tra gli attori economici portatori di interessi contrapposti per far fronte alla crisi, in nome dell'interesse superiore a preservare la fiducia nel mercato. Si fa leva sul canone di buona fede, che impone comportamenti improntati a lealtà, alla luce dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Le parti contraenti, specialmente nell'ambito di rapporti di durata, dovrebbero quindi rinegoziare il contenuto del contratto al fine di «cooperare per riallineare il programma contrattuale alle sopravvenienze che possono verificarsi compromettendo sensibilmente l'equilibrio della relazione e facendola cadere in crisi». Si mette peraltro in evidenza che in alcuni Paesi, quali Francia e Argentina, sono state introdotte nell'ordinamento norme specifiche recanti l'obbligo di rinegoziazione secondo buona fede, mentre in altri ordinamenti, come quello tedesco, la regola di rinegoziazione, per quanto

7. *Ubi voluit, dixit.*

Infine, il Tribunale fa ricorso a un argomento “di contorno”, volto a convalidare le conclusioni cui è già pervenuto in ordine all’inapplicabilità dei rimedi civilistici preordinati a far fronte al sopravvenuto squilibrio del rapporto. Il Legislatore dell’emergenza sanitaria, si sostiene, è già intervenuto con meccanismi volti a ripristinare un equilibrio sinallagmatico o ridurre lo squilibrio per determinate categorie di rapporti. Si richiama l’art. 65 del d.l. 18/2020, il quale ha previsto un credito di imposta per i conduttori di negozi e botteghe. Altra agevolazione è prevista all’art. 95 del medesimo decreto per quanto riguarda i canoni di locazione e concessori relativi all’affidamento di impianti sportivi pubblici dello Stato e degli enti territoriali.

Non rileva in senso contrario l’art. 3, comma 6-bis, d.l. 6/2020 che impone di valutare il rispetto delle misure di contenimento previste dal decreto per far fronte alla pandemia, ai fini della esclusione della responsabilità del debitore, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. La norma non potrebbe giustificare il mancato pagamento dei canoni, ma andrebbe presa in considerazione solo per valutare il ritardo nell’adempimento: sono irrilevanti, infatti, sotto il profilo della debenza dei canoni le difficoltà finanziarie temporanee di carattere soggettivo²⁷. Sulla stessa linea argomentativa si richiama l’art. 216 del decreto c.d. “rilancio”, che ha disposto una automatica riduzione del canone locazione *inter privatos*, nei rapporti colpiti dalla sospensione delle attività sportive. Peraltro, questa norma prescrive anche che tale

inespressa, è considerata immanente al sistema. Interessante poi l’osservazione fatta dall’A., secondo cui: «Avviare nuove trattative sugli impegni presi significa prendere sul serio quegli impegni e comprendere lo spirito di collaborazione che presiede all’obbligo di rispettare le promesse». Infine, l’A. prefigura le conseguenze di una sottrazione ingiustificata all’obbligo di rinegoziazione: la possibilità per il contraente in buona fede di ottenere dal giudice l’equa modifica delle condizioni del contratto, salvo il diritto al risarcimento del danno. Sul tema dell’ammissibilità del “rimedio” della rinegoziazione v. anche C. GIUSTI, *Tutela e rinegoziazione contrattuale ai tempi del Coronavirus*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia*, cit., p. 1263 ss. In senso critico, invece, v. A. PALMIERI, *Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, *ivi*, p. 1211 ss. e in particolare p. 1225 ss.

²⁷ Sull’interpretazione della norma v. A. PALMIERI, *Emergenza epidemica e locazioni commerciali*, cit., p. 1213 ss. L’A. riconosce peraltro che il campo di applicazione della norma deve circoscriversi alle ipotesi di ritardo nell’adempimento. Più in generale, il contributo si segnala per la ricostruzione del rapporto di locazione (di immobile urbano destinato ad uso diverso dall’abitativo, particolarmente), evidenziando le difficoltà a far fronte allo squilibrio sopravvenuto del sinallagma contrattuale ai tempi del Coronavirus. Le conclusioni cui giunge l’A. sono in più punti combacianti con quelle fatte proprie dal Tribunale di Roma: in tal senso, oltre a quanto visto poco sopra, cfr. quanto sostenuto in ordine alla insensibilità dell’obbligazione di pagamento del canone alle vicende di rilievo economico relative all’attività commerciale svolta dal conduttore e alle conseguenze civilistiche cui si esporrebbe quest’ultimo in caso di mancato pagamento, nonché quanto affermato circa la non invocabilità, da parte del conduttore, dell’impossibilità di godere della cosa locata. Una ricostruzione alternativa viene invece ipotizzata per giungere ad affermare la riduzione della prestazione del conduttore: occorre a tal fine muovere dall’assunto che le misure di contenimento del virus hanno reso impossibile, in parte, la prestazione del locatore di far godere la cosa locata, per fare quindi applicazione dell’art. 1463 c.c.

sospensione venga sempre valutata ai sensi degli art. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c. quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito.

Quindi, laddove ha voluto, il Legislatore è intervenuto, dettando disposizioni specifiche per rimediare alle alterazioni di alcuni rapporti contrattuali. Se ne ricava che alla generalità dei casi non contemplati restino inapplicabili gli istituti civilistici generali, altrimenti non avrebbe senso la normativa evocata.

È però questo un argomento di per sé insufficiente a trarre conclusioni definitive circa l'inapplicabilità degli articoli del codice civile, potendo invero essere convertito in astratto nel suo contrario: il Legislatore, che talvolta richiama espressamente tali articoli, ne presuppone comunque l'applicabilità generale, salvo per alcuni rapporti particolarmente colpiti, dettare norme speciali o che comunque specificino le modalità applicative degli istituti generali (imponendo, come visto per l'art. 216 del decreto rilancio, di tenere sempre in considerazione le restrizioni imposte alle attività sportive). Peraltro, questa diversa ricostruzione non sarebbe priva di argomenti dottrinali a supporto²⁸.

8 . Riflessioni conclusive.

Concludendo, si propone qualche ulteriore spunto di riflessione sull'ordinanza analizzata. Essa presenta una pluralità di risvolti giuridici: come visto, il Giudice ordinario civile estende la sua cognizione su materie di diritto pubblico, effettuando valutazioni che a loro volta hanno significative implicazioni socio-economiche. Per quanto riguarda la ritenuta illegittimità dei decreti-legge "legittimanti" i d.p.c.m. si rinvia alle osservazioni formulate *supra*, § 5.

Per quanto invece pertiene il giudizio prognostico sui vizi di legittimità dei d.p.c.m., è da notare che la cognizione del G.o. si spinge a valutare la conformità alla legge (a diritto) di atti amministrativi, non essendo questo controllo preordinato al potere tipico di disapplicazione²⁹. Lo scrutinio è piuttosto funzionale a valutare in termini di negligenza la condotta di una delle parti in causa, ossia della conduttrice intimata. La conclusione per cui quest'ultima avrebbe potuto e dovuto eliminare gli effetti lesivi dei d.p.c.m. è suscettibile di generalizzazione: tutti gli imprenditori che non abbiano tempestivamente impugnato in tempi di Covid i provvedimenti lesivi dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti versano in uno stato di rimproverabile colpa, da cui risulterebbe loro preclusa l'invocabilità degli strumenti civilistici volti a far fronte a uno squilibrio sopravvenuto del sinallagma contrattuale.

²⁸ Cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto patrimoniale nell'emergenza*, cit., p. 1197, il quale ritiene che «sul piano del diritto civile, la legislazione dell'emergenza si limita a precisare dettagli, e ad enfatizzare conseguenze già desumibili dall'orbito del diritto civile».

²⁹ Cfr. art. 5, l. n. 2248/1865, all. E: «In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

Quindi, al danno subito per la chiusura degli esercizi commerciali concorrerebbe il comportamento colposo e omissivo degli stessi danneggiati.

Questi esiti possono far sorgere qualche perplessità. Invero, potrebbe a monte discutersi se rientri o no nel rischio di impresa quello di esporsi al pericolo del contagio in tempo di pandemia. Ma come detto, il Tribunale risolve in senso affermativo il quesito. Ad ogni modo, si dà per certo che il Giudice amministrativo, in sede di impugnativa, avrebbe senz'altro riscontrato l'illegittimità dei d.p.c.m., emettendo sentenza di annullamento, caducatoria dei loro effetti.

Senza indugiare sulla verosimiglianza che il TAR addivenisse effettivamente alle medesime conclusioni del G.o. (ciò implicherebbe un giudizio sulla correttezza delle argomentazioni di quest'ultimo che esula dall'intento della presente trattazione), si fa notare che il quadro risulta problematico alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato che riconosce il potere di modulare nel tempo gli effetti delle pronunce di annullamento³⁰. È possibile immaginare che il Giudice amministrativo di tale potere avrebbe fatto uso in tempo di pandemia, avendo dovuto altrimenti dar corso alla immediata riapertura degli esercizi commerciali e alla riaffermazione della libertà di movimento degli individui, magari in pieno lockdown e comunque con i rischi sanitari conseguenti, a fronte di un virus ancora poco conosciuto.

Ancora, lascia perplessi come lo stesso Tribunale ordinario ammetta, nel corpo del provvedimento commentato, che le modalità di ostensione dei verbali del C.T.S. siano state tali da non consentire la tutela giurisdizionale, altresì vulnerata dalla chiusura degli uffici giudiziari nei primi tempi di lockdown (v. *supra*, § 5.1.), per poi rimproverare il privato per la mancata attivazione della tutela stessa.

Per conseguire un qualche risultato utile, poi, questi avrebbe dovuto quantomeno proporre istanza cautelare, onde ottenere una misura che nell'immediato consentisse una riapertura delle attività commerciali. Sul punto è appena il caso di segnalare un indirizzo alquanto rigoroso del Consiglio di Stato in ordine all'accoglimento di istanze cautelari volte a paralizzare gli effetti di atti amministrativi adottati per contrastare il contagio e la diffusione del virus. Stando a tale indirizzo, le «*disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy*» sono da ritenersi necessarie «*in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo*»³¹. Il rigore

30 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n.2755, ove si afferma che il Giudice amministrativo può escludere del tutto gli effetti caducatori dell'annullamento disponendo esclusivamente gli effetti conformativi, in quanto, con osservazione di carattere generale si prende atto che «*La legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo il potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento*».

31 Cons. Stato, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1553.

dell'indirizzo in parola, seguito anche dai Giudici di merito³², si giustifica quindi in virtù di una non comprimibile «*primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia oggi non superabile in alcun modo*»³³.

È ovvio, di contro, che il solo annullamento occorso a distanza di svariati mesi non avrebbe impedito la produzione dei danni derivanti dalla chiusura. Si tratta comunque di una pluralità di oneri gravanti sulla parte conduttrice, legati ad eventi imprevedibili e straordinari, il cui assolvimento potrebbe di per sé rendere eccessivamente onerose le sue prestazioni.

In ultimo, dovrebbe allora coerentemente concludersi per la possibilità degli imprenditori di far valere le loro pretese risarcitorie nei confronti dello Stato. Sarebbe questo un risolto atto a "riequilibrare" la posizione deteriorata degli esercenti attività commerciali ristretti nelle loro libertà economiche dai provvedimenti illegittimi dell'Esecutivo. Tali pretese andrebbero fatte valere davanti al Giudice amministrativo, sempre che non decaduti dalle relative azioni, salva l'ipotesi di una rimessione in termini per errore scusabile, oppure davanti al Giudice ordinario³⁴ nei termini di prescrizione del diritto, ove prevalesse la tesi del difetto assoluto di attribuzione in capo all'amministrazione che ha operato con d.p.c.m. (*supra*, § 5.). Anche volendosi considerare un concorso colposo dei danneggiati nella causazione del danno, per la loro (colpevole?) inerzia, ciò non potrebbe verosimilmente condurre in sede di liquidazione a un azzeramento del dovuto in capo allo Stato per le inevitabili conseguenze, di carattere patrimoniale e non³⁵, della illegittima e/o illecita

32 Ad es. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, decreto 18 aprile 2020 n. 459; sull'istanza cautelare di sospensione del d.p.c.m. del 10 aprile 2020, cfr. il secco rigetto disposto da TAR Lazio, Roma, sez. I, decreto 28 aprile 2020, n. 3322. Per una ricognizione delle posizioni manifestate dai Giudici amministrativi in ordine alla legittimità delle misure anti Covid, adottate a diversi livelli di governo, v. A. CIOFFI, *Emergenza e teoria della necessità*, cit., p. 944 ss. Emerge dal contributo come la giurisprudenza amministrativa abbia accordato considerazione prioritaria alla tutela della salute pubblica a fronte della compressione di altri interessi costituzionalmente protetti.

33 Cons. Stato, sez. III, decreto 31 marzo 2020, n. 1611.

34 Nella direzione di escludere la competenza esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. p), valga il rinvio alle osservazioni contenute in A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (... dell'emergenza coronavirus)*, cit., ove si mette in luce che il potere esercitato con i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria è in larga misura non riconducibile al sistema di protezione civile e al fondamento normativo di cui all'art. 5 del d. lgs. 1/2018.

35 Ciò evidentemente sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nelle cd. sentenze di San Martino, depositate in data 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 conduce a ritenere risarcibili i danni non patrimoniali derivanti da lesioni gravi a diritti inviolabili della persona, tutelati dall'art. 2 Cost. Sul tema, anche per gli aspetti problematici della ricostruzione della Corte, specialmente in riferimento al carattere della tipicità delle ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile, cfr. F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 589 ss.; E. NAVARRETTA *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, p. 63 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 526 ss.; P. ZIVIZ, *Il danno non*

compressione dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti. Ma proprio tale conclusione può indurre a rivalutare le premesse.

patrimoniale: istruzioni per l'uso, in *Resp. civ. prev.*, 2009, I, p. 94 ss.